GRUPO II – CLASSE I – 2ª CÂMARA
TC 012.754/2011-0
Apenso: TC 003.880/2003-3
Natureza: Embargos de Declaração.
Unidades: Município de Matinhos/PR e Ministério da Integração Nacional.
Embargante: Via Venetto Construtora de Obras Ltda. (CNPJ 02.911.627/0001-20).
Responsáveis: Acindino Ricardo Duarte (CPF 112.565.409-00), José Maria de Paula Correia (CPF 027.518.109-00), Município de Matinhos/PR (CNPJ 76.017.466/0001-61) e Via Venetto Construtora de Obras Ltda. (CNPJ 02.911.627/0001-20).
Advogados: Alceu Fernandes Cenatti (OAB/PR 19.747), Alan de Macedo Simões (OAB/PR 49.108), Diego Moura Malheiros (OAB/PR 53.848), Gilberto Maria (OAB/PR 11.999), Gilberto Rafael Maria (OAB/PR 38.578), Giovana Franzoni Maria (OAB/PR 46.645), Juliano Gondim Vianna (OAB/PR 23.205), Michel Laureanti (OAB/PR 31.104), Márcia Fróes Martorano (OAB/PR 18.396) e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (OAB/PR 36.363).

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DÉBITO E MULTA EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INDÍCIOS DE FALHAS NA QUALIDADE DAS OBRAS E DE EXECUÇÃO EM QUANTIDADE INFERIOR À CONSTANTE DO PROJETO INICIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES, OBSCURIDADES OU CONTRADIÇÕES QUE ALTEREM AS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCLUSÃO DE PARCELA RELATIVA À CONTRAPARTIDA MUNICIPAL NO DÉBITO. PROVIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS PARA CORREÇÃO DOS CÁLCULOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Via Venetto Construtora de Obras Ltda. contra o acórdão 954/2015 – 2ª Câmara, que julgou irregulares as contas da embargante e condenou-a, em solidariedade com outros responsáveis, a débito total de R$ 1.010.256,34, em valores de 2002/2003. A decisão embargada, ao apreciar tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, confirmou irregularidades na execução do convênio 1.318/2001, firmado com o Município de Matinhos/PR para promover a recuperação da orla marítima da municipalidade.

2. A recorrente, ao contestar a deliberação condenatória, apresentou, nos termos do excerto transcrito abaixo, as seguintes alegações (peça 80):

> "III. DA OBSCURIDADE/CONTRADIÇÃO - DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS
>
> (...)
>
> Ora, a empresa não teve oportunidade e nem tem obrigação legal de PRESTAR CONTAS perante os tribunais de contas - sejam do Estado ou da União.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.

Para que fossem julgadas irregulares as contas da empresa, inicialmente ela deveria ser instada a prestá-las, o que jamais ocorreu. As contas investigadas, vale dizer, são do ente federativo (Município de Matinhos) e dos Prefeitos que estavam obrigados a prestá-las.

Portanto, deve ser corrigida a obscuridade/contradição do Acórdão nesse aspecto, para se declarar que são julgadas irregulares as contas dos então prefeitos e/ou do Município de Matinhos, retirando-se do texto que foram julgadas irregulares as contas da empresa VIA VENETTO CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA., eis que não as prestou e nem estava obrigada a tanto, salvo se for oportunizada à empresa que efetivamente PRESTE CONTAS, demonstrada a necessidade e obrigação legal para tanto.

IV. DA OMISSÃO

O Acórdão embargado está fundamentado, basicamente, no fato de que o Município de Matinhos teria modificado o projeto original, apresentado basicamente um novo projeto diferente daquele que fora juntado no Convênio objeto dos autos.

Aduz que, *embora 'aceitáveis as justificativas para a mudança de projeto, é de se observar que as negociações sequer foram levadas ao conhecimento do órgão que transferiu as verbas federais'.*

Excelências, a nosso ver houve OMISSÃO do acórdão ao não analisar um documento constante dos autos e os fatos que ele representa.

