

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 013.329/2011-1

Natureza: Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Santana - AP

Responsáveis: EPG Construções Ltda. - Me (84.413.236/0001-40); Maria Suiley Antunes Aguiar (263.046.512-87); Rosemiro Rocha Freires (030.327.952-49)

Interessados: Ministério da Integração Nacional (vinculador) (); Prefeitura Municipal de Santana - AP (23.066.640/0001-08)

Representação legal: Adamir de Amorim Fiel (OAB-DF 29547); Edvaldo Costa Barreto Júnior (OAB-DF 29190); Gabriel Abbad Silveira (OAB-DF 18774); Guilherme Pereira Dolabella Bicalho (OAB-DF 29145); Karina Neuls (OAB-DF 29267); Rebecca Suzanne Robertson Paranaguá Fraga (OAB-DF 41.320); Ricardo Clemente da Costa Júnior (OAB-DF 38.806).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO PARA CONSTRUÇÃO DA SEGUNDA E TERCEIRA ETAPAS DO CANAL DO PARAÍSO EM SANTANA/AP. TRANSFERÊNCIAS INDEVIDAS DA CONTA ESPECÍFICA DO CONVÊNIO. PAGAMENTO ANTECIPADO DE DESPESAS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO COMPROVADO POR MEIO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS AUTORIZADAS PELA JUSTIÇA. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. CITAÇÃO E AUDIÊNCIA DO EX-PREFEITO. REVELIA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. AUDIÊNCIA DA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO E DA EMPRESA CONTRATADA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES, MULTA E INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DA EMPRESA CONTRATADA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por EPG Construções Ltda. em desfavor do Acórdão 1640/2016-Plenário, decisão por meio da qual o Tribunal, dentre outras coisas, declarou

inidônea a embargante para participar de licitação na administração pública federal, pelo período de 3 (três) anos.

2. Transcrevo a essência do recurso interposto:

“1.1. Cuidam os presentes autos de processo de tomada de contas especial instaurado a requerimento do Ministério da Integração Nacional em virtude da inexecução parcial do Convênio nº 758/2002 (inscrição SIAFI 481914), que detinha por objeto a realização de obra pública de saneamento do canal do Paraíso no Município de Santana/AP.

1.2. Em virtude de sugestão do Ministério Público do Tribunal de Contas da União, esse i. Conselheiro Relator determinou a audiência da Requerida para se manifestar sobre os elementos de prova coletados durante a instrução processual advindos de ILEGAL interceptação telefônica realizada pela Polícia Federal em procedimento criminal de investigação desenvolvido no âmbito da operação denominada "Pororoca".

1.3. O Ofício nº 0560/2015 - TCU/SECEX-AP concedeu à Embargante, em atenção ao princípio da ampla defesa e contraditório, a oportunidade de apresentar justificativas para a inserção de condições restritivas à ampla concorrência e participação de interessados no certame divulgado pelo Edital nº 01/2003, Prefeitura Municipal de Santana/AP, especialmente as seguintes questões: a) fixação do índice de liquidez no percentual de 3,5%; b) exigência do licitante possuir acervo comprovando a execução de galerias em concreto armado; c) dificuldade dos licitantes em obterem o atestado de visita ao local das obras; d) manipulação da ata de reunião da Comissão Especial de Licitação - CEL/PMS.

1.4. Ficou esclarecido, ainda, no Ofício nº 0560/2015 - TCU/SECEX-AP sobre a inclusão no processo de tomada de contas especial em referência de evidências relativas à interceptação telefônica realizada pela Polícia Federal, que foi utilizado como elemento de prova.

1.5. Em acórdão nº 1640/2016, esse Eg. Plenário declarou inidônea a empresa EPG 'Construções Ltda. - ME (antiga Método Norte Engenharia e Comércio Ltda. - ME), ora Embargante, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, para participar de licitação na administração pública federal, pelo período de 3 (três) anos.

1.6. Outrossim, a r. decisão deste Eg. Plenário contradiz-se ao afirmar que é legítimo o uso de "provas emprestadas", pois tal questão se encontra pacificada no âmbito do STF, do STJ e no âmbito deste Tribunal. Quanto a tal pacificação, o r. acórdão também é omisso, pois não houve demonstração que o entendimento é, de fato, unânime, especialmente no âmbito do STF e STJ. Assevera, ainda, que a utilização destas provas é possível, ainda, desde que observados alguns critérios.

