



Acórdão 01064/2021-6 - Plenário

Processos: 02653/2021-1, 05546/2018-4, 02317/2012-8

Classificação: Embargos de Declaração

UGs: PMA - Prefeitura Municipal de Anchieta, PMA - Prefeitura Municipal de Aracruz, PMBE - Prefeitura Municipal de Boa Esperança, PMBG - Prefeitura Municipal de Baixo Guandu, PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica, PMCB - Prefeitura Municipal de Conceição da Barra, PME - Prefeitura Municipal de Ecoporanga, PMI - Prefeitura Municipal de Ibatiba, PMI - Prefeitura Municipal de Itaguaçu, PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim, PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes, PMP - Prefeitura Municipal de Piúma, PMPC - Prefeitura Municipal de Pedro Canário, PMSM - Prefeitura Municipal de São Mateus

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: JORGE DUFFLES ANDRADE DONATI, NORMA AYUB ALVES, JOSE RICARDO PEREIRA DA COSTA, ROSANGELA DE SOUZA BUELONI, CAMILA SOUTO MENDES, LIDIANE RIBEIRO DOS SANTOS MARAFONI, ZACARIAS CARRARETTO FILHO, ANDRE LAYBER MIRANDA, JONACI XAVIER GARCINDO, ENGESILVA COMERCIO EIRELI

Recorrente: ROMUALDO ANTONIO GAIGHER MILANESE

Procuradores: ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES), HEVERTON DE OLIVEIRA BRANDAO JUNIOR (OAB: 20661-ES), JOSE CARLOS NASCIF AMM (OAB: 1356-ES), JOSE PERES DE ARAUJO (OAB: 429A-ES, OAB: 54138-MG), RODRIGO JOSE PINTO AMM (OAB: 10347-ES), LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA (OAB: 14589-ES), LUISA PAIVA MAGNAGO (OAB: 12455-ES), PEDRO JOSINO CORDEIRO (OAB: 17169-ES)

DIREITO PROCESSUAL – RECURSO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA.

1. Quando inexistente vício de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, os embargos de declaração devem ter o seu provimento negado, em observância ao artigo 411, da Resolução TC nº 261/2013 - RITCEES.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**1. DO RELATÓRIO:**

Tratam os autos de **Embargos de Declaração** opostos pelo senhor **Romualdo Antonio Gaigher Milanese** (Prefeito do Município de Boa Esperança – 2011/2012), em face do **Acórdão TC 645/2021-8** prolatado, **à unanimidade**, pelo **Colegiado Pleno desta Corte**, nos autos do Processo TC 5546/2018-4 (Recurso de Reconsideração), em apenso, **no qual deu provimento parcial**, mantendo-se a irregularidade relativa a “Edital contendo exigências de habilitação não previstas na Lei de Licitações e com cláusula que restringe a competitividade do certame”, excluindo-se a multa.

O Embargante, em síntese, requer o conhecimento do presente embargo, para que no mérito seja dado provimento, a fim de sanar a contradição, bem como o afastamento da respectiva irregularidade.

Na sequência, emiti a Decisão Monocrática nº 449/2021-1 (evento 6), conhecendo o presente recurso, encaminhando os autos à Área Técnica para manifestação.

A Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, elaborou a **Instrução Técnica de Recurso – ITR 00242/2021-3** (evento 8), opinando pelo **conhecimento** dos presentes embargos de declaração, para no mérito, **negar-lhe provimento**.

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 03875/2021-1 (evento 12), da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, **aniu os argumentos fáticos e jurídicos constantes da ITR 242/2021-3**.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Tendo sido opostos os presentes embargos de declaração, pelo senhor **Romualdo Antonio Gaigher Milanese**, em face do **Acórdão TC 645/2021-8** prolatado, à **unanimidade**, pelo **Plenário desta Corte**, nos autos do Processo TC 5546/2018-4 (Recurso de Reconsideração), necessária é sua análise.

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Há de se rememorar que nos autos do TC 2317/2012-8, em apenso, que cuida de Tomada de Contas Especial Convertida de processo de fiscalização, a respeito de procedimentos licitatórios realizados pelas prefeituras de Piúma, Conceição da Barra, Brejetuba, dentre outras, nos exercícios de 2011 e 2012, que teriam como beneficiários as empresas C. S. Costa ME e Amanda Santos do Nascimento ME, tendo sido prolatado pelo Plenário, à unanimidade, o **Acórdão TC 216/2018**, vejamos:

1. ACÓRDÃO

[...]

