

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 027.712/2006-8 [Apenso: TC 004.034/2001-5].

Natureza: Embargo de Declaração (Recurso de Reconsideração).

Recorrente: Construtora Sucesso S/A (09.588.906/0001-42) e José Orlando Sá de Araújo (088.866.953-49).

Representação legal: Terence Zveiter (OAB/DF 11.717) e outros, representando Construtora Sucesso S/A; André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021) e outros, representando José Orlando Sá de Araújo.

**SUMÁRIO: EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO EM RECURSO DE
RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO.
PROVIMENTO.**

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S.A. e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo, em face do Acórdão 1.673/2017-TCU-Plenário, por meio do qual foi conhecido e negado provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário.

2. O representante legal da Construtora Sucesso S.A. e o Sr. José Orlando Sá de Araújo encaminharam os embargos dentro do prazo estipulado pelo art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992.

3. A embargante, Construtora Sucesso S.A., alega cerceamento de defesa e omissão sobre matéria relevante, nos termos da peça recursal constante à peça 116, cujos excertos a seguir transcrevo:

(...)

I - DO CERCEAMENTO DE DEFESA

NULIDADE DA INTIMAÇÃO DA EMBARGANTE DA PAUTA DE JULGAMENTOS

A intimação da pauta de julgamentos, na qual foi incluído o presente Recurso de Revisão, foi publicada no dia 31.07.2017. Malgrado a sua tempestividade, verdade é que nela não foram incluídos qualquer um dos procuradores expressamente nominados no instrumento de mandato de fls. 1 e 2 da Peça 17, impossibilitando a Embargante de exercer o seu direito de presenciar e acompanhar o julgamento, esclarecer fatos ou de realizar sustentação oral, além de frustrar a entrega de memoriais, notoriamente de crucial importância em processos de contas.

A inobservância do art. 179, §7º, do RITCU está estampada, com todas as letras, no corpo da própria intimação da pauta de julgamentos (DOC. JUNTO), já que dela foi intimado apenas um único **ESTAGIÁRIO** substabelecido no curso do feito, fls. 2 e 3 da peça 59, que não detém poderes nem legitimidade para a prática de atos privativos do advogado, na forma do art. 32, §2º, da Lei 8.906/94, assim expressa:

Ou seja, para que a intimação da pauta de julgamentos fosse válida na pessoa do estagiário intimado, era de mister que constasse da respectiva intimação o nome de qualquer um dos 15 (quinze) advogados expressa e claramente nominados na peça 17, o que não ocorreu, a evidenciar não só a flagrante nulidade do ato, como também, e não menos relevante, o flagrante cerceamento de defesa perpetrado.

A orientação predominante nesse Eg. Tribunal é a de que a omissão no nome do advogado na publicação da pauta de julgamentos implica prejuízo para defesa, a exemplo dos Acórdãos

2551/2012-2ª Câmara, 5.821/2012-1ª Câmara, 407/2013-Plenário, 1878/2015- Plenário e 3.438/2014- Plenário, o que se destaca:

(...)

No mesmo sentido, confira-se a posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela pena do saudoso Ministro Jose Armando da Fonseca:

(...)

Assim, preliminarmente, também com fundamento no art. 52, LIV e LV, da CF/88, requer e espera a Embargante a decretação de nulidade do processo e de todos os atos praticados a partir da publicação da pauta de julgamentos inclusive, para que sejam todos os atos renovados com a respectiva intimação dos procuradores da embargante descritos na peça 17 dos autos.

II - DA OMISSÃO SOBRE MATÉRIA RELEVANTE

a) ausência de culpa:

(...)

No que pertine a responsabilização da Embargante, o v. acórdão teceu as seguintes considerações para dar pela aplicação do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, *verbis*:

(...)

Quer nos parecer que o v. acórdão embargado não se atentou para o fato expressamente admitido no v. Acórdão 1.464/2013 - Plenário, de ausência de ilícito, fraude ou culpa da Embargante nos episódios ocorridos no ano de 1996, sendo certo que o Ministro Jose Mucio, então Relator, rejeitou a proposta de inabilitação dos funcionários públicos para o exercício das respectivas funções, porque considerou, nos itens 39 e 40 do citado Acórdão, o seguinte:

"...NÃO OBSTANTE A MATERIALIDADE DO PREJUÍZO CONSTATADO, NÃO HÁ INDÍCIOS DE LOCUPLETAMENTO, FRAUDE OU OUTRA HIPÓTESE QUE AMPARE A APLICAÇÃO DESSA SANÇÃO".

