

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

A presente Tomada de Contas Especial foi instaurada por força do Acórdão n. 80/2011 – Plenário, com o objetivo de apurar as responsabilidades pelos débitos relativos a pagamentos de salários, sem a respectiva contraprestação de serviços, efetuados pela Administração Regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial no Estado do Paraná – Senac/PR ao Sr. Doraid Bark, no período de 2/1/1995 a 17/12/1997.

2. Nesta fase processual, examinam-se os Embargos de Declaração opostos pelos Srs. Frederico Nicolau Eduardo Wilteburg, Érico Mórbi e Doraid Bark, em relação ao Acórdão n. 7.414/2012 – 2ª Câmara, mediante o qual as contas destes e outros responsáveis foram julgadas irregulares, com a sua condenação ao pagamento dos débitos ali indicados, havendo alguns deles sido apenados com a multa prevista no art. 57 da Lei n. 8.443/1992.

3. Consoante se colhe dos autos, o Sr. Frederico Nicolau Eduardo Wilteburg foi notificado da decisão condenatória em 24/10/2012 (Aviso de Recebimento na Peça n. 72) e os Srs. Érico Mórbi e Doraid Bark em 23/10/2012 (Avisos de Recebimento nas Peças ns. 67, 68 e 71), tendo opostos os respectivos Embargos de Declaração em 5/12/2012 (Peças n. 77, 78 e 79).

4. Dessa maneira, considerando o preenchimento do requisito de admissibilidade relativo à tempestividade e dos demais aplicáveis à espécie, pode o Tribunal conhecer dos recursos, com fulcro no art. 34, **caput** e § 1º, da Lei n. 8.443/1992.

5. Em síntese, os argumentos oferecidos pelos interessados – todos de conteúdo semelhante, os quais individualizei no item 4 do relatório precedente – consistem, basicamente, em questionamentos sobre a origem dos valores cobrados mediante o Acórdão n. 7.414/2012 – 2ª Câmara, o que demonstraria, no entendimento dos embargantes, a ocorrência de omissão a ser sanada. Suscitam, ainda, a falta da ampla defesa e do contraditório no transcorrer de todo o processo, sendo mencionada, também, a interposição de Recursos de Reconsideração não devidamente examinados pelo TCU.

6. No que se refere à alegação de omissão quanto à origem dos débitos indicados no Acórdão n. 7.414/2012 – 2ª Câmara, importa registrar nos itens 2/8 do Relatório que embasou a decisão recorrida constam as motivações ora requeridas, que agora devem ser rememoradas.

7. No bojo do TC-013.817/1997-3 (Denúncia), esta Corte encontrou fortes indícios de pagamento de salários pelo Senac/PR a diversos funcionários contratados, sem a devida contraprestação laboral, tendo então determinado à entidade que se abstinhasse de promover “o pagamento de salário mensal a pessoas que não prestam serviços efetivos ao Senac”, bem como que regularizasse a situação dos empregados ali nominados, dentre eles o Sr. Doraid Bark, admitido em 02/01/1995 no cargo de Recepcionista e depois transferido para o cargo de Auxiliar de Escritório “A”.

8. Posteriormente, por ocasião do julgamento da prestação de contas do Senac/PR relativa ao exercício de 1997 (TC-550.147/1998-5), foi prolatado o Acórdão n. 555/2003 – 2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal instou o ente a adotar as medidas necessárias com vistas a promover a restituição aos seus cofres dos salários pagos indevidamente às 14 (quatorze) pessoas ali relacionadas, que não prestaram serviços para justificar tais benefícios.

9. O Senac/PR, em atendimento ao **decisum supra**, designou um Grupo de Trabalho para apurar os fatos, quantificar os salários pagos e indicar os possíveis responsáveis pela ocorrência. O resultado está na documentação constante da Peça n. 1.

10. De acordo com as apurações do aludido Grupo, não foram encontrados documentos comprobatórios da efetiva prestação de serviços dos ex-empregados do Senac/PR, referidos na Denúncia, objeto do TC-013.817/1997-3, retromencionado.

11. Os exames levados a efeito pelo Grupo referiam-se a fichas funcionais e documentos pessoais do responsável, disponibilizados pelo Senac/PR, não havendo, todavia, registros de controles de horário e frequência emitida em nome do ex-empregado, Sr. Doraid Bark, tampouco outros elementos que pudessem evidenciar a realização de atividades, relacionadas aos valores pagos, ainda que fora das dependências do Senac/PR.

