

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 1066609 E 1066644

Embargantes: Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito Municipal e Waltercides Antônio da Costa Filho, então Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Processo referente: Denúncia n. **880439**

Processos apensados: Embargos de Declaração n. **1007860**, Recursos Ordinários n. **1012046**, **1015611** e **1015612**

Procuradores: Ana Laura de Oliveira e Silva - OAB/MG 90.095, Cristina Paiva Matos Fontes - OAB/MG 110.373, Daniel Guimarães Medrado de Castro - OAB/MG 130.922, Eliza Natalice Romão Viana Perdigão - OAB/MG 104.263, Fabiana Maria de Paiva da Silva - OAB/MG 124.458, Fábio Augusto Alves Diniz - OAB/MG 114.044, Felipe Halley Andrade Martins - OAB/MG 140.019, Henrique Paiva Matos Fontes - OAB/MG 120.961, José Rubens Costa - OAB/MG 21.581, Liliane Rodrigues de Oliveira - OAB/MG 95.661, Luciano Alves Moreira Moutinho - OAB/MG 135.436, Maria Flávia Pinto Monteiro - OAB/MG 70.141, Maria Tereza Soares Lopes Trindade - OAB/MG 149.891, Mônica Barbosa - OAB/MG 130.670, Paulo Márcio Fiuza Palmela - OAB/MG 141.099, Paulo Sérgio Mateus - OAB/MG 117.056, Rebeka Martins Nonato - OAB/MG 169.011, Sidlei Hudson Guimarães Rocha - OAB/MG 94.574, Sirley Aparecida Ferreira dos Santos - OAB/MG 123.828, Tiago Gomes de Carvalho Pinto - OAB/MG 71.905.

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA LICITANTE VENCEDORA DO CERTAME. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO PROLATADA NOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELOS RESPONSÁVEIS PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. EXAME PREJUDICADO.

1. A ausência de citação da sociedade empresária contratada pelo Município, nos processos em que a decisão deste Tribunal possa alcançar a sua esfera jurídica, consubstancia nulidade absoluta, por violação ao devido processo legal e aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
2. O reconhecimento da nulidade absoluta do processo principal desde a citação prejudica o exame dos Embargos de Declaração nº 1.066.644 opostos, conjuntamente, pelos responsáveis pela condução do procedimento licitatório.

Tribunal Pleno
24ª Sessão Ordinária – 10/07/2019

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos dos Embargos de Declaração n^{os} 1.066.609 e 1.066.644 opostos, respectivamente, por Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. e, de forma conjunta,

pelos Srs. Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito do Município de Santa Luzia, e Waltercides Antônio da Costa Filho, ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação, em face da decisão prolatada pelo Pleno, na Sessão de 6/2/2019, nos autos dos Recursos Ordinários nºs 1.012.046, 1.015.611 e 1.015.612, conforme súmula do acórdão disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC de 5/4/2019, nestes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** conhecer dos recursos, na preliminar, considerando que foram preenchidos os requisitos previstos na Lei Complementar Estadual n. 102/2008; **II)** acolher a preliminar de ilegitimidade arguida no recurso n. 1015612, excluindo do polo passivo o recorrente Alexandre Augusto Carvalho Gonzaga, Procurador do Município à época e, assim excluir a multa individual a ele imposta; **III)** deixar de acolher a preliminar suscitada pelo recorrente Waltercides Antônio Costa Filho; **IV)** dar provimento parcial aos recursos n. 1012046 e n. 1015611, no mérito, para reduzir proporcionalmente as multas pessoais impostas no acórdão recorrido aos Srs. Gilberto da Silva Dornelles e Waltercides Antônio Costa Filho, que passam do total de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para R\$33.000,00 (trinta e três mil reais), pois, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, não foi possível afirmar que os critérios utilizados para a avaliação técnica implicaram prejuízo à competitividade do certame; **V)** determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das disposições regimentais, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Nos Embargos de Declaração nº 1.066.609, a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. aduziu, em síntese, que o Pleno, por intermédio do acórdão prolatado nos autos da Denúncia nº 880.439, disponibilizado no DOC em 5/4/2017, “(...) acolheu parcialmente a denúncia determinando-se a sustação do contrato administrativo ajustado com a empresa vencedora do certame, assim como a aplicação de multa aos gestores” (fl. 2).