A omissão do v. acórdão embargado, nesse diapasão, decorre da circunstância relevante de que a Embargante está sendo condenada sem causar, até porque ato próprio de funcionário público, a apontada falha orçamentária, relativa incontroversamente a fase interna da contratação, tanto mais quando o v. acórdão embargado, assim como o Acórdão 1.464/2013, expressamente exoneram a embargante de suposta culpa, nada cogitando de fraude, ou dolo por parte da empresa, o que se extrai:

"21.(...)haja vista que o ato praticado pelo recorrente, qual seja a elaboração de orçamento com sobrepreço no âmbito do Contrato PG-078/96-00, deu causa a pagamentos superfaturados na execução do ajuste, o que ampara sua responsabilização solidária, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992 (Acórdãos 479/2010-TCU-Plenário e 550/2010-TCU-Plenário)."

Estes aspectos afiguram-se não enfrentado pelo v. acórdão embargado, a justificar o cabimento dos declaratórios em face da omissão constatada.

b) da sentença judicial referente à ação de improbidade proposta pelo Ministério Público Federal contemporânea ao aforamento da Representação junto a esse Eg. Tribunal. Prescrição.

O v. acórdão embargado, quanto ao ponto, aplicou "*o princípio da independência das instâncias aos processos de controle externo, segundo o qual os trabalhos desenvolvidos em várias instâncias sobre o mesmo fato correm de forma independente, o que pode desencadear condenações simultâneas nas esferas cível, criminal e administrativa (Acórdão 3.125/2013-TCU-Plenário).*"

Com a mais respeitosa vênia, quer nos parecer que o v. acórdão embargado omitiu-se do exame relevante sobre a qual deveria pronunciar-se não só relativa ao objeto e causa de pedir postos a exame na Ação de Improbidade ajuizada pelo Ministério Público, mas especialmente também frente a superveniência do julgamento pelo Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 669.069, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que decidiu o tema 666 da

repercussão geral afeto àquela Eg. Corte, e com efeitos vinculantes, em posição contrária a afirmada pelo v. acórdão embargado no seu item 32.

A propósito, colhe-se em antecipado do voto do saudoso Ministro Teori Zavascki, os fundamentos seguidos pela maciça maioria do Excelso Pretório, **no sentido da prescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de dano ao erário**, o que se extrai:

(...)

Posto isso, é de ver-se que a circunstância de a ação de improbidade fundar-se em eventuais outros fatos distintos, daqueles decorrentes deste processo não desnatura e nem impede a aplicação da Repercussão Geral decidida pelo Eg. STF, ou mesmo serve para tornar imprescritível a pretensão, na linha do v. acórdão embargado.

Nesse passo, é de mister esse Eg. Tribunal de Contas da União enfrente esse tema e do alcance da aplicação da referida repercussão geral, pois a imprescritibilidade pretendida para a hipótese versante esbarra em óbice intransponível, qual seja, a de necessariamente estar vinculada a um ato criminoso ou mesmo de improbidade, os quais não foram reconhecidos nem no acórdão embargado, muito menos no Acórdão 1.464/2013.

Disso decorre que a pretensão para se tornar imprescritível, na linha do voto do Ministro Teori Zavascki, deveria circunscrever-se aos fatos e fundamentos daquela causa de pedir e pedidos contidos na ação de improbidade já julgada improcedente e transitada em julgado, e não sobre eventuais fatos novos a serem objeto de apuração pelo Controle Externo, através de Representação aforada contemporaneamente a ação de improbidade.

Como os fatos são distintos, na linha admitida pelo v. acórdão embargado, a inércia ou inação do Ministério Público Federal, ou mesmo do Controle Externo, importam, seguindo o princípio da *actio nata*, na mesma consequência jurídica da improcedência proclamada na ação ajuizada, exatamente porque a pretensão de ressarcimento não fez parte daquela primeira demanda, e não agora pode ser objeto de qualquer outra demanda neste momento, porque sepultada pelo manto da prescrição.

