TC nº 72.000.571.06-21

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PFM. Decisão que não conheceu do recurso da prestação de contas. Adiantamento. SMSP. Atribuído efeito modificativo para afastar a glosa. CONHECIDO. PROVIDO. Votação por maioria.

Legislação citada: Lei 9.957/00. Art. 897-A CLT. Art. 535, CPC. Instr. 03/11-TCMSP. Res. 04/11. Art. 144, RITCMSP.

2.775ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, com declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA, proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, considerando a nova disposição normativa prevista na Instrução 03/11 deste Tribunal, em conhecer dos embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e, no mérito, em dar-lhes provimento, atribuindo os efeitos modificativos para o fim de afastar a glosa fixada.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, nos termos de seu relatório e voto, que deixou de conhecer dos embargos declaratórios, ante o não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 144 do Regimento Interno desta Casa.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de novembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Nesta vertente processual examinam-se novos Embargos Declaratórios, desta feita opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, ao v. Acórdão de 07.03.2012, que não conheceu, por maioria, dos Aclaratórios deduzidos pela servidora Cheila Maria Subenko Olalla, vencido o nobre Conselheiro Revisor Maurício Faria, na conformidade do voto declarado em separado, dando provimento ao remédio recursal, atribuindo-lhe efeitos infringentes para afastar a glosa imputada, em face da Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução n.º 04/11, desta Eg. Corte de Contas (fls. 118/121).

No rigor da síntese, a Instituição Fazendária alega obscuridade e omissão do v. Acórdão embargado pela não apreciação de motivo e fundamento apresentados anteriormente, pretendendo, sob esse pretexto, a atribuição de efeitos modificativos ao v. Julgado (fls. 126/130).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo conhecimento dos Embargos Declaratórios, e, no mérito, com o reforço da manifestação da Auditoria, pelo seu não acolhimento (fls. 136/137, 144/147 e 154, 156/157).

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se à fl. 155, defendendo o conhecimento e provimento de seus próprios Embargos, pois seria um contrassenso se opinasse no sentido contrário.

É o relatório.

VOTO

Registro, “ab initio”, que o v. Acórdão, ora impugnado pela Instituição Fazendária, não conheceu dos Embargos Declaratórios opostos pela servidora sancionada, ante a não ocorrência de qualquer das hipóteses contempladas no artigo 144 do Diploma Regimental[1], adotando a Turma Julgadora os fundamentos do meu voto, vencido, então, o ilustre Conselheiro Maurício Faria, que entendia cabível a atribuição de efeitos infringentes ao Instrumento Recursal

[1] **Art. 144** - Cabem embargos de declaração, quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição ou omissão.
§ 1º - Os embargos de declaração serão opostos dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, devendo ser dirigidos ao Juiz Singular ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso, da decisão ou do acórdão embargado.
§ 2º - Os embargos de declaração serão decididos pelo Juiz Singular, ou pelo Relator da decisão ou acórdão embargado.

manipulado pela Embargante, ante à nova disciplina da matéria sobre a apreciação das prestações de contas dos responsáveis por adiantamento da Administração Pública Direta e Indireta.

Conquanto, naquela oportunidade, o vício alegado fosse o da contradição do v. Acórdão de 17.11.2010, que glosou a importância de R$ 96.000,00 (noventa e seis mil reais), por infringência ao subitem 7.4.4. da Portaria SF nº 15/2004, entendo que os fundamentos do voto por mim proferido, que subsidiou o v. Acórdão embargado (fls. 113/117), aplicam-se, também, aos Embargos Declaratórios opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, que bem examinados, não demonstraram objetivamente os vícios de obscuridade e omissão, apontados de forma genérica, a partir de considerações doutrinárias e jurisprudenciais (fls. 126/130).

Com efeito, na minha visão, escapam do âmbito dos Embargos Declaratórios a nova regulamentação da matéria julgada ou nova orientação jurisprudencial, que não caracterizam vícios suscetíveis de correção por aquela via recursal.

A propósito dos Segundos Embargos Declaratórios, Theotonio Negrão faz remissão, em suas preciosas anotações ao artigo 535 do Código de Processo Civil, a inúmeros precedentes judiciários que assim se pronunciaram :

"Os segundos embargos declaratórios devem alegar obscuridade, omissão, dúvida, ou evidente erro material do acórdão prolatado nos primeiros embargos, não cabendo atacar aspectos já resolvidos nesta decisão declaratória precedente e, muito menos, questões situadas no acórdão primitivamente embargado."

(Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 44ª. Edição, 2012, pag. 699, nota 5 ao art. 535)

Aliás, como já acentuou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em Aresto também citado por aquele saudoso processualista, na nota 5ª :

"Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, "não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do artigo 535 do Código de Processo Civil."

(ED no Resp. 437.380, relator Ministro Menezes Direito, J. 20.04.04, DJU 23.05.05)

De resto, afasto, no caso em tela, a possibilidade da utilização dos Aclaratórios, por outro recurso, perfilhando o entendimento de nossa Jurisprudência nesta linha de orientação:

"Para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal é necessário que o recorrente não tenha incidido em erro grosseiro (RST) 37/464), e este "se configura pela interposição de recurso impertinente, em lugar daquele expressamente previsto em norma jurídica própria" (RTJ 132/1374)

Fulcrado nessas razões, deixo também de conhecer, por coerência, os Embargos Declaratórios opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, ante o não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 144 do Regimento Interno desta Casa, que, de todo modo, se apreciados no seu mérito, seriam objeto de rejeição.

É como voto.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Trata-se de Embargos Declaratórios opostos com a finalidade de sanar vício de omissão atinente a não aplicação da Instrução n.º 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste Tribunal, que alterou o critério de julgamento dos processos de adiantamento e de possível aplicação de entendimento diverso antes do trânsito em julgado do Venerando Acórdão.

Restou demonstrado nos autos que os recursos financeiros foram efetivamente aplicados em prol do interesse público e no exercício da atividade administrativa, razão pela qual a manutenção do entendimento de restituição ao Erário implicaria em um enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

Denota-se que a via recursal escolhida pode albergar o caráter modificativo, a partir do momento em que sanada possível omissão quanto à observação da interpretação legislativa, resulta em novo cenário jurídico.

Destarte, a nova alteração apresentada por meio da Instrução n.º 03/11 indica uma nova interpretação quanto ao julgamento dos adiantamentos, sendo um imperativo reconhecer que a manutenção do Venerando Acórdão acarretaria um reconhecido enriquecimento ilícito por parte da municipalidade.

Ante o exposto, de acordo com a nova disposição normativa prevista na Instrução n.º 03/11 deste Tribunal, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, VOTO PELO PROVIMENTO DOS PRESENTES EMBARGOS, atribuindo os efeitos modificativos para o fim de afastar a glosa fixada.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, conheço do recurso interposto, posto conformado às disposições do artigo 144 do Regimento Interno, ao mesmo tempo em que se vislumbra também a necessidade de melhor aclarar o exame do caso concreto, especialmente diante da nova perspectiva que empresta a Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste TCMSP, ao enfrentamento do tema dos adiantamentos.

Com base nessa premissa é que, a despeito de possível reconhecimento de clareza da decisão embargada, não se pode desconsiderar o novo tratamento dado à matéria por parte deste Tribunal através da recente orientação mencionada, e, por consequência, um sentido reflexo e eventualmente infringente que deságua na necessidade de receber o inconformismo da parte, amparado até mesmo por possível aplicação da regra da fungibilidade dos recursos. Para tanto, vale destacar aspectos importantes e referentes quanto ao efeito infringente e, até mesmo, o alcance da própria fungibilidade.

Não se desconhece que, na atualidade, o ordenamento jurídico já agasalha essas hipóteses do cabimento de embargos de declaração com efeitos modificativos/infringentes, como se vê da Lei Federal nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que incluiu o artigo 897-A à CLT[2] para essa finalidade. Luiz Henrique Barbante Franzé, na obra Tutela Antecipada Recursal (2ª ed., revista e atualizada, Curitiba, Juruá, 2008, p. 280/81), conclui, amparado em julgados das nossas mais altas Cortes[3], bem como nos critérios apresentados por Teresa Arruda Alvim Wambier, abaixo transcritos, pela possibilidade da ocorrência de três hipóteses excepcionais que ensejam o efeito modificativo dos Embargos de Declaração: a) omissão, obscuridade ou contradição; b) correção do erro material; c) reconhecimento de nulidade absoluta: '1. quando este efeito decorrer das hipóteses 'normais' de cabimento deste recurso, como efeito secundário. O caso mais comum é o suprimento da lacuna na decisão, cujo preenchimento torne inviável a subsistência do resto do julgado; 2 – quando houver correção de erro material; 3 – quando – e este é o assunto que mais interessa a este estudo – se tratar de decretar

[2] "**Art. 897-A.** Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. **Parágrafo único**. Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes."

