

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 041.555/2012-0

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

Embargante: Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-chefe da Divisão de Construção do extinto Dner, atual Dnit

Interessados: Maurício Hasenclever Borges, ex-diretor-geral do Dner, Wolney Wagner de Siqueira, ex-diretor de Engenharia Rodoviária - Dner, José Ribamar Tavares, ex-chefe do 15º Distrito Rodoviário Federal (15º DRF) - Dner, Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-chefe da Divisão de Construção - Dner, Gerardo de Freitas Fernandes, ex-chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º DRF, José Orlando Sá de Araújo, ex-chefe do R. 15/3 - 15º DRF - Dner, e Íter Engenharia de Construções Ltda.

Unidade: Superintendência Regional do Dnit no Estado do Maranhão (Dnit/MT)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO NA RODOVIA BR-226/MA. PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. SOBREPREÇO. ALEGAÇÕES DE DEFESA INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. LAPSO TEMPORAL DE MAIS DE 16 ANOS ENTRE OS FATOS E A NOTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL. OBSTÁCULO À DEFESA. ACOLHIMENTO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. NOVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO DE PREJUÍZO À DEFESA DE DOIS RESPONSÁVEIS EM CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA IDÊNTICA À DO EMBARGANTE ANTERIOR. ACOLHIMENTO. AFASTAMENTO DE RESPONSABILIDADE. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (peça 143) opostos por Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-chefe da Divisão de Construção do extinto Dner, atual Dnit, contra o Acórdão 1.929/2015 – Plenário. Por meio dessa decisão, o Tribunal modificou o subitem 9.1 do Acórdão 2.662/2014 – Plenário, em razão de embargos de declaração apresentados anteriormente por outro responsável.

2. Transcrevo a seguir, no essencial, o teor da peça recursal, que alega a existência de contradição no Acórdão 1.929/2015 – Plenário:

“FRANCISCO AUGUSTO PEREIRA DESIDERI [...] vem, por meio de seus procuradores, [...] apresentar o respectivo EMBARGO DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE, em face do Acórdão 1.929/2015 – Plenário, que nos autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 2.948/2011 – Plenário, em decorrência de superfaturamento apurado na execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na Rodovia BR-226/MA, julgou irregulares as suas contas, bem como de outros, condenando-o ao pagamento de determinada quantia,

solidariamente – Sessão Ordinária de 5/8/2015, para, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento desta comunicação, comprovar, perante o Tribunal, conforme detalhado solidariamente com os responsáveis indicados, os valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência, acrescidos dos juros de mora devidos, até o efetivo recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas, na forma da legislação em vigor.

Frise-se que o valor total das dívidas atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora até 12/8/2015 corresponde a R\$ 2.967.757,80 (dois milhões, novecentos e sessenta e sete mil, setecentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos), conforme os fatos e fundamentos que se seguem abaixo:

1) DA TEMPESTIVIDADE:

Primeiramente, cumpre esclarecer que o presente recurso em espécie embargos de declaração é apresentado tempestivamente, estando, pois, dentro do prazo de 10 (dez) dias contados do recebimento da notificação de dívida – Ofício 2.630/2015–TCU–SECEX/MA (Anexo 1). Conforme preleciona a Lei 8.443/1992 e art. 183 do Regimento Interno, qual seja, dia 2/9/2015, vencendo, portanto, o prazo para a interposição do presente recurso no dia 12/9/2015.

Ocorre que, sendo 12/9/2015, sábado, dia em que não há expediente nesse Tribunal, o prazo prorrogar-se-á para o primeiro dia útil subsequente, qual seja, 14/9/2015, de acordo com § 2º do art. 185 do Regimento Interno do TCU.