1.2.4. Edital contendo exigências de habilitação não previstas na Lei de Licitações e com cláusula que restringe a competitividade do certame – Prefeitura Municipal de Boa Esperança – Pregão Presencial nº 071/2011 (Ref.: itens 2.3 e 2.3.3 da ITI 914/2016, analisado no item 3.5 da ITC) Base legal: arts. 3.º, inciso I, e 9.º da Lei 10.520/02 e arts. 3.º, § 1.º, I, e § 5.º; arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93. Responsáveis: - Romualdo Antonio Gaigher Milanese, Prefeito Municipal de Boa Esperança - Rosângela de Souza Bueloni, Pregoeira Oficial e elaboradora do Edital do Pregão Presencial nº 071/2011 - Camila Souto Mendes Facheti, Procuradora Municipal elaboradora do parecer que aprovou o Edital do Pregão Presencial 071/2011;

[...]

1.5. Rejeitar as razões de justificativas dos Srs. Romualdo Antonio Gaigher Milanese - Prefeito Municipal de Boa Esperança, Rosângela de Souza Bueloni - Pregoeira do Município de Boa Esperança e Camila Souto Mendes Facheti -

Procurador Municipal de Boa Esperança, e manter a irregularidade descrita subitem 2.4 deste Voto, aplicando-lhes multa individual de R\$ 3.000,00, com fulcro no art. 135, II, da Lei Complementar 621/2012.

(...)

Registra-se que, o senhor Romualdo Antonio Gaigher Milanese, interpôs Recurso de Reconsideração, em face do Acórdão TC 216/2018, autuado no Processo TC 5546/2018-4 (apenso), originando o **Acórdão TC 645/2021-8**, tendo o Colegiado do Plenário assim deliberado:

1. ACÓRDÃO TC-645/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONHECER o presente Recurso de Reconsideração, interposto por **Camila Souto Mendes Facheti** (Procuradora Municipal de Boa Esperança), **Romualdo Antônio Gaigher Milanese** (Prefeito Municipal de Boa Esperança), **Sociedade Empresária Amanda dos Santos - ME** (Empresa Contratada) e **José Ricardo Pereira da Costa** (Prefeito Municipal de Piúma), em face do **Acórdão TC nº 216/2018 - Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 2317/2012-2, em apenso, relativo a Denúncia convertida em Tomada de Contas Especial, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, pelas razões expendidas no item 2.2 do voto;

1.2. DAR PROVIMENTO ao Recurso de Reconsideração interposto por **José Ricardo Pereira da Costa** (Prefeito Municipal de Piúma de 2009 a 2012) e pela **Empresa Engesilva Comércio Eireli** (antiga Sociedade Empresária Amanda dos Santos - ME (Empresa Contratada), no sentido de **acolher as alegações recursais** no que se refere a irregularidade apontada no **item 1.2.1** (Pagamento sem liquidação) **do Acórdão TC 00216/2018-1**, afastando a irregularidade e o respectivo ressarcimento solidário, pelas razões expendidas no item 2.3.1 do voto;

1.3. DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Reconsideração interposto por **José Ricardo Pereira da Costa** (Prefeito Municipal de Piúma de 2009 a 2012) e pela **Empresa Engesilva Comércio Eireli** (antiga Sociedade Empresária Amanda dos Santos - ME (Empresa Contratada), no sentido de acolher parcialmente as alegações recursais no que se refere irregularidade apontada no **item 1.2.2** (Contratação com sobrepreço e pagamento com superfaturamento) **do Acórdão TC 00216/2018-1**, **mantendo a irregularidade** sem o condão de macular as contas dos recorrentes, **afastando o ressarcimento e multa**, pelas razões expendidas no item 2.3.2 do voto;

1.4. DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Reconsideração interposto por Camila Souto Mendes Facheti (Procuradora Municipal de Boa Esperança) e Romualdo Antônio Gaigher Milanese (Prefeito Municipal de Boa Esperança), no sentido de acolher parcialmente as alegações recursais em face da irregularidade apontada no item 1.2.4 (Edital contendo exigências de habilitação não previstas na Lei de Licitações e com cláusula que restringe a

competitividade do certame) do Acórdão TC 00216/2018-1, mantendo-a, excluindo-se apenas a multa imposta aos respectivos responsáveis, reformando-se os termos do v. Acórdão atacado, conforme razões expendidas no item 2.3.3 do voto;

1.5. REFORMAR o Acórdão TC 00216/2018-1, passando a constar o disposto no item anterior, e:

1.5.1. Julgar regulares com ressalva as contas do senhor **José Ricardo Pereira da Costa** (Prefeito Municipal de Piúma de 2009 a 2012) e pela **Empresa Engesilva Comércio Eireli** (antiga Sociedade Empresária Amanda dos Santos - ME (Empresa Contratada), em razão do afastamento da irregularidade disposta no item **1.2.1** (Pagamento sem liquidação), e da manutenção da irregularidade constante do item **1.2.2** (Contratação com sobrepreço e pagamento com superfaturamento), sem o condão de macular as contas dos referidos gestores.