Sustentou que tem legitimidade recursal, uma vez que venceu o procedimento licitatório examinado nos autos do processo principal, sendo, portanto, “(...) diretamente afetada pela decisão e efeitos que acabaram por ocorrer (...)” (fl. 3).

Acrescentou que “(...) deve ser qualificada como terceira interessada na medida em que a decisão contra a qual se insurge lhe impõe a desarrazoável e antijurídica suspensão do contrato administrativo ajustado com o Município de Santa Luzia (...)” (fl. 4). Na oportunidade, transcreveu trecho da ementa da decisão na Denúncia nº 884.769, sob a relatoria da Conselheira Adriene Andrade, e do art. 6º da Lei Estadual nº 14.184, de 2002.

Além disso, registrou que “(...) o Regimento Interno do TCE é claro ao permitir aos interessados a interposição de recurso (art. 325, II), notadamente no caso dos autos **quando se constata que a ora Recorrente**, eis que vencedora no certame que acaba de ser anulado por este col. Tribunal de Contas, terá seu contrato administrativo rescindido, sendo, pois, à toda evidência, alcançada pelos efeitos da decisão ora hostilizada” (fl. 5).

Na sequência, insurgiu-se contra o procedimento adotado por este Tribunal na condução da Denúncia nº 880.439, ao argumento de que, a despeito de ter interesse jurídico no feito, não lhe foi conferido o direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto expressamente no § 4º do art. 4º da Constituição do Estado de Minas Gerais.

À vista dos fatos narrados, pugnou pela nulidade do processo com amparo no art. 172 da Resolução nº 12, de 2008, e na Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal.

Sob outra perspectiva, sustentou que “(...) o **contrato administrativo ajustado entre a empresa Recorrente e o Município de Santa Luzia**, em 21/08/2012, não poderá ser desfeito

tendo em conta a situação jurídico-administrativa estável e o longo tempo, superior a 5 anos, que já perdurou entre os fatos e o presente momento – sem decisão definitiva e irrecorrível por este Tribunal de Contas” (fl. 11).

Nesse contexto, requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal e, por conseguinte, a extinção do processo, ao fundamento de que “(...) a prescrição de 05 anos, no caso em tela, iniciou-se novamente à partir da decisão que recebeu a denúncia, em 22/08/12 (1º marco interruptivo), não houve, até o presente momento, DECISÃO IRRECORRÍVEL no âmbito deste col. Tribunal de Contas que tenha esgotada sua pretensão punitiva” (fls. 14 e 15).

Por sua vez, nos Embargos de Declaração nº 1.066.644, os Srs. Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito do Município de Santa Luzia, e Waltercides Antônio da Costa Filho, então Presidente da Comissão Permanente de Licitação, aduziram, em síntese, que a decisão embargada foi omissa, porquanto não enfrentou “(...) os motivos que determinaram a não aplicação da uniformização jurisprudencial”, que indica não ser cabível a aplicação de sanção quando o(s) denunciado(s) acatam a determinação da suspensão do procedimento licitatório” (fl. 2).

À fl. 2, asseveraram, ainda, que a constatação de direcionamento do certame por este Tribunal “(...) não decorreu da vontade dos embargantes, mas, sim, de imposição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais”, que, segundo eles, cassou o ato administrativo de suspensão do procedimento licitatório.

Salientaram que houve contradição no acórdão impugnado, pois foi aplicada penalidade pecuniária aos ora embargantes no patamar máximo, pelos atos de direcionamento do certame, sendo que essa situação não comprometeu a competitividade do procedimento licitatório, bem como não causou prejuízo ao erário.