2) DO BREVE RESUMO DOS FATOS:

***Ab Iníto**, toda a infausta questão nasceu nos autos processuais TC-005.741/2002-0 (com 28 volumes e um anexo), que se refere ao relatório de auditoria efetivada em processos de dispensa de licitação, abrangendo, pois, o período de 1995 a 2001, relacionados com as obras de restauração e conservação rodoviária no Estado do Maranhão, conduzidas pelo antigo 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15º DRF/Dner), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Maranhão (Dnit/MA), tendo por objeto licitações e contratos, assim como dispensas e inexigibilidades de licitação de obras de restauração e conservação rodoviária no mencionado estado.*

Em sendo assim, o Acórdão 2.662/2014 – Plenário, que, nos autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 2.948/2011 – Plenário, em decorrência de superfaturamento apurado na execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na Rodovia BR–226/MA, julgou irregulares as contas deste embargante, bem como de outros, condenando-os ao pagamento da quantia de R\$ 2.967.757,80 (dois milhões, novecentos e sessenta e sete mil, setecentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos), solidariamente, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da comunicação (Ofício 2.630/2015–TCU/SECEX/MA, de 12/8/2015), devendo comprovar, perante esse Tribunal, o recolhimento junto aos cofres do Tesouro Nacional, dos valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência, acrescidos dos juros de mora devidos, até o efetivo recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas, na forma da legislação em vigor, tendo sido arbitrado o valor total das dívidas atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora até 12/8/2015.

Por conseguinte, em face ao Acórdão 2.662/2014 – Plenário, foi interposto o recurso de embargos de declaração por Wolney Wagner de Siqueira, uma vez que o mesmo teve suas contas julgadas de maneira irregular e condenado solidariamente ao pagamento do montante acima mencionado. Nos embargos de declaração, esse embargante defendeu: (i) a ampla defesa maculada, uma vez que o lapso temporal entre o fato gerador da penalidade e a sua citação regular foi superior a 16 (dezesesseis) anos; (ii) a omissão formal do processo, por supressão contida no relatório de auditoria (conversão em TCE); (iii) o fato de que nos autos nenhum documento foi averbado pelo então embargante, como equivocadamente entendeu o auditor na instrução que deu base ao Acórdão 2.662/2014 – Plenário, visto que o Relato 598/1996 (e não averbação) seria mero ato de expediente, sem o condão de responsabilizá-lo por hipotéticas irregularidades ocorridas; (iv) da

omissão/contradição e ambiguidade presentes no acórdão em comento, pois, na data dos débitos, o então embargante não mais exercia suas funções de Diretor de Engenharia e, assim, não existiria qualquer documento de averbação de sua lavra, configurando a contradição. No que tange à obscuridade, defendeu-se sua ocorrência nas apurações do auditor, que não conseguiu comprovar o nexo de causalidade entre a conduta daquele responsável e as contas julgadas irregulares; e (v) por fim, pleiteou-se o efeito modificativo dos embargos de declaração interpostos em face do Acórdão 2.662/2014 – Plenário.

Neste passo, este E. Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 1.929/2015 – Plenário, no qual conheceu dos embargos de declaração e, no mérito, os acolheu e, em consequência, considerou prejudicada a responsabilização de Wolney Wagner de Siqueira nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de mais de 16 (dezesseis) anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado pelo item 9.1 do Acórdão 2.662/2014 – Plenário, cuja redação passou a ser a seguinte:

‘9.1. julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges e da empresa Íter Engenharia de Construções Ltda., condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias indicadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data de recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias já ressarcidas, na forma prevista na legislação em vigor;’

Em sendo assim, foi expedida a notificação de dívida – Ofício 2.630/2015–TCU/SECEX/MA ao embargante para, ‘no prazo de quinze dias, a contar do recebimento desta comunicação, comprovar, perante o Tribunal, conforme detalhado no Anexo 1 deste ofício, aos cofres do Tesouro Nacional, solidariamente com os responsáveis indicados, os valores históricos atualizados monetariamente desde as respectivas datas de ocorrência, acrescidos dos juros de mora devidos, até o efetivo recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas, na forma da legislação em vigor. O valor total das dívidas atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora até 12/8/2015 corresponde a R\$2.967.757,80’. E mais, advertiu que a ausência de pagamento por parte do embargante ensejará na ‘(...) inclusão do nome do responsável/interessado no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – Cadin e b) execução judicial perante o competente Juízo da Justiça Federal, na forma dos arts. 24 e 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 216 e 219, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU’.

