

Processo: 1084618
Natureza: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante: Maria Gabriela Ávila Daher (pregoeira à época)
Órgão: Prefeitura Municipal de Patrocínio do Muriaé
Processos referentes: Recurso Ordinário n. 1071608; Representação n. 932822
Procurador: Davi Leonard Barbieri, OAB/MG 85.384
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

TRIBUNAL PLENO – 20/05/2020

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO E CONLUIO ENTRE OS LICITANTES. DESCONSTITUIÇÃO DE TODAS AS MULTAS APLICADAS À PREGOEIRA. PROVIMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITO MODIFICATIVO. RECOMENDAÇÃO.

Não se verificando indícios de direcionamento e conluio entre os licitantes, de forma a macular o certame, impõe-se o provimento dos embargos, com efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) conhecer, preliminarmente, dos embargos de declaração, uma vez que atendem ao disposto no art. 325 c/c art. 343 da Resolução n. 12/2008 – RITCMG;
- II) dar provimento, no mérito, aos embargos de declaração, com efeitos modificativos, e assim desconstituir todas as multas aplicadas à Sra. Maria Gabriela Ávila Daher, por ocasião do julgamento da Representação n. 932822;
- III) recomendar que, nos próximos certames, a Administração Pública Municipal adote as providências cabíveis, de modo a não propiciar o surgimento de dúvidas quanto à obediência ao princípio da impessoalidade;
- IV) determinar, cumpridas as disposições regimentais, o arquivamento dos autos.

Aprovado o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz. Vencido o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Wanderley Ávila. Votaram o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

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

Plenário Governador Milton Campos, 20 de maio de 2020.

MAURI TORRES
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator
(assinado digitalmente)

GILBERTO DINIZ
Prolator do voto vencedor

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 20/5/2020

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração, opostos pela Sra. Maria Gabriela Ávila Daher, pregoeira no Município de Patrocínio do Muriaé à época dos fatos, em face da decisão que negou provimento ao Recurso Ordinário n. 1071608, na sessão Plenária de 04/12/2019, mantendo a multa imputada à embargante e também ao prefeito, conforme determinado nos autos da Representação n. 932822.

Naquela oportunidade, foi aprovado o voto por mim apresentado, considerando haver irregularidades nos contratos decorrentes da Dispensa de Licitação n. 20/2013 e do Pregão Presencial n. 21/2013, sendo que, especificamente, em relação ao caso dos autos, o agente político deveria ter se negado a efetuar contratação com pessoa detentora de vínculo de parentesco com servidor público responsável pelo julgamento de licitação, mesmo havendo parecer jurídico favorável.

Em seguida, vieram os autos conclusos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Preliminar

Em juízo de admissibilidade, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 328 do Regimento Interno desta Corte, verifica-se que os embargos são próprios, tempestivos e atendem ao disposto no art. 325 c/c art. 343 da Resolução n. 12/2008 – RITCMG, razão pela qual conheço do presente recurso.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Conheço.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Também conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA ADMITIDO O RECURSO.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

II.2 Mérito

Sustenta a embargante que não foram minimamente enfrentadas, no acórdão recorrido, questões fáticas suscitadas em sede de recurso ordinário, como a falta de participação dessa pregoeira no processo de dispensa questionado, a aplicação da nova LINDB ao caso e a falta de comprovação de dano efetivo ao erário.

Asseverou ainda que a omissão verificada na decisão deste Tribunal fere os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, devendo ser proferida nova decisão em análise dos autos do Recurso Ordinário n. 1071608.

Cumprе ressaltar que os embargos de declaração são um remédio voluntário que concedem a oportunidade de o juiz ou relator reapreciar o ato jurídico prolatado com vício, sanando possível obscuridade, contradição ou omissão. Ou seja: tal instituto processual deve ser utilizado para esclarecer pedidos constantes na peça inicial e não tratados no voto, elidir impropriedades que possam constar na sentença, e adaptar ou eliminar alguma das preposições da parte decisória, caso haja incoerência.

Em que pese ter a embargante “apontado” omissão em relação à decisão desta Corte, esta relatoria não a evidencia, uma vez que o julgado se mostra suficientemente claro, podendo-se compreender com exatidão o seu integral conteúdo, mormente porque a avaliação que se fez, objetivamente, é que participação na contratação, assim como ocorrida nos presentes autos, realizada com pessoa detentora de vínculo de parentesco com servidor público responsável pelo julgamento de licitação, é irregular, passível de multa, independentemente de se perquirir a existência, ou não, de dolo, má-fé, ou qualquer coisa que os valha.