12. Mesmo após solicitações da entidade neste sentido junto aos envolvidos, não foram encaminhados os elementos comprobatórios pertinentes (Peça n. 1, pp. 15, 24 e 48/49).

13. Dadas as evidências acima, este Tribunal ordenou a criação de processos apartados de tomada de contas especial para cada um dos 14 funcionários “fantasmas” do Senac/PR (Acórdão n. 80/2011 – Plenário).

14. Com respeito às alegações de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, ora apresentadas, os responsáveis arrolados na presente Tomada de Contas Especial já ofereceram argumentos de semelhante teor, como se verifica do Relatório alusivo ao Acórdão n. 7.414/2012 – 2ª Câmara (Peça n. 51, p. 4/5):

“Alegações de Defesa do senhor Frederico Nicolau Eduardo Wiltemberg (CPF 126.828.539- 00), ex-Presidente do Conselho Regional (Peça 40)

17. O responsável apresentou suas alegações sob o título ‘Recursos de Reconsideração’, nos termos do art. 32, inciso I, da Lei Orgânica do TCU, c/c art. 277, I do Regimento Interno do TCU.

18. De início, declara ter recebido ofícios contendo o mesmo teor das citações referentes a outros responsáveis solidários em outros processos, especificando que o teor das citações eterniza a condenação e/ou punição (...).

19. Alegou que anteriormente foi apresentada defesa, com requerimento para oitiva de testemunhas, e que este Tribunal se diz incompetente para a inquirição, e o fato da comissão de sindicância instaurada a fim de elucidar os fatos, apenas ter se limitado a oficiar os acusados determinando prazo para apresentar defesa.

20. Informa que os acusados de serem ‘fantasmas’ em outros processos já encaminharam ofício ao Senac/PR solicitando fotocópias de documentos que comprovem que prestaram serviços ao Senac/PR, sem que a entidade tenha cumprido as solicitações e questionam onde estariam tais documentos.

21. Argumenta que nem o Senac/PR, nem o TCU ouviram as testemunhas indicadas e que decorridos quase 15 anos dos fatos e diante da falta de documentos apenas restaria ao Senac/PR e ao TCU ouvir algumas das pessoas que trabalharam com o Sr. Doraid Bark. Complementa que nada disso aconteceu e que o TCU não considerou as testemunhas como provas.

22. Questiona, ainda, o motivo pelo qual os 14 funcionários fantasmas não foram convocados à época da auditoria realizada no Senac/PR, ou o motivo de o Senac/PR não ter prestado os devidos esclarecimentos sobre os fatos, não instaurando o contraditório com direito à ampla defesa.

23. Explana que foi arguida a prescrição, mas que o TCU considerou que essa não ocorreu, pois já havia julgado as contas do exercício de 1997, julgando-as irregulares, entendendo que houve prejuízo ao erário e que a prescrição não acontece nesses casos.

24. Discorre sobre o Acórdão 555/2003, que julgou as contas do exercício de 1997, dizendo que já estavam condenados há quase 15 anos e que o referido acórdão deve ser anulado com todos os fatos retroagidos a 1998, data em que foi instaurada a sindicância.

25. A partir daí tece argumentações de que não houve prejuízo, de que os funcionários trabalharam no Senac/PR e de que os poucos documentos acostados a presente tomada de contas especial servem para comprovar que os funcionários trabalharam no Senac/PR.

26. Insiste que não houve a devida apuração dos fatos e que ocorreram falhas no processo, razões pelas quais requer a nulidade de todos os atos anteriores à citação de quaisquer dos acusados e volta a se referir que a prescrição está caracterizada, invocando o art. 5º, inciso XLVII, ‘b’ e a Súmula 103 deste Tribunal: ‘Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil’.

27. Questiona, ainda, a partir do Acórdão 555/2003-TCU-2ª Câmara, [o fato de] os responsáveis não teriam sido intimados, sendo que as citações deveriam ter sido feitas de maneira tempestiva e conforme o § 4º do artigo 219 do CPC.

28. Insiste que não estão sendo respeitados os princípios basilares do direito, a ampla defesa e o contraditório, pois os Acórdãos 555/2003 e 80/2011 foram prolatados sem que os recorrentes fossem chamados aos autos para esclarecimentos, e que posteriormente foram intimados a recolherem os valores devidos, solidariamente como os funcionários investigados.