Pois bem. É com fundamento no Acórdão 1.929/2015 – Plenário, que demudou o item 9.1 do Acórdão 2.662/2014 – Plenário, que este embargante interpõe o presente recurso, uma vez que se faz presente a contradição na decisão em comento, de acordo com os fatos e fundamentos que serão perpetrados a seguir.

3) DO MÉRITO:

3.1) DA EVIDENTE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO 1.929/2015 – PLENÁRIO QUE MODIFICOU O ITEM 9.1 DO ACÓRDÃO 2.662/2014 – PLENÁRIO:

O **decisum** exarado por esta E. Corte de Contas, em seu Acórdão 1.929/2015 – Plenário excluiu a responsabilidade de Wolney Wagner de Siqueira face a um dos argumentos perpetrados nos embargos de declaração interpostos por esse recorrente, qual seja, o prejuízo ao contraditório, uma vez que o lapso temporal entre o fato e a notificação foi de mais de 16 (dezesseis) anos, o que torna o débito insubsistente.

Ocorre que, diante da desconsideração da responsabilidade de um dos indiciados, o Acórdão 2.662/2014 – Plenário teve o seu item 9.1 modificado e passou a ter a seguinte redação:

‘9.1. julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges

e da empresa Íter Engenharia de Construções Ltda., condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias indicadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data de recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias já ressarcidas, na forma prevista na legislação em vigor;

(...)

9.2. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.3. remeter cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.’

Neste passo, o Acórdão 1.929/2015 – Plenário institui que este embargante venha a efetuar o pagamento solidário da dívida no valor apurado no prazo de 15 (quinze) dias, sendo atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até 12/8/2015, caso contrário, estaria autorizada a cobrança por via judicial.

No entanto, este embargante interpôs, em face do Acórdão 2.662/2014 – Plenário, o recurso de reconsideração, no dia 28/4/2015 (Anexo 2), o qual, até o presente momento, não foi julgado por esta E. Corte de Contas.

Porém, o art. 33 da Lei 8.443/1992 – Lei Orgânica do TCU dispõe que ‘o recurso de reconsideração, que terá efeito suspensivo, será apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida, na forma estabelecida no regimento interno, e poderá ser formulado por escrito uma só vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 30 desta lei’.

Assim sendo, o recurso de reconsideração interposto possui efeito suspensivo, que conforme preleciona o professor e processualista Fredie Didier Jr.: ‘A interposição do recurso prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão, os efeitos dessa decisão, sejam eles, executivos, declaratórios ou constitutivos, não se produzem’.

Portanto, indaga-se: Caberia a esse E. Tribunal de Contas proferir o Acórdão 1.929/2015 – Plenário e instituir, novamente, a obrigação ao embargante de realizar o pagamento do montante arbitrado, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação de dívida, atualizado monetariamente e com juros de mora a partir de 12/8/2015, uma vez que já foi interposto um recurso de reconsideração que possui efeito suspensivo em face do Acórdão 2.662/2014 – Plenário, que foi ora demudado pelo Acórdão 1.929/2015 – Plenário? A resposta, certamente, é não!

Ora, é certo que não se pode interpretar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto, somente no momento da sua admissibilidade pelo Relator, uma vez que, caso assim fosse interpretado, não obstaria a produção dos efeitos da decisão recorrida e, portanto, a decisão seria plenamente eficaz desde o momento da sua prolação, o que iria contra o princípio da segurança jurídica, pois que de nada adiantaria a interposição de um recurso com efeito suspensivo, se este só fosse atribuído no momento da sua admissão pelo Relator, já que seus efeitos estariam em vigor.

Conforme preleciona a Lei 8.443/1992, o recurso de reconsideração, embargos de declaração e o pedido de reexame possuem efeito suspensivo, ou seja, obstem a produção dos efeitos das decisões recorridas, sendo o momento do exame de sua admissibilidade, além da análise dos requisitos intrínsecos e extrínsecos, bem como a possível restrição de aspectos do efeito suspensivo inerente à interposição dos recursos supramencionados.