De toda sorte, o fato de não se ter aventado no voto a existência de má-fé ou de não se ter constatado a ocorrência de dano ao erário, ao contrário do que sustenta a embargante, não redundaria, obrigatoriamente, em elidir a possibilidade de se aplicar multa.

Antes o contrário, em se verificando que a então gestora teria agido de má-fé, tal fato poderia ensejar o incremento da multa aplicada, e, em se constatando a existência de dano ao erário, tal fato provocaria, para além da imposição de multa, o dever de se ressarcir os cofres municipais.

Ouso, ainda, consignar: mesmo que, desde a sua manifestação anterior, tivesse a Embargante sustentado não ter ocorrido má-fé ou dano, a arguição de pretensa omissão porque esses aspectos não foram tratados na decisão embargada não é contemplada pelo recurso de Embargos de Declaração, cuja via de cabimento é estreitíssima.

Ocorre que, embora amplamente admitida, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de se dar efeitos atípicos (modificativos ou infringentes) aos aclaratórios, esta deve ser uma consequência do provimento do pedido do embargante, e não a causa de pedir. Frise-se: não se pode rediscutir, mediante embargos declaratórios, o mérito da decisão recorrida, como propôs a embargante.

Nas palavras de Fredie Didier Jr,

Se o embargante somente pode alegar omissão, obscuridade e contradição, o juízo que apreciar os embargos não deve desbordar tais limites, restringindo-se a suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou esclarecer uma obscuridade. Ultrapassados tais limites, haverá

ofensa ao disposto no art. 535 do CPC, a caracterizar um *error in procedendo* que deve provocar a anulação da decisão, mediante interposição de apelação ou, se se tratar de acórdão, de recurso especial.

No julgamento do REsp 970.190/SPm rel. Min. Nancy Andrichi, o STJ, invocando o quanto decidido no REsp 802.497/MG, enfrentou um caso digno de registro: o tribunal local, ao julgar embargos de declaração, alterou o acórdão embargado para ajustá-lo ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Daí se interpôs recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC, justamente porque **não há previsão de embargos de declaração para modificar decisão que não esteja de conformidade com o entendimento de tribunal superior**. Ao apreciar tal recurso, o STJ entendeu que, rigorosamente, o art. 535 do CPC teria sido violado, mas seria um exercício de inutilidade anular o julgamento, pois, restaurado o acórdão anterior do tribunal de justiça, a questão seria, inevitavelmente, erigida, uma vez mais, ao seu crivo, resultando, certamente, no provimento de novo recurso especial para ajustar o entendimento da Corte de origem à jurisprudência da Corte Superior. Assim, faltaria finalidade prática a um resultado como esse, conspirando contra a economia processual, contra o princípio da efetividade, contra o princípio da duração razoável do processo, e, até mesmo, contra a dignidade da pessoa humana, fazendo prevalecer o rigor processual para submeter a parte a um longo caminho que desaguardaria na mesma conclusão já obtida.

Tal decisão é um alento e deve ser posta em destaque, por fazer prevalecer a finalidade sob o rigor formal, garantindo a aplicação do princípio da efetividade e deixando de anular quando da invalidade não se extrai qualquer utilidade. Reconheceu-se a existência do vício, mas se deixou de anular o acórdão recorrido, mercê da evidente inutilidade da anulação. Não custa lembrar que a invalidade é uma sanção. Constatada a existência de vício, pode ser aplicada a sanção de invalidade, desconstituindo-se o ato viciado. Tal sanção pode, contudo, deixar de ser aplicada em prol de valores, princípios ou regras que mereçam prevalecer, tal como o STJ fez no citado caso¹.

Portanto, fácil constatar que a embargante, pela via restritiva dos Embargos, pretende verdadeira reversão da decisão, e não sua mera composição, fato que somente poderia ser admitido, com o excepcional efeito infringente desta espécie de recurso, acaso pelo menos se houvesse verificado a existência de omissão, contradição ou obscuridade – o que, como demonstrado, não é o caso dos autos, já que a pretensa omissão não tem qualquer razão de existir.