Em 28 de outubro de 2002 o Município de Matinhos enviou o Ofício nº 433/02, informando a necessidade de alteração de projeto e adequação da licença ambiental, que tramitou pelo Ministério do Meio Ambiente e culminou na Informação Técnica Nº 01/2003-IBAMA/DILIQ/CGLIC/COAIR, acostada às fls. 453 e seguintes do caderno processual.

Na referida Informação Técnica verifica-se:

> *INFORMAÇÃO TÉCNICA N 01/2003-IBAMA/DILIQ/CGLIC/COAIR*
> *Assunto: Oficio n° 433/02, de 28 de outubro de 2002, da Prefeitura de Matinhos, relativo ao projeto de construção de escadarias e rampas de acesso às praias localizadas nos balneários de Caiobá, Praia Central de Matinhos, Flamingo e Riviera*
> *(...)*
> *Considerações*
> *(ilegível) no que diz respeito ao prolongamento das escadarias (mudança do seu perfil), de modo que os últimos degraus fiquem enterrados, dando consequentemente um maior fortalecimento em suas bases e respectivo prolongamento de sua vida útil; com relação à colocação de rochas de tamanho apropriado nas laterais das escadas, em continuidade aos enroncamentos existentes e relativamente ao recuo das escadas no sentido do calçamento (referente à Praia Brava de Caioba), de modo a evitar o avanço transversal sobre a praia, não temos nada a opor.*
> *(...)*
> *Conclusão*
> *Com respeito às alterações previstas* no *projeto original referente à Recuperação da Orla Marítima de Matinhos, situada na Praia Brava, relativo à Licença de Operação* n° *212/2002, que visam dotar de uma maior segurança e promover* o *aumento da vida útil da estrutura a ser recuperada, nada temos a obstar. Vale registrar que a informação prestada pelo empreendedor satisfaz a exigência constante da condição geral* (1.2) *da referida licença, e uma vez aceita por este instituto, permite a execução do projeto até 20/04/2003, quando se expirará a validade do licenciamento em questão.*

Portanto, o Governo Federal tinha conhecimento, através de seus Ministérios, da necessidade de alteração do projeto, inclusive anuindo com as alterações, no que tange ao Ministério do Meio Ambiente.

(...)

Assim, a única irregularidade que ainda subsistiria, o que se admite *ad argumentandum tantum,* fora a falta de submissão das alterações de projeto ao Ministério da Integração Nacional. Mas, é insensato concluir que os administradores municipais tenham que devolver TODO O DINHEIRO APLICADO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.

NA OBRA por uma suposta irregularidade que decorreu da falta de tempo hábil para se aguardar essa autorização para alteração do projeto. Tão insensato quanto é impor à empresa que EXECUTOU A OBRA CONFORME AS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELO MUNICÍPIO a devolver os valores que recebeu pelos trabalhos que efetivamente realizou.

(...)

V. DA CONTRADIÇÃO - CONDENAÇÃO DA EMPRESA

Os itens 9.1 e 9.2 do Acordão embargado julgaram irregulares as contas em exame e condenaram o prefeito e a empresa contratada a restituir valores à UNIÃO:

(...)

A situação, *in casu,* é absurda, para não dizer insana:

1. O Município realiza um convênio com a UNIÃO – sem a participação da empresa VIA VENETTO;

2. Elabora projetos para os fins cominados no convênio – sem a participação da empresa VIA VENETTO;

3. Posteriormente, em reuniões mantidas entre o Município, o Ministério Público, órgãos do Estado do Paraná - inclusive Tribunal de Contas do Estado, decide alterar os projetos iniciais e fazer obras emergências em face de "ressaca" em sua orla marítima- sem a participação da empresa VIA VENETTO;

4. O Município contrata a empresa para executar esse projeto alterado;

5. A empresa EXECUTA o projeto alterado, emprega materiais (por sua conta), paga funcionários (por sua conta), utiliza suas máquinas e equipamentos (por sua conta) e efetivamente recebe os valores objeto do contrato;

6. A empresa VIA VENETTO não se beneficia de qualquer desvio de dinheiro ou de finalidade, apenas recebe pelos serviços e obras que executou - com uma pequena margem de lucro, afinal é pressuposto de sua atividade;

7. E, no final, uma decisão desse órgão colegiado a CONDENA a devolver os valores que recebeu pelas obras que executou?

8. Ora, com base em que dispositivos legais? Com base em que suporte fático? Qual a participação ou responsabilidade da empresa VIA VENETTO na modificação dos projetos?