In casu, a imputação da obrigação de pagar imposta ao embargante, conforme a notificação de dívida recebida, representa uma verdadeira contradição, pois tal efeito da decisão impugnada não é passível de ser executado, uma vez que fora interposto o recurso de reconsideração – que possui efeito suspensivo de acordo com as legislações vigentes – e assim, não poderia o Acórdão 1.929/2015 – Plenário imputar ao embargante tal obrigação de pagar, e mais, o próprio

acórdão dispõe que, caso não seja efetuado o pagamento na data imposta, está autorizada a cobrança por via judicial, tendo o embargante, (i) o nome inscrito no Cadin – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal, além de passível de (ii) execução judicial perante o competente Juízo da Justiça Federal, penalidades estas que não merecem prosperar em face do efeito suspensivo conferido pela Lei 8.443/1992, bem como o Regimento Interno do TCU, ao recurso de reconsideração perpetrado.

Desse modo, considerado tal dado, se torna impossível a perduração do Acórdão 1.929/2015 – Plenário, que determinou a obrigação de pagar ao embargante até o dia 17/9/2015, sob pena de cobrança por via judicial.

Ad argumentam tantum, caso entendesse esse Ministro-Relator que deveria, mesmo com a existência de arrepiante contradição, determinar o referido pagamento a este embargante, contrariando o efeito suspensivo inerente ao recurso impetrado, estar-se-ia ignorando o princípio norteador do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica, já que de nada adiantaria a interposição do recurso, **vide** que o embargante já poderia sofrer os efeitos de uma cobrança judicial e ter o seu nome inscrito no Cadin, uma vez que o vultoso montante estabelecido é impagável até a data imposta por este E. Tribunal de Contas, principalmente porque, conforme disposto no recurso de reconsideração, o ora embargante, outrora recorrente, não corroborou para a sangria dos cofres públicos!

3.2) DA EVIDENTE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO 1.929/2015 – PLENÁRIO IMPUTANDO A IRREGULARIDADE DA CONTA DO EMBARGANTE FACE À FUNDAMENTAÇÃO QUE EXCLUI WOLNEY WAGNER DE SIQUEIRA:

O Acórdão 1.929/2015 – Plenário acolheu a tese de que fora prejudicado o contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de 16 (dezesseis) anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado pelo item 9.1 do Acórdão 2.662/2014 – Plenário.

Logo, a situação vivenciada por um dos indiciados foi acolhida por este E. Tribunal de Contas e fundamentou a decisão que excluiu a sua responsabilidade no Processo 041.555/2012-0. No entanto, apesar de a situação ser idêntica à do embargante, este para sua surpresa, teve a sua conta julgada irregular e fora responsabilizado.

Assim sendo, a CONTRADIÇÃO de se acolher uma situação fática vivenciada por um dos indiciados e conseqüentemente, excluir a sua responsabilidade e, todavia, no julgamento da responsabilidade do embargante, esta MESMA tese, não é levada a cabo, não tendo o embargante excluída a sua responsabilidade, causa profunda estranheza a este último, pelos fundamentos que serão expostos no decorrer desta peça recursal.

Oportuno vislumbrar que Wolney Wagner de Siqueira, ex-Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto Dner, no período de ocorrência do fato gerador no TC 041.555/2012-0, defendeu que houve o transcurso de 16 (dezesseis) anos entre o fato e a sua notificação. Pois bem. No caso do recorrente, entre o suposto fato (1997) e sua notificação/citação em 26/03/2013, passaram-se 16 (dezesseis) anos. Ora, será que um lapso temporal de 16 (dezesseis) anos não perfaz uma situação análoga à de Wolney Wagner Siqueira? A resposta é, obviamente, sim!