III – CONCLUSÃO

Em vista do exposto, rejeito os Embargos de Declaração opostos em face da decisão que negou provimento ao Recurso Ordinário n. 1071608, na sessão Plenária de 04/12/2019, porquanto não restou evidenciada obscuridade, contradição ou omissão na decisão impugnada, mantendo-se a multa aplicada nos autos da Representação n. 932822, a teor do artigo 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/08.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, pedindo vênias ao Relator, cheguei a um entendimento diferente, conforme passo a expor:

¹ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm. v. 3, p. 189-190.

Conforme consta no voto do Relator dos embargos, um dos argumentos da embargante – que era pregoeira – foi sua não participação no processo de dispensa de licitação questionado.

O voto vencedor do julgamento do antecedente recurso ordinário teve, na essência, estas palavras (vou sublinhar):

... com a devida vênia ao Relator Conselheiro Sebastião Helvecio, apresento divergência em seu voto por entender que, no caso dos autos, a contratação decorrente da dispensa de licitação n. 20/2013, e aquela oriunda do Pregão Presencial n. 21, também de 2013, contêm irregularidades que maculam ambos os contratos delas decorrentes.

Mostra-se razoável supor que o gestor público de um município, como bem destacado nesses autos, que possui pouco mais de 5.600 habitantes, tenha conhecimento do parentesco dos servidores com prestadores de serviços ou comerciantes. E no caso dos autos, deveria o agente político se abster de efetuar a contratação com pessoa que possui vínculo de parentesco com servidor público, responsável pelo julgamento da licitação, mesmo que amparado por parecer jurídico favorável à contratação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso mantendo a decisão anterior, que determinou a aplicação de multa ao Prefeito Municipal de Patrocínio e Muriaé, Senhor Pablo Emílio Campos Corrêa e à Pregoeira Senhora Maria Gabriela Ávila Daher.

...

Ora, essa fundamentação mirou o “gestor público de um município”, o “agente político”, o que não é nem nunca foi o caso da ora embargante, que atuou apenas como pregoeira. E atuou como pregoeira no Pregão Presencial n. 21/2013, obviamente não no Processo de Dispensa n. 20/2013.

A fundamentação que entendo coadunável é a que foi resumida na conclusão do voto proferido pelo Conselheiro Sebastião Helvecio, Relator do Recurso Ordinário n. 1071608, e que acabou por, na Sessão de 4/12/2019, ficar vencido:

... acompanhando a manifestação da Unidade Técnica, voto pelo provimento do recurso para reformar a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na Sessão do 18/6/2019 e a consequente exclusão da multa de R\$5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) aplicada à Sra. Maria Gabriela Ávila Daher, Pregoeira à época, uma vez que as justificativas apresentadas revelam que não houve a sua participação na realização do Processo Dispensa n. 20/2013, bem como, quanto [ao] Pregão Presencial n. 21/2013, não vislumbro indícios de direcionamento e conluio entre os licitantes de forma a macular o certame. Recomendo, ainda, que, nos próximos certames, ao constatar o parentesco de licitantes, o pregoeiro se afaste provisoriamente de suas funções e outro servidor assumo, de forma a alcançar a melhor proposta no pregão presencial de maneira impessoal e imparcial.

Aderindo, agora, àquela fundamentação, inauguro divergência, para dar provimento aos embargos, com efeitos modificativos, e assim desconstituir todas as multas aplicadas à Sra. Maria Gabriela Ávila Daher, por ocasião do julgamento da Representação n. 932822.

Por fim, com inspiração ainda no citado voto do Conselheiro Sebastião Helvecio, recomendo que, nos próximos certames, a Administração Pública Municipal adote as providências cabíveis, de modo a não propiciar o surgimento de dúvidas quanto à obediência ao princípio da impessoalidade.

É como voto, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Pois não.

Com a palavra o Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Vou manter o meu voto porque a pregoeira participou, inclusive, contratando a própria avó dela. Então, vou manter o meu voto porque ela teve participação.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Está bem.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o voto divergente.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o voto divergente.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, também vou acompanhar a divergência, por entender que houve sim omissão quanto às questões fáticas trazidas no recurso, até porque, naquela oportunidade, eu já havia acompanhado o voto do relator, Conselheiro Sebastião Helvecio.

Então, acompanho a divergência, dando efeitos infringentes aos embargos de declaração.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.
VENCIDO O CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA E O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

* * * * *