

VOTO

Preliminarmente o recurso em apreço deve ser conhecido, ante o preenchimento dos requisitos necessários para a espécie.

2. 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.

3. A decisão mencionada apreciou tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades na execução do convênio 758/2002 (Siafi 481914), que tinha por objeto a construção da segunda e terceira etapas do canal do Paraíso, localizado no município de Santana/AP. Pretendia-se construir 375 metros de canal em concreto armado, com seção trapezoidal, e implantar passarelas para pedestres, iluminação e bancos.

4. Foram identificadas as seguintes irregularidades: a) a execução parcial do objeto (42,74%), sendo que a parte construída apresentava funcionalidade; b) pagamento antecipado de serviços; c) transferência de recursos da conta específica do convênio para contas de titularidade da prefeitura; e d) direcionamento da concorrência 1/2003 para favorecer a empresa que executara a primeira etapa do canal (EPG Construções Ltda.).

5. O Tribunal julgou irregulares, condenou em débito (R\$ 1,2 milhão) e aplicou multa de R\$ 250 mil ao Sr. Rosemiro Rocha Freires, ex-prefeito de Santana/AP, em razão da execução parcial do objeto, da antecipação de pagamentos e da retirada dos recursos da conta específica do convênio. Ao examinar os extratos bancários, constatei que os pagamentos feitos à empresa contratada (EPG Construções Ltda.) eram compatíveis com o percentual de execução, justificando a ausência de responsabilidade da construtora pelo débito.

6. Passo a fazer um breve resumo dos fatos que me levaram a concluir pela existência de fraude no caso concreto. Para tanto, escutas telefônicas autorizadas pela justiça revelaram-se instrumento imprescindível para a caracterização das graves irregularidades.

7. Antes de prosseguir, porém, menciono que o direcionamento doloso foi imputado à Sra. Maria Suiley Antunes Aguiar, presidente da comissão de licitação, e à empresa EPG Construções Ltda. Na decisão recorrida, o Plenário julgou irregulares as contas da servidora municipal, aplicou-lhe multa, no valor de R\$ 30 mil, e inabilitou-a para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal, pelo período de 6 (seis) anos. A empresa contratada foi declarada inidônea por três anos, como já exposto neste voto.

8. Na concorrência 1/2003, certame que tinha por objeto a construção da segunda e terceira etapas do canal do Paraíso, a prefeitura exigiu, sem apresentar qualquer justificativa, que as licitantes apresentassem índice de liquidez corrente de 3.5, valor que é muito superior ao patamar normalmente aceito pela jurisprudência desta Corte. Escutas telefônicas autorizadas pela justiça (diálogo entre Maria Suiley e Luiz Eduardo Pinheiro Corrêa, sócio-administrador da EPG Construções Ltda.) indicam que intenção era eliminar outros interessados no certame e, assim, restringir a competitividade do certame.

9. O edital exigia, para qualificação técnica, que a licitante deveria possuir acervo comprovando a execução de galerias em concreto armado. Novamente, os diálogos são inequívocos no sentido de que o objetivo dessa exigência não era verificar a capacidade das instituições interessadas, mas, sim, privilegiar a EPG, que já havia executado a primeira etapa da construção do canal, e prejudicar uma concorrente (construtora Constrel), que não possuía atestados desse serviço.

10. A visita ao local da obra era obrigatória, aspecto que contraria a jurisprudência do Tribunal. Em paralelo, Maria Suiley e Luiz Eduardo combinavam formas para impedir a realização das vistorias pelas demais interessadas. Cogitou-se a concessão de férias a um servidor municipal que deveria acompanhar as empresas licitantes. A data limite para a inspeção foi fixada em quinze dias úteis (em vez de corridos), com o propósito de “confundir o povo”, como mostra a interceptação.

11. Os diálogos também demonstram a influência que o sócio-administrador da EPG exercia sobre os julgamentos proferidos pela comissão de licitação. Desde o início, a intenção era que todas as eventuais concorrentes fossem inabilitadas no certame, restando tão somente uma única proposta comercial. A interferência era tamanha a ponto de que, antes da publicação do resultado da habilitação, Luiz Eduardo já tinha conhecimento da minuta que seria publicada, tanto é que propôs a alteração de conteúdo da decisão.