[3] Colacionados pelo Autor: STF – 2ª. Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 377.361/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 08.04.2005, p. 36; 1ª. STF – 1ª. Turma, Embargos Declaratórios no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 306.538/SP – Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 10.12.2004, p. 41; STF – 1ª. Turma, Embargos Declaratórios em REext. 216.482/SC – Rel., Min. Moreira Alves, DJU 02.05.2003, p. 37; STF – 2ª. Turma, Embargos Declaratórios de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 21.931/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 19.12.2002, p. 127; STJ – 5ª. Turma, Embargos Declaratórios em REsp. 321.290/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJU 18.04.2005, p. 245; STJ – 2ª. Turma, Embargos Declaratórios em Resp 621.601/MG, Rel. Min, Eliana Calmon, DJU 18.04.2005, p. 258; STJ – 1ª. Turma, REsp 578.831/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 28.03.2005, p. 190; STJ – 4ª. Turma, REsp 453.825/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 21.03.2005, p. 383.

de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios, nulidade absoluta.'

A meu ver, pode-se entender como lacuna/contradição na decisão recorrida a nova situação em que, tendo havido mudança nos parâmetros de aplicação das regras para adiantamentos, torna-se necessário reavaliar a observância do princípio da razoabilidade/proporcionalidade no caso desta glosa em concreto.

A embargante postula que o reconhecimento da omissão/obscuridade pode implicar a alteração do julgado pelo acolhimento de motivo e fundamento não apreciado anteriormente, emprestando aos embargos efeito modificativo e não infringente. Destaca que o fundamento do recurso interposto justifica-se no fato de a decisão recorrida deixar de considerar fato superveniente ocorrido antes do trânsito em julgado, qual seja, a superveniência da Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste TCMSP.

Argumenta ainda que, em face do novo regramento, poderia inclusive apresentar o recurso de revisão intentando a rescisão do julgado, mas arcaria com a consequência de aguardar a decisão por muito tempo, razão pela qual optou por essa via recursal, intentando o aperfeiçoamento da prestação administrativa conferida por esta Egrégia Corte. Diante desse cenário, verifico que houve uma alteração essencial trazida pela já citada Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste TCMSP, a indicar uma nova interpretação da disciplina dos adiantamentos, tendo como ponto principal o reconhecimento, agora, de um enriquecimento ilícito da Municipalidade em face da glosa de valores correspondentes a serviços, atividades ou bens que foram efetivamente realizados ou incorporados ao seu patrimônio.

As alegações da servidora acerca da situação adversa por ela vivenciada diante do curto espaço de tempo concedido para a realização da despesa e o propósito inafastável a que se propunha a mesma, qual seja, o atendimento às famílias que viviam em moradias com autos de interdição já expedidos, encaixam-se perfeitamente nessa releitura. No caso presente, o que vai ao encontro da nova orientação é o fato de que o prazo formal de aplicação fica relativizado diante da realidade de famílias cujos lares já tinham sido interditados pelo Poder Público, e, quanto à preocupação de não se ter um verdadeiro desmando, surge o fato de que o numerário foi depositado em 24 de março, mesmo tendo em vista que o extrato de liquidação e pagamento considerou o período de 12 a 31 de março.

Trata-se, dentro dos critérios da Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste TCMSP, de impropriedade formal para qual não mais incide a glosa. Nesses termos, por entender que a infringência anotada, relacionada à quitação em período diferente do fixado no adiantamento, em ofensa ao item 7.4.4 da Portaria SF nº 032/01, reflete mera falha de ordem formal, sem o condão de macular a regularidade da prestação de contas em exame, não encontro

motivação razoável para a manutenção da glosa, nos termos contidos no acórdão recorrido.

Desta forma, em conformidade com a nova disciplina contida na Instrução nº 03/11, aprovada pela Resolução 04/11 deste TCMSP, voto, no mérito, pelo provimento dos presentes Embargos, atribuindo-lhes efeitos infringentes para o fim de afastar a glosa então fixada. Todavia, caso se entenda pela inadequação da via processual eleita, suscito a mesma fundamentação para, com base na regra de fungibilidade dos recursos, revisar a decisão atacada e alcançar a forma dispositiva acima lançada.