29. Por fim, solicita que o recurso seja recebido e que seja acolhida a pretensão do pedido de a prescrição ser declarada no presente processo, com base no artigo 269, inciso IV do CPC, tendo em vista que decorreram mais de 10 anos dos fatos geradores até a citação dos recorrentes, e que sejam anulados todos os atos anteriores à emissão do Acórdão 555/2003.

Alegações de defesa do senhor Érico Mórbiis (CPF 008.648.469-91), ex-Diretor Regional (Peça 42).

30. O responsável apresentou suas alegações sob o título ‘Recursos de Reconsideração’, nos termos do art. 32, inciso I, da Lei Orgânica do TCU, c/c art. 277, I do Regimento Interno do TCU.

31. Inicialmente, alega que já ocorreram muitos anos, posto as contas se referirem ao exercício de 1997.

32. Alega que o processo transcorreu normalmente até 2003, e que após o julgamento das contas de 1997 é que se deu o julgamento com o fito de condenar os 14 ex-funcionários considerados ‘fantasmas’ e os diretores da época, de forma solidária, a restituir os valores recebidos a título de salários aos cofres do Senac/PR, inclusive de período anterior ao ano de 1997.

33. Questiona, também, de onde o TCU conseguiu quantificar os valores que não foram auditados, alegando, ainda, que esta Corte os condenou por dedução, não analisando o processo meticulosamente, não apreciou as provas e não considerou a prescrição e outras nulidades pretendidas no processo.

34. Também discorre sobre já ter apresentado defesa anteriormente, propondo que testemunhas fossem ouvidas e que a comissão de sindicância instaurada apenas se limitou a oficiar os acusados, determinando prazo para apresentarem defesa, sem também ter providenciado a devida instrução do processo. Aduz que os acusados encaminharam ofício ao Senac/PR solicitando cópias dos documentos, sem que a entidade tenha cumprido o requerimento, limitando-se a requerer as informações dos próprios acusados e que não ouviu testemunhas.

35. Alega a prescrição do caso em análise, invocando o art. 5º, inciso XLVII, b e a Súmula 103 deste Tribunal, bem como o contido no artigo 269, inciso IV do CPC, tendo em vista que decorreram mais de 10 anos dos fatos geradores até a citação dos recorrentes, solicitando que sejam anulados todos os atos anteriores à emissão do Acórdão 555/2003.

36. Argumenta ainda, que de 2003, época da emissão do Acórdão 555/2003-TCU-2ª Câmara, não se efetuou a intimação dos responsáveis, sendo que as citações deveriam ter sido feitas de maneira tempestiva, consoante o § 4º do artigo 219 do CPC.

Alegações de defesa do Sr. Doraid Bark (CPF 463.036.859-00) (Peças 22 e 41)

37. Alega que o processo que analisou as contas do exercício de 1997 foi julgado em 10/04/2003, onde indica que o Senac/PR efetuou o pagamento de serviços não prestados a 14 pessoas.

38. Argumenta que os considerados ‘funcionários fantasmas’ foram admitidos antes do exercício de 1997 e que durante a inspeção foi constatado o não comparecimento dos funcionários ao serviço. Alega a impossibilidade de se comprovar que os funcionários não estavam presentes com base em declarações assinadas pelos seus gerentes. Salaria que a

equipe de auditoria considerou a irregularidades somente no período de 1997.

39. (...) [Afirma] que o processo está eivado de vícios que acabam por prejudicar a sua defesa e complementa invocando o cerceamento do direito de defesa, pois, após 16 anos, não tem como produzir provas de que trabalhou no Senac/PR.

40. Alega que testemunhas não foram ouvidas, jogando a responsabilidade pela posse dos documentos para o Senac/PR, propondo a desconstituição judicial dos autos em virtude de o Senac/PR não ter disponibilizado a documentação solicitada na citação.

41. Destaca que foi funcionário da Federação Varejista até 1993 e que no ano de 1995 foi transferido para o senac/PR.

42. Na peça 41 o responsável apresenta texto semelhante ao da peça 22, sendo que este está intitulado como 'Recursos de Reconsideração'."

15. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/PR da seguinte forma, segundo constou da instrução o parcialmente reproduzida no Relatório que fundamentou a Deliberação embargada:

“Análise das alegações de defesa

43. Destaque-se que a análise das alegações de defesa teve como suporte a documentação juntada pelo Grupo de Trabalho designado pelo Senac/PR por meio da Portaria 20/2008 (Peça 1) e a documentação apresentada pelos responsáveis.