Afirmaram que a decisão embargada destoava da jurisprudência deste Tribunal, pelo que alegaram que, *in casu*, ocorreu “Juízo de Exceção”, na medida em que a penalidade aplicada aos ora embargantes sequer foi submetida à gradação, oportunidade em que acostaram aos autos excertos de julgados desta Corte de Contas. Os embargantes acrescentaram, também, que a decisão impugnada não foi devidamente motivada, sendo que inexistem “(...) justificativas jurídicas para omitir as motivações que afastaram o enquadramento jurídico externalizado pelos julgados em referência às condutas dos embargantes (...)” (fl. 6).

Nesse sentido, pontuaram que a situação narrada consubstancia ausência de prestação jurisdicional, sendo, portanto, necessário, nesta ocasião, enfrentar a aludida omissão e reanalisar os apontamentos de irregularidade. Na sequência, alegaram que as situações examinadas nos autos do processo principal “(...) se assemelharam, para fins de efeitos jurídicos, ao ‘arrependimento eficaz’, tão somente não concretizado, em decorrência da aludida ordem judicial (...)”, o que, nas palavras dos embargantes, representa “inexigibilidade de conduta diversa” (fl. 6).

Diante disso, pugnaram pela concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração, sob o fundamento de que o saneamento da decisão viciada poderá ensejar uniformização de jurisprudência, e transcreveram a ementa da decisão prolatada nos Embargos de Declaração nº 1.015.669.

Autuados, os embargos de declaração foram distribuídos ao Conselheiro Cláudio Couto Terrão, que, amparado no § 1º do art. 335 do Regimento Interno deste Tribunal, se declarou impedido de relatá-los, por ter sido o relator do processo principal. Na sequência, os feitos foram redistribuídos à minha relatoria.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Amparado na certidão passada pela Secretaria do Pleno e dos demais elementos dos autos, verifico que os Embargos de Declaração nº 1.066.609 são próprios e tempestivos, porque a decisão embargada foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas (DOC) de 5/4/2019, para ciência dos responsáveis, e a petição recursal protocolizada em 9/4/2019, dentro, portanto, do prazo previsto no *caput* do art. 343 regimental.

Também entendo que a embargante, pelo fato de ter sido alcançada pela decisão recorrida, tem legitimidade para recorrer, na medida em que, entre outras medidas constantes no acórdão, foi determinada a “intimação da Câmara Municipal de Santa Luzia para que tome ciência dos fatos apurados nesta Denúncia e, nos termos do art. 76, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e do art. 3º, inciso XXVIII, do Regimento Interno, decida sobre a sustação do contrato celebrado com a empresa Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. Findo o prazo previsto no art. 76, § 2º, da Constituição Mineira, deverá o Poder Legislativo Municipal comunicar a este Tribunal, em 10 dias, as providências tomadas”.

Assim, em preliminar, voto pelo conhecimento dos Embargos de Declaração nº 1.066.609, por estarem atendidos os requisitos legais e regimentais.

MÉRITO

Após analisar detidamente os fatos narrados nos Embargos de Declaração nº 1.066.609 em cotejo com os elementos contidos nos autos do processo principal, constatei que a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., licitante vencedora da Concorrência nº 02/2012, não foi citada nos autos da Denúncia nº 880.439, embora, à época do *decisum*, o contrato entre o Município de Santa Luzia e a ora embargante já tivesse sido celebrado.

Na decisão prolatada no processo originário, o Tribunal Pleno, entre outras medidas, determinou a intimação da Câmara Municipal de Santa Luzia, para que tivesse ciência das irregularidades apuradas na denúncia e deliberasse sobre a sustação do contrato celebrado entre o Município de Santa Luzia e a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., o que ficou mantido pelo Pleno na decisão ora embargada.