1.6. DETERMINAR aos atuais Procuradores do Município de Boa Esperança, a fim de que recomendem a alteração de editais que eventualmente contenham cláusulas restritivas quando da exigência da exibição de amostras;

1.7. MANTER os demais termos do v. Acórdão atacado;

1.8. REMETER os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção do Acórdão, nos termos do art. 62, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

1.9. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos, após trânsito em julgado, na forma do art. 330, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal.

2. Unânime.

Isto posto, instada a se manifestar, a **Área Técnica**, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da **Instrução Técnica de Recurso 00242/2021-3**, acompanhada pelo **Parquet de Contas**, conforme o **Parecer nº 3875/2021-1**, opinou, em síntese, nos seguintes termos:

[...]

Pelo exposto, opinamos pelo conhecimento dos embargos de declaração para que, no mérito, seja-lhes negado provimento.

Isto posto, passa-se a análise se presentes estão os requisitos de admissibilidade do recurso interposto.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Da análise dos autos, verifica-se que **o presente recurso foi conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00449/2021-1**, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido, devendo a referida decisão ser submetida ao Colegiado do Plenário para ratificação.

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

2.3 DO MÉRITO RECURSAL:

Inconformado com o Acórdão TC 645/2021-8-Plenário, prolatado no Processo TC 5546/2018-4, o senhor **Romualdo Antonio Gaigher Milanese**, interpôs o presente recurso de Embargos de Declaração onde alega que o **decisum teria incorrido em contradição**, “uma vez que a fundamentação do acórdão reconheceu (i) a ausência de erro grosseiro e (ii) a ausência dos requisitos da matriz de responsabilidade, esta última com o condão de romper o nexo de causalidade. Tais razões de decidir dão ensejo ao afastamento da irregularidade, e não da sua manutenção sem aplicação e multa”.

Neste contexto, afirma o Embargante que “revela-se igualmente contraditória a manutenção da irregularidade em relação ao Embargante, mesmo sem a aplicação de multa, uma vez que tal posicionamento por parte do acórdão recorrido também alcançou a Recorrente Camila Souto Mendes Facheti. Tem-se que para agentes públicos diferentes, com condutas diversas no âmbito da ocorrência da irregularidade, como será demonstrado, o acórdão estabeleceu o mesmo provimento, qual seja, a manutenção da irregularidade”.

Pois bem, o subscritor da Instrução Técnica Conclusiva nº 242/2021-3, assim se manifestou, *litteris*:

[...]

A contradição, segundo sua tese, surge do fato de que o acórdão reconheceu que não houve erro grosseiro e que estavam ausentes os requisitos da matriz de responsabilidade, esta última com o condão de romper o nexo de causalidade. Alega que tais razões dão ensejo ao afastamento da irregularidade, e não da sua manutenção sem aplicação de multa.

O embargante também se insurge contra o tratamento dado a si (por manter a irregularidade) do mesmo modo que à procuradora Sr^a Camila Souto Mendes Facheti. Considera que são agentes públicos com condutas diversas mas que o acórdão tratou do mesmo modo.

Entende, ademais, que, conforme reconhecido, a manutenção da irregularidade é contraditória, pois não houve erro grosseiro.

Por fim, sustenta que, se não há base fática e jurídica para a aplicação da penalidade, o acórdão deveria ter afastado a irregularidade em relação ao embargante, ou consignado expressamente que a manutenção da irregularidade não impediria a regularidade das contas, ainda que com ressalvas, uma vez que está em sede de tomada de contas especial.

Antes de debater os itens específicos apontados como contradições, cabe observar que o acórdão reconheceu que não houve erro grosseiro, mas não reconheceu que os critérios da matriz de responsabilidade foram violados.