1.7. Portanto, diante da existência de omissão e contradição na decisão prolatada, impõe-se a admissibilidade dos presentes embargos declaratórios, propiciando o saneamento dos vícios constatados e, em consequência, a atribuição de efeitos infringentes ao recurso para a reforma do julgado.

II- TEMPESTIVIDADE

2.1. Dispõe o art. 30, I, "b" da Lei nº 8.433/92 que os prazos nela previstos contam-se a partir da data da intimação do responsável ou interessado acerca da rejeição de suas alegações de defesa, contando-se dia-a-dia, com exclusão do dia de seu início, nos termos do art. 185 do RITCU.

2.2. Desta forma, considerando-se que a decisão embargada foi publicada em data de 07/07/2016, quinta-feira, termo a quo do prazo de 10 (dez) dias para apresentação de embargos declaratórios, conclui-se que o respectivo termo ad quem recai no dia 18/07/2016, segunda-feira.

2.3. Firma-se, por conseguinte, a tempestividade da presente manifestação.

III — ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO JULGADO

3.1. Inicialmente, faz-se importante asseverar o cabimento dos presentes embargos de declaração. O cabimento revela-se como pressuposto recursal indicativo da admissibilidade do referido recurso pelo ordenamento jurídico para fins de irresignação contra determinada decisão judicial.

3.2. Com relação aos embargos declaratórios, as hipóteses de admissibilidade encontram-se expressamente indicadas nos incisos do art. 34 da Lei nº 8.443/92, in verbis: (transcrição do artigo)

3.3. Convém ressaltar que os embargos declaratórios não se revelam como uma crítica ao Órgão Julicante, mas, sim, como uma forma célere e eficaz de integração da decisão embargada, tendo em vista a existência de omissão, obscuridade ou contradição em seus fundamentos. Ademais, constitui-se pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial que os embargos declaratórios permitem uma comunicação direta, simples e objetiva entre o Órgão Julgador e as partes, facilitando-lhes a compreensão das razões de convencimento manifestadas na decisão.

3.4. Lado outro, os embargos declaratórios assumem a função de exortar o Órgão Julgador a se manifestar sobre temas reputados relevantes pelas partes, abrindo-lhes a oportunidade de solicitar uma abordagem sobre questão que posteriormente poderá ser analisada nas instâncias superiores ordinárias e extraordinárias, garantias constitucionais da ampla defesa e da completa prestação jurisdicional (incisos XXXV c/c. LV, ambos do artigo 5º, da CR/88).

3.6. Com efeito, a decisão embargada encontra-se lavrada nos seguintes termos: (transcrição dos itens 12.3.3 a 12.3.9. da instrução da unidade técnica do TCU)

3.7. Ora, a despeito da prévia contextualização apresentada no acórdão, que reproduziu o relatório de instrução da Unidade Técnica, é interessante observar que a decisão embargada deixou de seguir jurisprudência invocada à defesa sem demonstrar a existência de distinção no caso ou superação do entendimento, omitindo-se no exame dessas questões:

3.8. Como ressaltado anteriormente, invocou-se jurisprudência do STJ que, ao julgar o HC 116.375, declarou a nulidade das provas colhidas através de interceptação telefônica colhida sem a devida fundamentação. O relator do feito, ministro CELSO LIMONGI, pontuou que outro requisito indispensável para a autorização do meio de prova em questão o é a demonstração de sua indispensabilidade, isto é, que ele seja o único meio capaz de ensejar a produção de provas, conforme inteligência do artigo 2º, II da lei 9.296/96. Assim, havendo o Juízo de 1º grau deferido a gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, do poderio da organização criminosa e da complexidade dos fatos sob apuração, porém, sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade (HC 83.632/SP, DJe 20.09.2010).

3.9. No caso, é de se questionar se estes requisitos estiveram presentes, mormente considerando-se o grande lapso temporal das escutas, como se a autoridade policial estivesse "pescando" apenas os indícios que lhe interessassem, mesmo sem estar caracterizado qualquer crime.

3.10. Ademais, o STF, reiteradamente, já decidiu que a utilização de interceptação telefônica como prova emprestada em outro processo de natureza não criminal, a exemplo dos procedimentos disciplinares, depende de expressa autorização judicial do juízo onde fora produzida a prova (conforme se depreende dos precedentes listados: Pet 3683 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035

DIVULG 19- 02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01012 RMDPPP v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104; Inq 2725 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09- 2008; Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ VOL-00205-02 PP- 00656, veja-se que são questões de ordem suscitadas exatamente para que a autoridade judicial competente, no caso o STF, autorizar ou não a utilização da prova emprestada).