Com efeito, o § 1º do art. 76 da Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece que o ato de sustação de contratos administrativos “será praticado diretamente pela Assembleia Legislativa, que, de imediato, solicitará ao Poder competente a medida cabível”. Em atenção às emanções do princípio da simetria e observado o disposto no § 4º do art. 189 também da Constituição Mineira, no âmbito municipal, a sustação de contratos administrativos será realizada, portanto, diretamente pela Câmara dos Vereadores, que, de igual modo, deve solicitar ao Executivo Municipal as providências cabíveis.

Este Tribunal de Contas, portanto, não tem competência para, de forma direta e imediata, determinar a sustação do contrato administrativo advindo de procedimento licitatório eivado de irregularidade grave, pois somente poderá fazê-lo se, após o transcurso do prazo de 90 dias da comunicação do Poder Legislativo respectivo, nenhuma providência for adotada, consoante disposto no inciso XXVIII do art. 3º da Lei Complementar nº 102, de 2008, combinado com o § 2º do art. 76 da Constituição Mineira.

Embora não tenha competência para sustar contrato de forma direta e imediata, é imperioso que este Tribunal garanta ao particular contratado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no curso do processo fiscalizatório, nas situações em que o relator vislumbrar possível

pronunciamento decisório tendente a determinar que o Poder Legislativo respectivo delibere acerca da sustação de contrato, ou nas hipóteses em que possa ser determinada anulação de contrato pela Administração Pública.

Esse entendimento encontra amparo no enunciado da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual preceitua que:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Em situação similar à analisada no processo principal, este Tribunal reconheceu, por unanimidade, nos autos do Recurso Ordinário nº 796.118, a nulidade do acórdão prolatado nos autos da Denúncia nº 748.729, em razão da ausência de citação da sociedade empresária contratada. Registro, por oportuno, trecho da mencionada decisão:

[...] Portanto, é certo que dos autos de origem (Denúncia nº 748729) pode ser inferido que não foi oportunizado o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa à recorrente, previamente à decisão, garantias estas que deveriam ter sido efetivadas, já que a decisão da Denúncia em tela, concernente na irregularidade do contrato e do procedimento licitatório – Concorrência Pública nº 001/2008 – interfere, indubitavelmente, de modo direto, na esfera jurídica e econômica da recorrente.

[...]

À vista do exposto, impõe-se o reconhecimento da nulidade do Acórdão recorrido, com a consequente extinção de todos os atos processuais praticados na Denúncia nº 748729, por ausência de contraditório e ampla defesa em relação à interessada e ora recorrente, afrontando, assim, corolários de grande importância em um Estado de Direito, com previsão expressa na Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, inciso LV.

No caso em exame, compulsando os autos da Denúncia nº 880.439, constatei que, em 19/12/2012, a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. requereu, “para fins de defesa em juízo, cópia integral do referido processo, bem como cópia dos pareceres técnicos, dos órgãos técnicos emitidos até o momento e, se houver da manifestação do Ministério Público” (fl. 1380), cujo requerimento foi deferido às fls. 1375 e 1376. Posteriormente, em 21/3/2014, o relator determinou a citação dos responsáveis, sem, contudo, citar a mencionada sociedade empresária. E, em 6/5/2014, consoante se extrai das fls. 2170 e 2171, a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. compareceu, novamente, aos autos, para requerer “vistas do processo em secretaria, para fins de conhecimento”, o que foi deferido pelo relator, ao argumento de “tratar-se de interessado por ser a empresa vencedora da licitação sobre exame”.

Ressai da documentação encartada no processo primário que o contrato administrativo decorrente da Concorrência nº 02/2012 foi celebrado entre o Município de Santa Luzia e a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., em 21/8/2012, com prazo de vigência estipulado em 20 (vinte) anos, admitida prorrogação por igual período. Portanto, em 21/3/2014, quando o relator determinou a citação apenas dos agentes públicos responsáveis pela condução da licitação, já estava em curso o ajuste decorrente do certame, o que evidencia que, embora o relator do processo principal tenha reconhecido a qualidade de interessada da sociedade empresária, não lhe garantiu o exercício do direito de defesa, o que, a meu ver, violou princípios do devido processo legal.