Em uma outra moldura: **"a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais"**.

Como aqui não se tratam de **"atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais"**, não há se cogitar de imprescritibilidade, ou de um reinício do prazo prescricional, sendo certo que aqueles fatos e causa de pedir tipificados como tais já foram julgados e expressamente rechaçados pelo Eg. TRF da 1ª Região.

Não são só esses pontos que merecem enfrentamento por parte desse Eg. Plenário, pois, na verdade, os fatos contidos neste processo são similares àqueles enfrentados pelo Eg. TRF da 12ª Região.

O v. acórdão embargado afigura-se não ter se atentado para o fato de que a improcedência da ação de improbidade, já transitada em julgado, importou na conclusão imutável de inexistência de sobrepreço, necessitando de integração os seguintes aspectos postos no Recurso de Revisão, o que se transcreve:

"Dessa forma, tendo o TRF/1ª Região, com base na constância das provas produzidas pela recorrente - notadamente o laudo pericial produzido em âmbito judicial - decidido de forma nequívoca pela regularidade do procedimento de licitação e pela inexistência de sobrepreço na contratação, impõe-se a reforma do Acórdão n. 1.464/2013 inclusive como medida de concretização do art. 2º da Constituição Federal.

Nesse particular, há de ser trazido à baila ainda o mandamento constitucional da supremacia da coisa julgada. A garantia constitucional da segurança jurídica implica a vinculação dos entes de todos os poderes à decisão judicial transitada em julgado. Se as decisões administrativas podem

ser modificadas segundo razões de conveniência e oportunidade, nos termos da lei, o mesmo não ocorre com as decisões judiciais que, uma vez alcançadas pelo manto da coisa julgada, tornam-se inatingíveis, inclusive pela produção legislativa (art. 5, XXXVI, CF/88).

Sob tal prisma, uma vez que o Poder Judiciário concedeu provimento jurisdicional atestando a regularidade da dispensa de licitação e a ausência de sobrepreço com fundamento na perícia judicial homologada por sentença, a concretude de tal deliberação soberana não pode ser afastada por decisão administrativa. Do contrário, incorrer-se-ia em pernicioso usurpação do mandamento constitucional da segurança jurídica. É esse o verdadeiro sentido da separação e independência dos poderes!

Assim, deve ser reformado o Acórdão n. 1.464/2013 afastando-se a responsabilidade da recorrente, na medida em que tal responsabilização funda-se na existência de sobrepreço, este que foi declarado inexistente por decisão judicial transitada em julgado. A subsistência do Acórdão 1.464/2013, dessa forma, encontra-se em confronto direto com a supremacia da coisa julgada e constitui clara violação ao art. 5º, XXXVI, CF/88, não podendo, por óbvio, prevalecer.

De todo modo, a recorrente traz aos autos a prova pericial apresentada pela recorrente em juízo e que motivou a decisão do TRF1 pela inexistência de qualquer sobrepreço.

O laudo anexo, de lavra do engenheiro Vicente da Silva Moreira Filho, não só aborda, como REFUTA (Item 3.5 do relatório anexo) todos os pontos, sobre os quais o corpo técnico deste Tribunal concluiu ter havido sobrepreço. Logo, resta comprovado a inexistência de superfaturamento ou sobrepreço.

Impositiva a integração do v. acórdão embargado nestes aspectos, inclusive para efeitos modificativos e de provimento do Recurso de Revisão.

c) TCE instaurada mais de 10 anos após a ocorrência dos fatos. Manifesto cerceamento de defesa.

Pedindo a mais respeitosa vênua ao Eminentíssimo e Culto Relator, cabe destacar, pela absoluta pertinência, as observações da Ministra Carmem Lúcia, no julgamento da Repercussão Geral antes citada, a propósito de que eventual imprescritibilidade esbarra no direito de defesa, o que se destaca:

(...)

