TC 027.712/2006-8

Tipo: Tomada de Contas Especial (Embargos de Declaração)

Unidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) - extinto

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

Representação legal: Terence Zveiter (OAB/DF 11717) e outros, representando a Construtora Sucesso S.A. (peça 17)

Sumário: Tomada de contas especial. Obras de restauração da BR-222/MA. Irregularidades das contas. Débito. Multa. Embargos de declaração sucessivos. Rejeição e Não conhecimento. Recursos de Reconsideração. Improcedentes. Embargos de Declaração. Rejeição. Embargos de embargos. Conhecimento. Procedência da preliminar suscitada. Acolhimento. Declaração de nulidade de acórdãos. Inexistência das contradições, omissões e obscuridades alegadas. Rejeição. Ciência aos interessados e terceiro indicado.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S.A. (peça 159) e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo (peça 154) ao Acórdão 528/2020-TCU-Plenário (peça 138), por intermédio do qual o Tribunal conheceu e rejeitou embargos de declaração opostos pelos aludidos recorrentes ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário (peça 113), todos proferidos em processo de tomada de contas especial.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial decorre da conversão de representação do Ministério Público Federal, determinada por força do disposto no item 9.7 do Acórdão 2068/2006-TCU-Plenário para avaliar indícios de superfaturamento detectados no Contrato PG-078/96, celebrado entre o então DNER (atual DNIT) e a Construtora Sucesso S.A. para a execução de obras de restauração na BR-222/MA.

3. Por meio do Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário (peça 21), o Tribunal decidiu:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea "c"; 19, **caput**; 23, inciso III, alíneas "a" e "b"; 28, inciso II; e 57 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 202, § 6º; 209, § 5º, inciso II, e § 7º; e 214, inciso III, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno/TCU, em:
>
> 9.1. acolher as alegações de defesa de Raymundo Tarcísio Delgado e excluir sua responsabilidade neste processo;
>
> **9.2. julgar irregulares as contas de José Ribamar Tavares e José Orlando Sá de Araújo, condenando-os, solidariamente com a Construtora Sucesso S.A., ao pagamento das importâncias a seguir discriminadas, compensando-se o valor lançado a crédito, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas correspondentes até a data do recolhimento, na forma da legislação vigente:

Data	D/C	Valor (R$)
23/07/1996	C	(11.209,71)
23/09/1996	D	215.709,49
14/11/1996	D	158.060,64
22/11/1996	D	157.708,51

9.3. aplicar individualmente a José Ribamar Tavares, José Orlando Sá de Araújo e à Construtora Sucesso S.A. multa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. dar ciência desta decisão à Procuradoria da República no Maranhão, indicando ser a matéria aqui tratada relacionada ao Inquérito Civil Público 1.19000.568/2000-10. (grifado)

4. Foram opostos embargos de declaração ao referido Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário pela Construtora Sucesso S.A., os quais, contudo, foram rejeitados, ante a ausência de omissões, contradições ou obscuridade a serem sanadas (Acórdão 3449/2014-TCU-Plenário - peça 35).

5. Por intermédio do Acórdão 353/2015-TCU-Plenário, o Tribunal rejeitou embargos de declaração opostos por José Ribamar Tavares ao citado Acórdão 3449/2014-TCU-Plenário, haja vista que, também nesse caso, não havia contradições, omissões ou obscuridades a serem sanadas (peça 63).

6. Ao apreciar novos embargos de declaração opostos pelo Sr. José Ribamar Tavares ao mencionado Acórdão 353/2015-TCU-Plenário, o Tribunal não os conheceu em razão de sua intempestividade (Acórdão 1641/2015-TCU-Plenário - peça 101).

7. Mediante o Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário, o Tribunal decidiu conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Sucesso S.A. e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário e, no mérito, considerá-los improcedentes (peça 113).

8. Embargos de declaração foram opostos pela Construtora Sucesso S.A. e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo ao mencionado Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário, os quais, todavia, foram rejeitados pelo Tribunal (Acórdão 528/2020-TCU-Plenário - peça 138).

9. É em oposição a este último Acórdão 528/2020-TCU-Plenário que a Construtora Sucesso S.A. e o Sr. José Orlando de Sá de Araújo se insurgem novamente, utilizando-se, para tanto, de novos embargos de declaração (embargos de embargos).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. De acordo com os avisos de recebimentos dos correios (peças 151 e 152), os embargantes foram notificados do acórdão recorrido em **17/4/2020** (sexta-feira) e teriam que protocolar novos embargos até o dia **29/4/2020**, nos termos dos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do RI/TCU.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

11. No presente caso há uma peculiaridade: os prazos processuais no âmbito do TCU encontravam-se na referida data suspensos, por força da Portaria-TCU 61, de 19 de março de 2020. Por meio da Portaria 71, de 16 de abril de 2020, a suspensão dos prazos processuais foi novamente prorrogada, desta vez até o dia **20 de maio de 2020**.