9. VEJAM EXCELÊNCIAS: a empresa VIA VENETTO apenas executou as obras para as quais foi contratada, nada mais. Não teve qualquer ingerência na alteração dos projetos e modificação do objeto inicial do convênio.

Veja-se, a propósito, que a condenação dos itens 9.1 e 9.2 não contemplou a responsabilização do Município de Matinhos, embora evidente que se beneficiou com os valores relativos ao mesmo, em suposta contradição com o contido no acórdão que esclarece, no tópico 15, a necessidade de condenação do Município, em tendo o mesmo se beneficiado (Decisão Normativa TCU 57/2004).

Dito isso, ainda que a título de desabafo, roga-se a Vossas Excelências que acolham os presentes embargos declaratórios, para o fim de sanar a omissão/contradição acima elencada, visto que a decisão de condenar a empresa que efetivamente executou a obra contratada na restituição dos valores do convênio AFRONTA a jurisprudência pacífica desse E. Tribunal de Contas, consubstanciada no art. 3º da Decisão Normativa TCU 57/2004, que, contraditoriamente ao que foi decidido, determina a condenação do ENTE FEDERATIVO e, se for o caso, DO AGENTE PÚBLICO, de forma solidária, a restituir à UNIÃO os valores objeto do convênio cujas contas forem julgadas irregulares, mas JAMAIS da empresa que as executou. Frise-se, efetivamente executou, ainda que o Município tenha alterado os projetos.

VI. DA CONTRADIÇÃO - DESVIO DE PROJETO/FINALIDADE

A propósito, a invocação do º 2º do artigo 16 da Lei nº 8.443/1992 é despida de fundamentação fática:

Art. 16. As *contas serão julgadas:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.

III- irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:
c) *dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;*
d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.
§ 2° Nas hipóteses do inciso III, alíneas c *e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:*
a) do agente público que praticou o ato irregular, e
b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

Ora, no aspecto fático, não pode estar enquadrada na letra d do inciso III, posto que não se trata de *desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.*

Não está fundamentado, por seu turno, a dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico. Não há qualquer prova de dano ao Erário. Foi executada uma obra (projeto modificado) ao invés de outra (projeto original). Ora, o ato era ilegítimo, se houve até anuência do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Paraná? Há comprovação de que tenha sido antieconômico?

Por último, a condenação da empresa contratada pressupõe a participação, de qualquer modo, para o cometimento do dano.

Mas que dano? A obra foi executada, embora com projeto diverso do inicialmente planejado. Portanto, onde está a ocorrência de dano?

Outra contradição do Acórdão é na análise da questão de eventual desvio de objeto ou desvio de finalidade.

O Acórdão deixou claro que a Jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que desvio de objeto não configura PREJUÍZO AO ERÁRIO.

18. É necessário pontuar que a jurisprudência deste Tribunal é pacifica em diferenciar desvio de objeto de desvio de finalidade. Apesar de ambas as situações serem irregulares, apenas a última configura prejuízo ao erário que obríga o *responsável ao ressarcimento.*

Entanto, é contraditória ao analisar os fatos objeto da prestação de contas e considerá-los como DESVIO DE FINALIDADE.

Ora, os fatos analisados, quando muito, caracterizam apenas DESVIO DE OBJETO.

Com efeito, o OBJETO era promover a recuperação da orla marítima das praias de Brava de Caiobá, Central de Matinhos e Flamingo, mediante contenção de encostas, rampas, escadas, calçadas e outros serviços auxiliares, dito no próprio acórdão.