44. No que tange ao colhimento de provas concretas pelos auditores à época dos fatos, cabe ressaltar que na ocasião não foram encontrados documentos que comprovassem a efetiva prestação de serviços, consoante restou consignado no item b da Declaração de Voto, do Acórdão 555/2003 TCU/Segunda Câmara, ora transcrito:

‘b) as pastas funcionais desses empregados não possuem registros regulares, como férias, licenças, e demais anotações. Enquanto as pastas dos funcionários que comparecem ao serviço estão abarrotadas de documentos e assentamentos que registram o seu histórico funcional, as daquelas constantes do quadro de fl. 366 contêm apenas a Ficha de Registro de Emprego e poucos documentos irrelevantes.

Esses registros demonstram a existência de quatorze empregados que recebiam dos cofres do Senac/PR sem a contraprestação laboral, o que fundamenta o agravamento da sanção proposta pelo eminente Ministro substituto Lincoln Magalhães da Rocha.’

45. No que se refere à prescrição suscitada ao longo da defesa, o entendimento deste Tribunal é no sentido de que as ações de ressarcimento pelos danos causados ao Erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, consoante reiteradas decisões recentes desta Corte, entendimento este ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Mandado de Segurança 26.210 (Sessão Plenária de 04/09/2008) [...] (Relatório do Ministro-Relator Benjamin Zymler, Acórdão nº 92/2011-TCU-Plenário).

46. Compete esclarecer que no Acórdão 555/2003 – TCU – 2ª Câmara (item 9.1), referente à prestação de contas do exercício de 1997, foi aplicada, individualmente, multa aos Srs. Frederico Nicolau Eduardo Wiltemburg e Érico Mórbi. Ressalte-se que, inicialmente, foi proposta multa no valor de R\$ 2.000,00, no entanto ante a gravidade dos fatos o valor passou para R\$10.000,00 (dez mil reais). Um dos motivos da sanção diz respeito à existência de 14 funcionários que recebiam [remuneração] dos cofres do Senac/PR sem contraprestação laboral, sendo o Sr. Doraid Bark, um deles. Sendo que os ex-Gestores, ora mencionados, foram responsáveis pela contratação e continuidade dos pagamentos para parte desses funcionários.

47. O advogado constituído citou o que foi inserido no relatório da referida denúncia, esquecendo-se de citar o acordado por este Tribunal, na Sessão de 10/04/2003 – Plenário, que determinou ao Senac/PR que providenciasse as medidas necessárias com vistas a promover a restituição aos cofres do Senac/PR dos salários pagos indevidamente às pessoas que não prestaram serviços para justificar tais benefícios (Acórdão 555/2003-Segunda Câmara).

48. Assim, o Senac/PR constituiu Comissão de Sindicância, conforme a Portaria

20/2008, com o intuito de efetuar o levantamento proposto no Acórdão 555/2003-Segunda Câmara.

49. No Acórdão n. 895/2010 – TCU – 1ª Câmara, foi determinado ao Senac/PR que fosse esclarecido às 14 pessoas envolvidas (relacionadas no subitem 9.4 do Acórdão 555/2003 – TCU – 2ª Câmara), **que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa seriam devidamente respeitados no âmbito da apuração a ser realizada pelo Senac/PR, bem como pelo próprio TCU, em sede de possível processo de tomada de contas especial, que foi o caso. Ademais, a garantia ao direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal, e finda com o julgamento.** Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado nos Acórdãos 1.540/2009 - 1ª Câmara, 2.329/2006-2ª Câmara e 2.647/2007-Plenário. Como os responsáveis foram devidamente citados por este Tribunal, não podem alegar cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade de serem ouvidos.

Análise de boa-fé

45. Nos termos do Acórdão 26/2008 – Segunda Câmara, não age com boa-fé quem dá causa à [flagrante] ilegalidade:

‘23. Por assistir aos recorrentes responsabilidades pela prática do ato e, em decorrência, culpa por sua ilegalidade, não há falar em boa-fé. Não age com boa-fé quem dá causa a flagrante ilegalidade, que poderia e deveria, pelo menos, tentar evitar. Ainda que, talvez, não seja o caso de falar em má-fé, certamente não houve boa-fé que atenuasse a conduta culposa dos recorrentes.’

46.1. Ainda, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a boa-fé não pode ser simplesmente presumida, mas deve ser efetivamente comprovada a partir dos documentos que integram o processo.