Com efeito, os trabalhos de recuperação da BR-222/MA foram realizados entre 02/04/96 e 30/07/96 enquanto a instauração da TCE foi determinada em 8/11/06 (pouco mais de 10 anos e três meses após a finalização dos trabalhos) tendo sido a recorrente intimada para resposta somente em 28/02/07 (mais de 10 anos e seis meses após a finalização dos trabalhos). Ou seja, a Embargante só veio a fazer parte do processo quase 11 (onze) anos após o fato, e somente quando já havia sido instaurada e julgada respectiva Representação, e quando já tomada a conclusão de irregularidades.

No período entre 02/04/96 e 28/02/07, a Embargante não era parte na Representação aforada pelo Ministério Público Federal, cuja citação para audiência circunscreveu-se às pessoas dos funcionários públicos, de onde decorreu a conclusão precipitada de sobrepreço naqueles itens indicados no v. acórdão embargado.

O fato é que tal situação traz inegáveis e imensuráveis prejuízos à concretização do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, linhas mestras do processo administrativo, a teor da própria Lei nº 9.784/1999, cuja aplicação circunscreve-se também a atividade do controle externo.

Não há fundamento legal ou constitucional apto o suficiente a amparar a conclusão de que a atividade do controle externo esteja imune a incidência da Lei do Processo Administrativo, ainda mais sendo o Tribunal de Contas órgão integrante o Poder Legislativo, o qual é expressamente nominado e abrangido pelo art. 12, § 1º, da referida Lei.

Esse aspecto não foi enfrentado no v. acórdão embargado, assim como aquele aspecto relativo ao fato da inadmissão da Tomada de Contas, como regra geral, após transcorrido o lapso temporal de

10 anos do fato gerador, nos termos, dentre outros, do art. 52, §4 2 da Instrução Normativa n.2 56/2007 2, desse Eg. TCU, cujo posicionamento, este sim, em franca e perfeita sintonia com a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Com a mais respeitosa vênua, a conclusão é lógica e indubitável, se a Embargante ainda possuísse algum elemento de prova que pudesse demonstrar a essa Eg. Corte já o teria feito há muito tempo, circunstância que importa na conclusão de que a condenação já é um fato, por si só, revelador da sua obrigação de "*demonstração do prejuízo à ampla defesa e ao contraditório*".

Essa demonstração está estampada, como todas as letras, no item 63 do próprio v. acórdão embargado:

(...)

Não cabe à Embargante a obrigação de fato negativo, ou de produção de prova diabólica, vale dizer, de que não possui os elementos de prova que eventualmente possam contribuir na sua defesa. A presunção no caso é de que a não apresentação decorre de impossibilidade, ainda mais no caso dos autos, onde, hoje, a condenação ultrapassa a uns milhões de reais.

Esse aspecto da lide, relativa a prova negativa, ou do prejuízo à ampla defesa, não foi enfrentado pelo v. acórdão embargado, circunstância que enseja a sua integração para que decida sobre o tema sob as luzes dos princípios constitucionais do devido processo e da ampla defesa, art. 5 2, LIV e LV, da CF/88.

Na realidade, verifica-se que a jurisprudência dessa Eg. Corte é no sentido de considerar as contas iliquidáveis, por impossibilidade de realização do contraditório e da ampla defesa, quando transcorridos mais de 10 anos entre o fato gerador e a instauração da TCE, de modo que o que ora se busca é tão somente a aplicação deste parâmetro jurisprudencial ao presente caso (Acórdão 3496/2009 – 1ª Câmara, Acórdão 3707/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 1717/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 293/2008 – 2ª Câmara e Acórdão 4086/2008 – 2ª Câmara, dentre outros).

Ora, fosse factível a Embargante produzir alguma prova relativa a fatos ocorridos há mais de 20(vinte) anos, já o teria feito, repita-se, ainda quando citada em audiência no ano de 2007.

A produção da prova não lhe foi possível naquele momento, assim como no presente, notadamente quando as irregularidades não prescindem de uma incursão profunda no passado, diante da natureza das acusações calcadas em suposto "*(I) superfaturamento em relação a preços do Sicro; (ii) pagamento em duplicidade por serviços; e (iii) previsão de aquisição de material betuminoso em volumes incompatíveis com o demandado pela obra*".