12. Portanto, no caso vertente, os recorrentes tinham até o dia **1º de junho de 2020** para oporem novos embargos de declaração ao **Acórdão 528/2020-TCU-Plenário**, considerando que, em face das mencionadas suspensões, o prazo recursal decenal passou a ser contado a partir de **21/5/2020**.

13. Em razão disso, e considerando que o Sr. José Orlando Sá de Araújo protocolou seus embargos em **28/5/2020** (peça 154) e a Construtora Sucesso S.A. o fez em **1º/6/2020** (peça 159), os embargos em comento podem ser conhecidos, uma vez que estão atendidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU, conforme consta do Despacho da Relatora (peça 163).

EXAME TÉCNICO

14. **Delimitação**

15. Examina-se neste momento a existência de nulidade, omissões, contradições e obscuridades indicadas pelos embargantes em relação ao Acórdão 528/2020-TCU-Plenário, nos termos a seguir delineados, ressaltando que "*Embargos de declaração é um recurso de natureza peculiar, cuja fundamentação é vinculada, visto que seu objetivo é estritamente afastar possível omissão, obscuridade ou contradição de determinada deliberação.* ***Logo, esse instrumento não deve servir como meio ilegítimo para rediscussão de mérito, o que representaria, na prática, a possibilidade de repetição de um mesmo recurso, ferindo os princípios da legalidade, da singularidade, da isonomia e da celeridade processual***." (Acórdão 13960/2019-TCU-1ª Câmara). (grifado)

16. Importa também esclarecer, desde logo, que a apreciação dos embargos declaratórios no TCU observa os seguintes critérios: *"****(i) não se prestam para rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do acórdão recorrido****; **(ii)** a contradição deve estar contida nos* ***termos do inteiro teor da deliberação atacada****; **(iii)** não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir do relator; (...) e* ***(v) eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria***." (Acórdão 731/2019-TCU-Plenário). (grifado)

17. Pela abrangência e clareza, cabe trazer à colação o seguinte excerto do Voto condutor do Acórdão 583/2008-TCU-Plenário, proferido em embargos a embargos de declaração, a exemplo do que se examina neste processo, cujos fundamentos corroboram com os parâmetros acima elencados e possibilitam a imposição de limites à oposição de embargos de declaração, impedindo que este valioso instituto de integração seja desvirtuado, banalizado e utilizado como mais uma espécie recursal para rediscussão do mérito da deliberação embargada:

> 2. Entretanto, é bom que seja esclarecido que os embargos de declaração visam a complementar e aclarar a decisão embargada, **produzindo apenas efeito integrativo**. Sem dúvida, a finalidade principal do recurso de declaração é permitir o acabamento do julgado, a fim de que sejam aclaradas as obscuridades, eliminadas as contradições e supridas as omissões passíveis de terem ocorrido na deliberação embargada.
>
> 3. Se é certo o cabimento de embargos contra decisão prolatada em embargos, também é correto afirmar que **os segundos declaratórios devem ter como alvo o julgado proferido no primeiro embargo de declaração oposto**. Realmente, **os embargos declaratórios não servem para sanar omissão do próprio embargante**. Por tal razão,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

de nada adianta interpor outro recurso de embargos, apontando vício referente à primeira decisão embargada. Com efeito, 'são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão'. É o que estabelece o preciso enunciado n. 317 da Súmula do Supremo Tribunal Federal [*São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão*].

4. No entanto, não é essa a situação que se observa na peça recursal novamente submetida a esta Corte de Contas. **O recorrente, sob o pretexto de que houve omissão no acórdão embargado, submete, para apreciação, os mesmos argumentos que já apresentou em todas as peças de defesa juntadas aos autos, em diversas fases processuais, e que foram, em todas as oportunidades, examinadas por este Tribunal,** conforme pode ser observado no trecho do Relatório condutor do Acórdão 40/2007-TCU-Plenário, que apreciou anteriores embargos opostos pelo responsável, conforme segue:

> 6. Como este relator destacou ao trazer a julgamento os dois anteriores embargos, os argumentos apresentados pelo embargante foram adequadamente analisados e refutados, como se vê nos excertos transcritos em item precedente, o que leva à constatação de que os novos embargos, tais como os anteriores, são, na prática, tão somente tentativa de rediscutir o mérito da questão enfrentada na decisão contestada, eis que não é possível vislumbrar contradições e omissões na decisão referente ao último embargo oposto.
>
> **7. Acrescente-se que a interposição de embargos cujos argumentos têm exatamente o mesmo teor dos embargos anteriores, já rejeitados por esta Corte em razão da inexistência de contradições e omissões e que tinham também o mesmo teor das alegações constantes do recurso de revisão, pode ser também entendida como tentativa de procrastinação do desfecho deste feito.**
>
> 8. Nota-se, pois, que, com tal procedimento, o embargante busca impedir que o Acórdão 398/2002-TCU-Primeira Câmara produza seus efeitos, o que vem ocorrendo há mais de 5 (cinco) anos, já que a deliberação foi adotada em 11/6/2002 e mantida em 24/4/2006, quando não provido recurso de revisão interposto.
>
> 9. A situação é, assim, similar à enfrentada pela 2ª Câmara na prolação do Acórdão 1077/2007 [...], como se vê nos seguintes trechos do voto condutor daquela deliberação: **'14. Na verdade, percebe-se que, no presente caso, os embargantes deixam transparecer que a sua real intenção é rediscutir o mérito da matéria decidida neste processo, o que é incabível na via estreita dos embargos de declaração. Nota-se, a bem ver, que a atitude dos embargantes tem por fim último impedir, por meios protelatórios, e, portanto, ilegítimos, o início da produção dos efeitos do Acórdão nº [...], proferido há quatro anos, e mantido pelo de nº [...].** Por compreender que essa conduta dos embargantes se mostra condenável, entendo que ela deve ser liminarmente obstada por este Tribunal, que, a exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF: RE 327376/PR, DJ 12/6/2002; AI 423108 AgR-ED/DF, DJ 18/2/05; AI 455611 AgR-ED/RS, DJ 18/2/05; AI 488470 AgR-ED/RS, DJ 18/2/05), não admite a utilização de embargos de declaração com a finalidade de rediscutir o mérito de matéria já decidida (Acórdão 92/2004-TCU-Plenário e 328/2004-Plenário).'