46.2. No presente caso não restou evidenciada a boa-fé na conduta dos responsáveis.

Conclusão

47. Em síntese, os responsáveis alegam a prescrição dos fatos e o cerceamento da defesa.

48. Os assuntos estão devidamente esclarecidos no bojo desta instrução, o que nos leva a considerar que à luz da jurisprudência desta Corte as alegações de defesa devem ser rejeitadas, pois os responsáveis não apresentaram documentos ou fatos que comprovem que o senhor Doraid Bark prestou serviços ao Senac/PR no período questionado.”

16. Quanto aos argumentos relacionados aos aventados Recursos de Reconsideração, é de se salientar que os embargantes, na fase de encaminhamento de alegações de defesa, as denominaram, de forma indevida, como Recursos de Reconsideração, consoante indicado nos excertos da instrução acima reproduzidos.

17. Verifica-se, portanto, que, diferentemente do argumentado pelos embargantes, este Tribunal não deixou de examinar os alegados Recursos de Reconsideração interpostos pelos interessados, haja vista que tais peças foram recebidas como alegações de defesa, termo correto para designar a defesa apresentada em atendimento à citação, e assim foram devidamente analisados.

18. No que se refere ao argumento recursal do Sr. Doraid Bark, no sentido de que não se submetia à obrigatoriedade de bater o cartão de ponto, é de se ter em conta que este argumento foi analisado pelo Grupo de Trabalho criado para apurar as irregularidades no Senac/PR, consoante descrevi no parágrafo 11 **supra**.

19. Ademais, devo ressaltar que tal questão é matéria que diz respeito, de forma intrínseca, ao mérito do Acórdão guerreado, sendo inatacável, portanto, em sede de Embargos de Declaração.

20. Por todo o exposto, o que se verifica é que os argumentos ora oferecidos, em sede de Embargos de Declaração, repetem, em sua maior parte, o que já foi apresentado a este Tribunal, a título de alegações de defesa, que foram refutadas pela Secex/PR, com apoio do Ministério Público

junto ao MP/TCU, cujas conclusões foram endossadas por este Colegiado, conforme exposto na oportunidade da prolação do Acórdão atacado.

21. Nesse sentido, não vejo como dar provimento aos Embargos de Declaração ora examinados, que, nesta oportunidade, sob o viés da omissão, buscam rediscutir o mérito de matéria assentada por esta Câmara.

22. Tal desígnio não desafia a espécie recursal escolhida, que constitui via estreita, destinada a esclarecer a decisão embargada, e só em casos excepcionalíssimos importam efeitos infringentes, sendo que os vícios alegados devem ser verificados nos fundamentos da deliberação embargada e/ou na sua parte dispositiva.

23. Conforme enfatizado em várias oportunidades, em regra, os Embargos de Declaração não se prestam à alteração do mérito das decisões atacadas, pois têm por finalidade aclarar ou corrigir os defeitos da Deliberação recorrida, nos termos do art. 34, **caput**, da Lei n. 8.443/1992.

24. Ademais, os Embargos de Declaração objetivam extirpar da decisão embargada o vício da omissão, entendida como “aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transversal a impugnar os fundamentos da decisão recorrida” (STJ, Edcl Resp 351490, DJ 23/09/2002).

25. Neste norte tem sido a jurisprudência deste Tribunal (v. g. Acórdãos ns. 92/2004 e 328/2004, do Plenário, e 137/2007 e 6.723/2010, da 1ª Câmara, entre outros julgados), bem como do Supremo Tribunal Federal (RE 327376/PR, DJ 12/06/2002, AI 423108 AgR-ED/DF, DJ 18/02/2005; AI 455611 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005; AI 488470 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005).

26. A título de exemplo, reproduzo trecho de decisão monocrática exarada pelo Ministro Carlos Velloso no RE 327376/DF: “Não cabe, por outro lado, em sede de embargos de declaração, rediscutir a matéria decidida, para modificar o julgado em sua essência ou substância. (...). Inviável, portanto, o RE, nego-lhe seguimento.”

27. Dessa forma, não merecem prosperar os argumentos oferecidos pelos embargantes, devendo os responsáveis irrisignados com o teor da deliberação emitida se valer das vias recursais adequadas para provocar a reapreciação da matéria por esta Corte de Contas.

28. Nessas condições, considerando não foi evidenciado o vício da omissão alegado, cabe negar provimento aos presentes Embargos de Declaração.

Dessarte, manifesto-me por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 12 de março de 2013.

MARCOS BEMQUERER COSTA

Relator