Pois bem, e o que foi executado? Fundamentalmente RECUPERAÇÃO DA ORLA MARÍTIMA DAS PRAIAS BRAVA DE CAIOBÁ, CENTRAL DE MATINHOS E FLAMINGO.

Com efeito, o contrato nº 002/2002, firmado após a ALTERAÇÃO DOS PROJETOS ORIGINAIS, previa exatamente a EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE ESCADARIAS, RAMPAS DE ACESSO, CALÇADAS E RESTAURAÇÃO PAISAGÍSTICA, conforme se depreende do termo de recebimento da obra (doc. fls. 452).

Então não é contraditória a decisão exarada por Vossas Excelências? O projeto inicial não previa a recuperação da orla marítima do litoral de Matinhos? O projeto modificado não previa a recuperação da Orla de Matinhos? Não teria havido apenas desvio de objeto (alteração do projeto) ao invés de desvio de finalidade? Então como enquadrar no dispositivo citado o acórdão para embasar a irregularidade na prestação de contas condenação dos requeridos?

Ora, excelências, houve omissão ao analisar os fatos e documentos do processo, na medida em que:

1. Elaborar um convênio para execução de uma obra não pressupõe que aquele Projeto seja IMUTÁVEL, pois isso engessaria a tomada de soluções que no curso da obra se vislumbram necessários e que os engravatados que elaboraram o projeto inicial não previram;

2. Após firmado o convênio, houve efetiva mobilização da sociedade de Matinhos, do Ministério Público, dos órgãos ambientais que, após muita reunião e tomada de decisões, culminaram na ALTERAÇÃO DO PROJETO INICIAL;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.

3. Não reconhecer essa alteração de projeto como uma NECESSIDADE e uma forma de minimizar os problemas que o projeto inicial não resolveria, é não reconhecer a atuação legítima do Ministério Público (leia-se o parecer de fls. 437/438); é não reconhecer a legitimidade da participação da equipe técnica do LABORATÓRIO DE ESTUDOS EM MONITORAMENNTO E MODELAGEM AMBIENTAL - Convênio UFPR-IAPAR-SIMEPAR, que firmou o parecer acostado às fls. 411/418 dos autos;

4. É fato: os administradores deixaram de informar ao órgão federal convenente a necessidade de alteração do projeto inicial - ou talvez até autorização para fazê-lo; mas daí a reconhecer que implicou em DESVIO DE FINALIDADE pura e simplesmente não é correto.

E onde está a contradição? Os fatos não se amoldam ao dispositivo legal que embasou a condenação na restituição de valores, que exige desvio de finalidade, pois houve, de fato, apenas desvio de projeto, para não dizer alteração de projeto.

VII. DA CONTRADIÇÃO - DA NECESSÁRIA MUDANÇA DE PROJETO

O V. Acórdão, em sua fundamentação, aduz que as justificativas para modificações de projeto eram aceitáveis, ressalvando que não foram levadas ao conhecimento do órgão federal que transferiu as verbas.

> *10. Os interessados buscaram justificar a implantação do novo projeto e defenderam que as alterações decorreram de substancioso exame no qual intervieram o Ministério Público no Estado do Paraná, a Superintendência de Desenvolvimento de Recursas Hídricos e Saneamento Ambiental, representantes da Universidade Federal do Paraná, do Ibama, de associações civis do município e outros profissionais da área.*
>
> *12. Ainda que aceitáveis as justificativas para a mudança de projeto, é de se observar que as negociações sequer foram levadas ao conhecimento do órgão que transferiu as verbas federais.*

Então, se era aceitável, não podemos dizer que era necessária a alteração do projeto?

Tanto era necessária que, como já visto à exaustão nos autos, houve manifestação favorável (para não dizer imperiosa) do Ministério Público; houve manifestação favorável da SUDERHSA; houve manifestação favorável da equipe técnica da Universidade Federal do Paraná; houve manifestação favorável do MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE.