A propósito do argumento de que é contraditório afastar a multa e manter a irregularidade, percebe-se que é expressamente permitido no direito estrangeiro (português) e que a jurisprudência pátria tem adotado a tese. Conforme a doutrina de Tavares e Magalhães¹:

(1) – O presente artigo permite que o Tribunal possa condenar, a título de responsabilidade financeira, em montante inferior ao das “importâncias abrangidas” pelas infrações (cfr. artº. 49º.) ou mesmo não condenar.

Tal possibilidade, no entanto, está condicionada à verificação, pelo Tribunal, de que não existiu na infração dolo mas apenas culpa.

É, assim, em função da culpa que o Tribunal leva a efeito como que uma graduação da responsabilidade financeira.

Nesse sentido, não temos por contraditório o afastamento da multa, mas como uma aplicação possível da norma.

Na sequência, o embargante sustenta que é contraditório que tenha recebido o mesmo tratamento dado à procuradora Sr^a Camila Souto Mendes Facheti. Considera que, tendo funções e responsabilidades diferentes, não poderiam ter o mesmo tratamento.

Parece-nos que o embargante se sente tratado de modo desigual. Os embargos de declaração não se prestam a essa análise. Verificar a igualdade ou a desigualdade no tratamento é o mérito do julgamento, e não uma contradição. A alegação é uma tese sobre *error in iudicando*, mas não sobre contradição, propriamente dita.

A ausência de erro grosseiro não afasta a irregularidade, que de fato ocorreu. O acórdão recorrido apenas afastou a penalidade, por não considerar grave a conduta. Uma vez mais, não vislumbramos contradição, mas apenas uma irresignação quanto ao mérito.

Entende que, tendo ocorrido o afastamento da multa, as contas especiais deveriam ter sido julgadas regulares, ainda que com ressalvas.

Os respeitáveis argumentos, outrossim, se batem contra o mérito. Associar as irregularidades a este ou aquele resultado do julgamento não é contraditório, mas

¹ TAVARES, José; MAGALHÃES, Lídio de. *Tribunal de Contas. Legislação Anotada. Índice Remissivo*. Almedina: Coimbra, 1990, p. 137.

apenas a decisão do colegiado, que se alinhou nesse sentido.

As reiteradas tentativas de atingir o mérito por via transversa não acham vereda nesta modalidade recursal.

A jurisprudência desta Corte orienta, a teor do Acórdão TC 49/2019:

Conforme já assentado, os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Os embargos declaratórios, no entanto, revelam-se incabíveis, quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de viabilizar, assim, um indevido reexame da causa, com evidente subversão e desvio da função jurídico-processual para que se acha especificamente vocacionada essa modalidade de recurso.

Diante do exposto, entendemos que os embargos opostos não demonstram a ocorrência de contradição.

É importante destacar que a multa aplicada ao Embargante foi afastada, conforme fundamentação contida no v. Acórdão atacado, até porque, entendi que não havia erro grosseiro (art. 28 da LINDB) por parte do gestor, que pudesse penaliza-lo com multa. No entanto, a irregularidade foi mantida e atribuída também a senhora Camila Souto Mendes Facheti.

Assim sendo, ressalto que o fato de não ter havido erro grosseiro, com o consequente afastamento da multa, não significa que a irregularidade deixou de existir, muito pelo contrário, a mesma foi evidenciada e permaneceu no julgado, e ao meu sentir não caracteriza contradição o fato da irregularidade não ter sido afastada como pleiteia o Embargante.

Desse modo, verifico que não prosperam as alegações recursais do Embargante e pelos elementos constantes dos autos e pelas considerações acima delineadas, acompanho o entendimento externando pela Área Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 242/2021-3, e pelo *Parquet* de Contas, conforme Parecer nº 3875/2021-1, entendendo que os Embargos de Declaração não devem ser providos, mantendo-se incólume os termos do **Acórdão TC 645/2021-8** prolatado de forma **unânime** pelo **Colegiado Pleno** deste Egrégio Tribunal de Contas.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1064/2021:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER os presentes embargos de declaração, ratificando os termos da Decisão Monocrática nº 00449/2021-1, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, conforme razões expendidas no subitem 2.2 deste voto;

1.2. NEGAR PROVIMENTO aos embargos de declaração, opostos pelo senhor **Romualdo Antonio Gaigher Milanese**, em face do **Acórdão TC nº 645/2021-8 – Plenário**, prolatado nos autos do Processo TC 5546/2018-4 (Recurso de Reconsideração), em apenso, em razão da inexistência de vício de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, **mantendo-se incólume os termos do v. Acórdão atacado**;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 16/09/2021 - 49ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária Geral das Sessões em substituição