Como produzir a prova de um padrão de mercado de 10 ou 20 anos anteriores para evidenciar a compatibilidade dos preços praticados, em uma obra emergencial, ou mesmo da inexistência de pagamento por duplicidade de serviços ou da regularidade de tais pagamentos, ou mesmo de que os materiais adquiridos seriam incompatíveis com a obra realizada, sendo certo que orçados por terceiros, e a presunção é a da boa-fé do ato administrativo e da Embargante.

O v. acórdão embargado não se atentou e não enfrentou as particularidades do caso concreto postas nas razões do recurso de revisão, as quais revelam que o decurso de tempo foi especialmente prejudicial à realização da ampla defesa e do contraditório no caso em análise.

Consideremos, por exemplo, a artificialidade do parâmetro adotado para a caracterização do suposto sobrepreço apurado. Conforme exposto nas próprias deliberações do TCU, não havia na tabela Sicro, à época da execução das obras, preços relativos às obras contratadas:

(...)

Confira-se, por demasia, até porque expressamente mencionado no v. acórdão embargado, o parecer elaborado pela Secob quando da análise do Contrato PG 078/96 (peça 21, p. 44-50; e peça 22, p. 1-9, do TC 004.034/2001-5):

Para a caracterização do sobrepreço a unidade técnica procedeu a uma projeção dos números da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra como parâmetro para os custos de obras de restauração, o que não é admissível.

Passados mais de dez anos do fato gerador, portanto, viu-se a Embargante obrigada a se defender de sobrepreço apurado com base em tabela de custos até então inexistente e criada de forma absolutamente artificial (projeção de dados a partir de tabela não desenvolvida originalmente para as obras de restauração naquela localidade), tudo isso sem poder produzir prova a partir da realidade física da obra (alterada com o tempo, uso e com as intempéries naturais que se sucederam nesse meio termo) nem apresentar documentos que naturalmente se perderam.

Todas essas circunstâncias impõem que sejam consideradas as contas ilíquidáveis vez que, transcorridos mais de 10 anos entre o fato gerador e a intimação para resposta, restou inviabilizada a realização da ampla defesa da recorrente, na linha da pacífica jurisprudência desta Eg. Corte de contas e com fundamento no art. 59, § 42 da IN-TCU 54/2007.

Impositiva a integração do v. acórdão embargado nestes aspectos, inclusive para efeitos modificativos e de provimento do Recurso de Revisão.

d) Impossibilidade jurídica de utilização da tabela Sicro para a caracterização de sobrepreço.

Alguns outros aspectos não foram enfrentados pelo v. acórdão embargado quanto a apuração do sobrepreço, notadamente a ausência de qualquer critério legal ou jurídico para a aplicação dos parâmetros que foram utilizados.

É incontroverso que não havia à época da contratação custos na tabela Sicro relativos ao tipo de obra realizado (restauração). Como parâmetro para análise, a Secob projetou os custos da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra para as obras de restauração, através da aplicação de um redutor de produtividade de 10%, tendo verificado discrepâncias que decidiu chamar de sobrepreço.

O v. acórdão embargado não indicou qual seria o critério técnico para garantir que o redutor de produtividade de 10% refletia à época as particularidades dos preços praticados pelo mercado para as obras de restauração, estando apto a servir de parâmetro para a caracterização de sobrepreço? ou mesmo o fundamento legal ou jurídico que justificasse a adoção pelo TCU apenas no ano de 2006 de critérios que pudessem vincular a Administração em contratação ocorrida mais de dez anos antes (ainda mais quando levado em conta o contexto emergencial no qual se realizou a contratação)?

E não basta a simples menção pelo v. acórdão embargado da incoerência metodológica perpetrada pela Secob, como se destaca do seu item 55, assim:

(...)

Não houve a demonstração de qualquer fundamento jurídico válido para utilizar tal metodologia e igualmente a justificativa técnica que a amparasse a incoerência metodológica perpetrada pela Secob.

O voto condutor do Acórdão n. 2.068/2006, sobre o assunto, destaca que *"o exame empreendido pela Secob foi pautado pela prudência"*. Ora, não se questiona a prudência do corpo técnico deste Tribunal, mas não é ela fundamento jurídico ou técnico hígido para justificar, per se, a adoção do critério artificialmente criado.