No Acórdão 1.929/2015 – Plenário, o Ministro-Relator, em seu voto, fundamentou a exclusão do polo passivo do presente processo de tomada de contas especial – TCE de Wolney Wagner de Siqueira, ex-Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto Dner, na tese a seguir transcrita:

‘Não obstante, reconheço que, de fato, houve omissão no Acórdão 2.662/2014 – Plenário, ora questionado, no momento em que não se observou que o embargante não foi ouvido em audiência naquela ocasião. Portanto, o ex-Diretor de Engenharia do DNER permaneceu sem receber qualquer notificação sobre as irregularidades que ensejaram o débito desde a ocorrência dos fatos, em 16/12/1996, até sua citação, encaminhada em 7/3/2013 (peça 22).

Com efeito, o decurso de mais de 16 anos é longo o bastante para prejudicar o pleno estabelecimento do contraditório, de forma que deve ser retirada a sua responsabilidade pelo débito apurado.’ (grifos acrescidos)

Portanto, insta salientar, que a situação que exclui a responsabilidade de um dos indiciados é IDÊNTICA À DO EMBARGANTE, visto que (i) transcorreram 16 (dezesesseis) anos entre o suposto fato (1997) e a sua notificação/citação em 26/3/2013 e (ii) o embargante nunca participou de nenhuma oitiva, tampouco recebeu qualquer notificação sobre as irregularidades que poderiam ter ensejado o débito.

Neste passo, o Acórdão 1.929/2015 – Plenário se perfaz completamente contraditório quando acolhe uma tese para a exclusão da responsabilidade de um dos indicados e julga responsável o embargante, que viveu igual situação de fato que maculou o seu contraditório em face do lapso temporal de mais de 16 (dezesesseis) anos entre o fato gerador e a notificação/citação do embargante sem ter participado nesse interregno de tempo de qualquer oitiva quanto ao fato que lhe fora imputado.

4) DO EFEITO INFRINGENTE ATRIBUÍDO AOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

Essa E. Corte de Contas atribui o efeito infringente aos embargos de declaração, conforme o disposto no ‘Manual de Recursos’ deste mesmo Tribunal, se o vício alegado leve a reformar ou anular a decisão recorrida.

Pois bem. No caso em tela, o vício alegado pelo embargante ocasionou a (i) imputação da obrigação de pagar (ao embargante) do montante estabelecido no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da notificação de dívida, sob pena de cobrança judicial e inscrição do nome do embargante no Cadin, APESAR DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO ESTAREM SUSPENSOS EM FACE DO EFEITO SUSPENSIVO QUE POSSUI O RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTO EM MOMENTO ANTERIOR PELO EMBARGANTE e (ii) o julgamento de suas contas de maneira irregular responsabilizando o embargante, em contrariedade ao fundamento acolhido por essa E. Corte de Contas que isentou o outro indiciado, uma vez que o seu contraditório fora prejudicado em virtude do grande lapso temporal que se deu entre o fato gerador e sua citação/notificação. Insta salientar que o vultuoso lapso temporal também se faz presente na situação fática vivenciada pelo embargante, tendo também, seu contraditório, lesado. Apesar da fundamentação idêntica, o julgamento foi dispare, tendo a mesma situação concreta originado consequências diferentes, ou seja, no caso do embargante, o resultado foi a condenação.

Em sendo assim, suprido o vício perpetrado por este embargante, a decisão perpetrada será atingida pelos efeitos infringentes/modificativos dos presentes embargos de declaração, que não mais atribuirá a obrigação de pagar ao embargante, bem como o excluirá de qualquer responsabilidade no que tange ao pagamento do débito solidariamente imputado.

5) DOS PEDIDOS:

Ante o exposto, este embargante requer a V. Excelência que:

1) Sejam os embargos de declaração conhecidos e após, sejam lhes dado provimento, nos termos das razões acima elencadas, atribuindo-lhes o efeito infringente perpetrado, a fim de reformar o Acórdão 1.929/2015 – Plenário e, assim, suprir os vícios alegados e, conseqüentemente, excluir a imputação do débito ao embargante, julgando regulares as suas contas;

2) No entanto, caso não seja o entendimento dessa E. Corte de Contas, que isente o embargante ao pagamento do montante arbitrado até o julgamento do seu recurso de reconsideração, em face do efeito suspensivo inerente ao mesmo.

Termos em que pede deferimento.”

É o relatório.