Pelas razões expostas, espera-se que se dignem Vossas Excelências em acolher os presentes embargos declaratórios para corrigir as omissões/contradições apontadas.

VIII. DA OMISSÃO/AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

Já se disse que a condenação à restituição de valores ao erário público pressupõe, dentre outros, desvio de finalidade, existência de dano e participação efetiva da empresa para sua condenação.

De se dizer mais, a constatação desses requisitos deve estar fundamentada em fatos e demonstrada na decisão, seja administrativa ou judicial.

Ora, não se vislumbra no acórdão os fatos que levaram à conclusão do efetivo desvio de finalidade, mas tão somente desvio de projeto.

Não se vislumbra no acórdão a efetiva comprovação fática de danos, visto que o que se apurou foi apenas que as obras não foram realizadas conforme o projeto original, mas está exaustivamente provado que as obras relativas ao projeto alterado foram executadas, sendo totalmente oportuno o seu pagamento - portanto, ausência de prejuízo ao Erário.

Não se demonstrou no acórdão a fundamentação fática que levaria à participação efetiva da empresa VIA VENETTO em eventuais danos ao erário, visto que a sua participação foi ÚNICA E EXCLUSIVA na execução do projeto proposto pela prefeitura, embora alterado. Fez a obra que lhe foi proposta e recebeu o valor DEVIDO. Não teve qualquer participação na elaboração ou alteração dos projetos, o que, bem ou mal, teria fundamentado a restituição de valores.

Portanto, a ausência de fundamentação fática efetiva a se enquadrar na decisão final tomada, impõe a necessária revisão do julgado, eis que ausência de fundamentação equivale a omissão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.

IX. DA OMISSÃO - OBRIGAÇÃO DA CONTRATADA

A embargante apresentou argumentos, em sua defesa, de que estava obrigada a executar eventuais alterações contratuais ou de projeto, como imposição pelo Município de Matinhos, eis que estava sujeita à Lei de licitações, *in verbis:*

(...)

Entretanto, o V. Acórdão silenciou com relação ao referido argumento, deixando de se manifestar sobre a obrigatoriedade da empresa frente às alterações de projeto imposta pelo Município, incorrendo em omissão que deve ser sanada mediante provimento dos presentes embargos declaratórios.

X. DA OMISSÃO - CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Contra o argumento de que o Município não poderia promover a alteração do projeto, aduziu a empresa embargante que referido ato poderia ser convalidado pelo Ministério da Integração Nacional, mesmo na fase de prestação de contas, conforme se infere do item 4 de sua defesa.

No entanto, o V. Acórdão não dedicou uma linha sequer aos argumentos de defesa, incorrendo em omissão que deve ser sanada mediante provimento dos presentes embargos declaratórios, eis que todos os argumentos de defesa devem ser enfrentados pela decisão do órgão colegiado.

XI. DA OMISSÃO/CONTRADIÇÃO - VALORES DEVOLVIDOS

O v. Acórdão reconhece, no item 10.4, que o Município de Matinhos recebeu da União transferências no valor de R$ 1.042.614,00; reconhece que o Município promoveu a devolução de dois valores, a saber:

Peça 2, p. 229-232 *em 03/09/2003* (-)57.923,86 *Vaiar de aplicação já devolvido à União*

Peça 2, p. 225-227 *em 09/10/2007 (-) 7.020,28 Saldo de aplicação já devolvido à União*

Entretanto, condena os requeridos a devolver à União o montante de (itens 9.1, 9.2 e 9.3):

R$ 216.467,13

R$ 324.700,70

R$ 214.305,91

R$ 251.782,60

R$ 75.079,34

R$ 1.082.335,68

Ora, a situação é tão absurda que o Acórdão estaria condenando o Município e/ou seus gestores a devolver até valores que dispenderam em face da contrapartida.

Diga-se mais, não estaria determinando a dedução dos valores já restituídos e elencados no próprio acórdão.

Portanto, a omissão/contradição deve ser corrigida, mediante provimento dos presentes embargos de declaração."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52973653.