O v. acórdão embargado não se atentou para tal particularidade, nem mesmo sobre os percentuais de produtividade apresentados pelo orçamentista sustenta que *"não se sabe como foram eles encontrados"* e que *"são nitidamente colocados no propósito de se harmonizarem com os preços contratados"* citando-se ainda falta de provas.

Aqui, nota-se nítida inversão indevida do ônus da prova: o corpo técnico em momento algum se desincumbiu do ônus de provar que o seu percentual de 10% de produtividade é o correto e o do orçamentista o tecnicamente equivocado. Quanto aos preços se harmonizarem, trata-se de falácia

grosseira: da harmonização pressupõe-se o erro nos percentuais sem nunca se discutir o porquê de estarem os percentuais incorretos.

O voto condutor do Acórdão n. 1.464/2013, por seu turno, ao tratar do assunto, ressalta que, a despeito de questionarem os responsáveis a utilização da tabela Sicro, a utilização dos preços da Sicro como referência funcionou como premissa no "*processo de inexigibilidade de licitação*", restando legitimada a sua utilização como parâmetro. Há aqui uma incompreensão da controvérsia. Não se discute a utilização dos preços da Sicro como referência. O âmago da disputa, entretanto, se encontra no percentual de produtividade adotado pela unidade técnica, percentual este que se mostrou insuficientemente fundamentado.

Explica-se: a Secob identificou um superfaturamento de 27,11% em relação ao preço que considerou justo. Entre outras metodologias, considerou um percentual de 10% como redutor de produtividade sobre o custo de construção, considerando que a obra era de restauração. **OCORRE QUE ESSE PERCENTUAL DE 10% ESTÁ PREVISTO NO MANUAL DO DNIT DE 2003 SOBRE A APLICAÇÃO DO SICRO 2, E A SEC OB UTILIZOU ESSE PERCENTUAL SOBRE A TABELA DO SICRO 1, RELATIVA A UMA OBRA OCORRIDA EM 1996, EVIDENCIANDO A SUA INCONSISTÊNCIA.**

Como poderia o orçamentista ou a Embargante considerar um percentual que somente foi definido no futuro para formular um orçamento presente? Mais, de quanto seria um percentual razoável? 8%, 9%, 10%, 15%, 20%?

A jurisprudência desse Eg. TCU não considera um percentual mínimo de diferença entre o preço orçado e o preço que sua equipe técnica considera correto para fins de qualificação da existência de superfaturamento ou não. Assim, 5% de diferença já pode ser considerado superfaturamento se a equipe do TCU assim considerar.

No caso em exame, a Secob chegou a um valor maior de superfaturamento do que houvera chegado a Secex/MA. Imagina-se que se fosse essa Secex/MA a autora do orçamento que originou o contrato, pela diferença de valores encontrados, a Secob teria concluído haver também superfaturamento no orçamento pela Secex/MA.

Isso demonstra que a depender da equipe que vier a fazer auditoria, valores diferentes serão encontrados e a pecha de superfaturamento sempre poderá ser utilizada, o que se consubstancia em rematado absurdo.

No caso, a utilização do redutor de 10% gera um valor considerado justo pela equipe de auditoria, que poderia ser considerado justo por uma outra equipe do mesmo TCU que utilizasse um redutor de 11% ou 12%, considerando que no momento da execução da obra não existia em nenhuma literatura ou mesmo em trabalhos de fiscalização do TCU a definição de um percentual de redução aplicável àquele caso concreto.

Isso demonstra, a impossibilidade de uma correta quantificação do prejuízo apontado pelo TCU, o que plica na impossibilidade de imputação de débito a quem quer que seja, já que calcado o parâmetro na exclusiva autoridade da Secob.

Posto isso, não há demonstração técnica ou jurídica para a utilização do parâmetro criado pela Secob na apuração do sobrepreço, de modo que este se mostra inadequado para fins de responsabilização dos interessados. Inaplicável o padrão adotado, cai por terra o único sustentáculo para a caracterização do sobrepreço devendo a responsabilidade da recorrente ser integralmente afastada.

III - DO PEDIDO

Preliminarmente, requer e espera a Embargante a decretação de nulidade do processo e de todos os atos praticados a partir da publicação da pauta de julgamentos inclusive, para que sejam renovados todos os atos com a imprescindível intimação dos procuradores da embargante descritos na peça 13 dos autos.