3.11. Assim, resguarda-se que este. Eg. Plenário, em sede de Embargos de Declaração, faça uma ponderação dos valores e princípios constitucionais envolvidos ao deferir ou não a extensão da violação à intimidade (pois a utilização da prova emprestada sabidamente ampliará violação à intimidade do investigado).

3.12. Enfatiza-se, ainda, que a prova emprestada deve estar submetida ao contraditório e ampla defesa nas suas duas etapas, no processo originário e também para aquele em que foi emprestada. Contudo, conforme já dito, isso não aconteceu no presente caso, pois ausentes as decisões que supostamente autorizaram as escutas.

3.13. Neste sentir, é de se ressaltar as lições contidas em importante precedente do Supremo Tribunal Federal - em que este Eg. Plenário também deixou de seguir a jurisprudência invocada sem demonstrar a existência de distinção no caso ou superação do entendimento - o já citado Inquérito nº 2266, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 26/05/2011, publicação em 13/03/2012. Neste precedente, em denúncia apresentada apenas com base em interceptações telefônicas utilizadas como prova emprestada, por também faltarem aos autos às decisões judiciais deferidoras das escutas telefônicas, o STF afastou a sua utilização como prova emprestada, dada a sua ilicitude, e determinou o arquivamento do inquérito, não recebendo a denúncia ofertada (por sugestão do próprio MPF). Pede-se novamente vênua para transcrever os trechos do brilhante voto do MM. Gilmar Mendes: (transcrição de trechos do Voto do Min. Gilmar Mendes)

3.14. É impossível reconhecer-se validade, portanto, às interceptações telefônicas utilizadas pela Unidade Técnica para subsidiar a presente tomada de contas especial, tendo em vista a farta demonstração de que a captação de dados se desenrolou indefinidamente e em oposição às garantias do Estado de Direito, fato que impede que essa prova emprestada seja submetida ao contraditório e ampla defesa.

3.15. Repita-se que decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal (notícia obtida no sítio deste tribunal, datada de 07 de fevereiro de 2013), na Ação Penal (AP) nº 508, Rel. Min. Marco Aurélio, que é direito do acusado o de requerer e obter a degravação integral das interceptações realizadas. Conforme noticiado, "a maioria dos ministros da Corte acompanhou o voto do ministro Marco Aurélio, que negou provimento a agravo regimental apresentado pelo Ministério Público Federal (MPF), que questionou a decisão que determinou que fosse feita a degravação integral. Segundo o ministro, a formalidade é essencial à validação da interceptação telefônica como prova, e a Lei 9.296/96, que regulamenta a interceptação telefônica, determina que sempre em que houver a gravação da comunicação, será determinada sua transcrição. No caso concreto, observou o ministro Marco Aurélio em seu voto, a formalidade não foi observada, constando em parte do processo apenas trechos de diálogos, obtidos em dias e horários diversos, não havendo a transcrição integral de nenhum debate ou conversa envolvendo o réu e os demais envolvidos."

3.16. Destarte, eventual admissão de prova ilícita no processo ensejará grave infração à literal disposição de lei, especialmente ao artigo 5º, LVI, da CF, que é claro quanto à vedação à prova ilícita.

3.17. Portanto, são perfeitamente cabíveis os presentes embargos declaratórios, justificando-se a integração da decisão embargada para supressão das omissões e contradições verificadas, além de propiciar o necessário debate das questões relacionadas ao provimento de mérito embargado.

(Fundamentação para cabimento dos embargos infringentes)

V - O PEDIDO

5.1. Ex positis, requer, o Embargante, nos termos dos arts. 32, II e 34 da Lei nº 8.443/1992 e arts. 277, III e 287 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a procedência dos presentes embargos declaratórios para suprir as omissões indicadas, integrando-se a decisão embargada.

5.2. Adicionalmente, requer a concessão de efeitos infringentes ao presente recurso para que seja reconhecida a ausência de responsabilidade da Embargante pelos prejuízos pretensamente ocorridos, afastando a penalidade aplicada, pois somente desse modo que a justiça será concretizada”.

É o relatório.