12. Nos embargos, a empresa questiona o emprego pelo TCU das interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Federal no âmbito da operação denominada “Pororoca”. Aduz a existência de contradição e de omissão no acórdão recorrido, na medida em que teria afirmado ser legítimo o uso de provas emprestadas, conforme pacífica jurisprudência do TCU, do STF e do STJ, sem contudo indicar os precedentes autorizadores.

13. De início, cabe ressaltar que a menção genérica à jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte de Contas foi feita na instrução da unidade técnica e, por isso, não cabe embargos. As decisões são tomadas pelo Colegiado, composto por Ministros, e são fundamentadas, no mínimo, pelo voto do relator, responsável por analisar as questões de fato e de direito do caso concreto.

14. Ainda que não fosse assim, o TCU já se manifestou em diversas ocasiões pela validade da utilização de prova emprestada, desde que haja autorização judicial e que sejam concedidas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa acerca do elemento pego de empréstimo (Acórdãos 932/2014, 1718/2014, 216/2013, 2547/2013 e 3218/2013, todos do Plenário). No mesmo sentido, assim me pronunciei na decisão atacada:

“25. A nulidade da utilização como prova das conversas telefônicas interceptadas pela Polícia Federal não merece ser acolhida, pois houve a devida autorização judicial e foi dada oportunidade aos jurisdicionados de se manifestarem acerca do teor dos diálogos. Em despacho juntado na peça 55, p. 2, o Juiz substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária do Amapá assim motivou sua decisão:

‘(...) considerando que o processo não está sob sigilo de justiça e a fim de colaborar com o trabalho institucional do TCU, defiro o pedido acima mencionado, para autorizar carga deste processo e da Medida Cautelar nº 2002.31.00.001626-8, por 03 dias, tempo suficiente para a reprodução das provas que entender pertinentes, às expensas do referido tribunal.’”

15. Entendimento semelhante é esposado pelo STF (Inquérito 2424/SP, Inquérito 2725/SP, Questão de Ordem na Petição 3683/MG) e pelo STJ (Agravo Regimental na AP 536/BA, MS 13501/DF, MS 13986/DF, MS 12536/DF, MS 11965/DF, MS 10128/DF, MS 10874/DF, RMS 16429/SC e RMS 20066/GO). O próprio embargante conhece a construção jurisprudencial, pois afirma:

“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)”. (Grifo no original)

16. Os julgados indicados pelo embargante não se adequam ao caso concreto. No HC 116.375/STJ, a nulidade das provas colhidas por meio de interceptação telefônica foi reconhecida

porque não havia, naqueles autos, fundamentação para utilização daquele meio. No caso em apreço, diferentemente, é possível verificar que as interceptações telefônicas estão devidamente fundamentadas e estavam à época lastreadas em fortes indícios de cometimento de crimes contra a Administração Pública – o que veio a se confirmar -, em especial no âmbito da secretaria de obras da prefeitura de Santana/AP.

17. No Inquérito nº 2266, o STF não recebeu a denúncia, arquivando o processo, pelo fato de a peça acusatória ter sido apresentada apenas com base em interceptações telefônicas utilizadas como prova emprestada, quando inexistia qualquer decisão de compartilhamento dos dados colhidos. O julgado examinou situação fática diferente, pois no caso concreto o traslado das escutas foi autorizado expressamente pelo Juiz substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária do Amapá. Inaplicável, portanto.

18. O embargante menciona a Ação Penal 508, na qual o STF decidiu ser direito de o acusado requerer e obter a degravação integral das interceptações realizadas. Não vislumbro, neste ponto, qual seria a contradição ou a omissão ocorrida, pois os relatórios com as transcrições estão juntados aos autos e todos os pedidos de cópia solicitados foram atendidos.

19. Com fundamento nessas questões, manifesto-me por que seja adotado o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 31 de agosto de 2016.

BENJAMIN ZYMLER

Relator