Diante do exposto, e reiterando as vênias ao Eminentíssimo Relator, requer e espera o Embargante o conhecimento e provimento dos Embargos de Declaração, para o fim de que sejam supridas as omissões apontadas, com a integração do julgado, e, na eventualidade, caso entenda, desde logo, preste efeitos modificativos para prover integralmente o recurso de revisão.

Nestes termos, pede deferimento. (destaques do original)

4. O embargante, Sr. José Orlando Sá de Araújo, alega omissão sobre matéria relevante, nos termos da peça recursal constante à peça 130, cujos excertos a seguir transcrevo:

O v. acórdão embargado consignou em, pelo menos, duas passagens distintas que a absolvição no Juízo Criminal repercutem no âmbito da presente tomada de contas, como se destaca *in verbis*:

"31. Por oportuno, cabe aqui uma observação acerca da repercussão das sentenças judiciais na esfera administrativa, pois, consoante a doutrina e a jurisprudência majoritárias, somente repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias do juízo penal, e não as do juízo cível, fundadas na comprovada inexistência do fato (negativa de materialidade), na comprovada não-participação do réu no delito (negativa de autoria) ou na comprovada existência de circunstâncias que excluam o crime (licitude da conduta), conforme art. 386, incisos I, IV e VI, 2ª parte, do Código de Processo Penal. Compulsando os autos, percebe-se que não houve sentença absolutórias do penal no qual qualquer dessas hipóteses tenham se verificado no presente caso concreto, não cabendo, portanto, ao recorrente invocar sentença absolutória do juízo cível para infirmar o acórdão recorrido."

Mais adiante, afirmou novamente o v. acórdão 1673/2017 — Plenário:

"Esse afastamento é até possível e prevista na jurisprudência do TCU quando ação cível transitada em julgado com decisão favorável ao responsável torna inexigível a cobrança dos débitos que lhe são atribuídos, diante do caráter cogente e impositivo da sentença judicial (Acórdão 5.812/2012-TCU-1ª Câmara). No mesmo sentido, fica comprometida a imputação de débito pelo TCU quando na esfera penal a sentença, sobre idêntica matéria, for pela inexistência de prejuízo ao erário (Acórdão 1.920/TCU-Plenário)."

Nada obstante, é de ver-se que a questão foi devidamente avaliada e analisada junto ao Juízo Criminal, ou seja, junto Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos da Apelação Criminal n.º 1999.40.00005893-PI, de relatoria do Desembargador Olindo Menezes, como se destaca do acórdão em anexo, cuja a ementa expressa:

(...)

Do corpo desse v. acórdão absolutório, extraem-se, exatamente, os fundamentos que permitem a aplicação do entendimento contido no Acórdão 1.920/TCU-TCU-Plenário, diante da ausência de prejuízo na contratação, *in verbis*:

(...)

Finalmente, de acordo com o laudo de verificação de conclusão de obras de f. 1305/1322, a obra foi definitivamente concluída em 10/02/1997, não havendo nenhuma controvérsia acerca da boa qualidade do empreendimento.

Cumprido, por conseguinte, manter a absolvição.

A tese da configuração do crime descrito no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo na hipótese de configuração da situação emergencial, por infringência de formalidades pertinentes à dispensa de licitação, deve ser rejeitada. Para fins de caracterização desse crime, é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano à administração pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório(...)

Para a caracterização do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, cabe ao Ministério Público Federal comprovar, concomitantemente, a contrafação indevida, o dolo específico do agente em causar dano à administração pública, e o efetivo prejuízo ao erário, hipótese não verificada na espécie.

Correta a sentença que, em face da prova, rejeitou a pretensão da ação penal. Com base nos seus fundamentos, e forte nos fundamentos adotados pela PRR, nego provimento à apelação."



Diante do exposto, requer e espera o Embargante o acolhimento dos presentes embargos de declaração, a fim de que esse Eg. Tribunal de Contas aprecie a questão em toda a sua inteireza, e avalie os efeitos da decisão destacada no bojo do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação Criminal n.º 1999.40.00005893-PI, para, ao final, afastar a condenação contra os Representados.

É o relatório.