Nessas circunstâncias, por ficar comprovado que o contrato já vigia no curso da tramitação do processo principal, bem como que eventual término, antes do período avençado, pode acarretar prejuízos à contratada, é inegável que a decisão deste Tribunal atingiu a esfera

jurídica da Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., o que demandaria a citação dela para integrar a relação processual.

E, a despeito de a ora embargante ter se insurgido, tão somente, em face do acórdão do Tribunal Pleno nos autos dos recursos ordinários interpostos pelos Srs. Gilberto da Silva Dorneles e Waltercides Antônio da Costa Filho, entendo que se trata de hipótese de nulidade absoluta, uma vez que a ausência de citação da Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. consubstancia vício processual insanável, cujo reconhecimento pode se dar de ofício ou por provocação da parte ou do Ministério Público junto ao Tribunal, nos termos do art. 172 do Regimento Interno.

A nulidade absoluta, como sabido e ressabido, pode ser alegada a qualquer tempo. A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.456.632, em 7/2/2017, conforme acórdão publicado no DJe de 14/2/2017, decidiu que o defeito ou a ausência de intimação – requisito de validade do processo – impedem a constituição da relação processual e constituem temas passíveis de exame em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de forma, alegação de prejuízo ou provocação da parte.

Pelas razões expendidas, manifesto-me pelo reconhecimento da nulidade absoluta dos atos da Denúncia nº 880.439 desde a citação dos responsáveis pela condução da Concorrência nº 02/2012, por violação à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, corolário do devido processo legal, uma vez que a Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda. não foi citada nos autos do processo principal.

Assim sendo, com fulcro no inciso II do § 3º do art. 174 do Regimento Interno, os autos da Denúncia nº 880.439 devem retornar ao relator, para que sejam adotadas as providências necessárias para retificação da omissão verificada.

Por via de consequência, considero prejudicado o exame dos Embargos de Declaração nº 1.066.644, opostos pelos Srs. Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito do Município de Santa Luzia, e Waltercides Antônio da Costa Filho, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época.

III – DECISÃO

Diante do exposto na fundamentação, dou provimento aos Embargos de Declaração nº 1.066.609, para declarar a nulidade absoluta dos atos praticados nos autos da Denúncia nº 880.439 desde a citação, por violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, corolário do devido processo legal, em face da ausência de citação da Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., vencedora da Concorrência nº 02/2012 e que celebrou contrato com o Município de Santa Luzia em 21/8/2012, com prazo de vigência estipulado em vinte anos, admitida prorrogação por igual período.

Por conseguinte, considero prejudicado o exame dos Embargos de Declaração nº 1.066.644, opostos pelos Srs. Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito do Município de Santa Luzia, e Waltercides Antônio da Costa Filho, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época.

Cumpra-se o disposto no inciso II do § 3º do art. 174 do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões

expedidas no voto do Relator, em: **I)** conhecer, preliminarmente, dos Embargos de Declaração nº 1.066.609, por estarem atendidos os requisitos legais e regimentais; **II)** dar provimento, no mérito, aos Embargos de Declaração nº 1.066.609, para declarar a nulidade absoluta dos atos praticados nos autos da Denúncia nº 880.439 desde a citação, por violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, corolário do devido processo legal, em face da ausência de citação da Territorial Transportes e Empreendimentos Ltda., vencedora da Concorrência nº 02/2012 e que celebrou contrato com o Município de Santa Luzia em 21/8/2012, com prazo de vigência estipulado em vinte anos, admitida prorrogação por igual período; **III)** considerar prejudicado o exame dos Embargos de Declaração nº 1.066.644, opostos pelos Srs. Gilberto da Silva Dorneles, ex-Prefeito do Município de Santa Luzia, e Waltercides Antônio da Costa Filho, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, à época; **IV)** determinar o cumprimento do disposto no inciso II do § 3º do art. 174 do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de julho de 2019.

MAURI TORRES
Presidente

GILBERTO DINIZ
Relator

(assinado digitalmente)

ahw/rp/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**