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

> 10. Nesse contexto, com fundamento na jurisprudência do TCU em casos análogos (Acórdãos nº 158/2002, 156/2007, 565/2007 e 574/2007, todos do Plenário; 1.572/2003; 1.488/2004 e 2.552/2004, todos da 1ª Câmara), entendo pertinente declarar que a reiteração de embargos declaratórios contra a presente deliberação, não suspenderá a consumação do trânsito em julgado do Acórdão 398/2002-TCU-Primeira Câmara, podendo-se, assim, ser implementada a cobrança judicial do débito imputado aos responsáveis, bem como da multa aplicada ao Sr. José Vieira de Almeida, na aludida deliberação.

18. Feitas essas considerações iniciais, passa-se a examinar os embargos em comento.

19. **Embargante: Construtora Sucesso S.A.**

20. **Alegações** (peça 159):

21. **Preliminarmente**, a embargante alega ter havido contradição, omissão e obscuridade quanto à questão afeta à intimação de estagiário de direito para a pauta de julgamento do recurso de reconsideração por ela interposto contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário (peça 21), expressamente questionada nos embargos de declaração opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário (peça 113), por meio do qual o TCU julgou o referido recurso de reconsideração.

22. No essencial, a embargante alega o seguinte no tocante a essa questão:

a) obscuridade quanto à rejeição ou não da preliminar suscitada relativamente à indevida intimação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração em nome de estagiário de direito, contrariando o art. 179, § 7º, do RI/TCU, uma vez que, a seu ver, não teria havido manifestação dos demais membros do colegiado sobre a proposta do Ministro Relator Vital do Rêgo de rejeição da referida preliminar; e

b) omissões e contradições presentes no acórdão embargado, considerando que a nulidade suscitada pela ora embargante, **relativa à indevida intimação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração em nome somente de estagiário de direito**, não restou devidamente esclarecida no Voto do Ministro Relator Vital do Rêgo, cerceando, assim, a defesa da recorrente naquela ocasião;

c) omissões e obscuridades também em relação aos seguintes pontos: **c1)** indicação de número de inscrição do estagiário inexistente na OAB/DF (OAB/DF 1.713); **c2)** inscrição do estagiário na OAB/DF encontrava-se vencida (OAB/DF 13.760-E); **c3)** ausência de poderes de representação do estagiário; e **c4)** intimação na pauta de julgamento de advogado que não era mandatário da embargante (André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021).

23. Com base nesses argumentos, a embargante pede, **preliminarmente**, a nulidade de todos os atos processuais praticados no processo, em relação à Construtora Sucesso S.A., a partir da publicação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração por ela interposto contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário, ocorrida em 31/7/2017 (peça 116, p. 23).

24. **Análise:**

25. No que diz respeito à afirmação de que não teria ficado claro no julgado se o pronunciamento do Ministro Relator Vital do Rêgo quanto à regularidade da intimação da pauta de julgamento do mencionado recurso de reconsideração em nome exclusivamente do estagiário Marcus Vinícius Fernandes Bastos (**item 19, alínea a**) teria prevalecido, com o acompanhamento dos demais membros do colegiado, não há obscuridade alguma a ser saneada em relação a essa questão. No ponto, o pronunciamento em tela foi acompanhado pelos demais membros do colegiado, caso contrário

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

sequer teria havido julgamento de mérito do citado recurso, caso a preliminar suscitada não tivesse sido rejeitada.

26. No referido julgamento, a divergência se deu exclusivamente quanto ao mérito do recurso, tendo prevalecido, neste caso, por maioria, a proposta da Ministra Ana Arraes, que redigiu o Acórdão 528/2020-TCU-Plenário (peça 138).

27. Não procede de igual modo a alegação de que o Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos não detinha poderes para representar a embargante perante o Tribunal de Contas da União (**item 19, alínea c3**), haja vista que a ele foram substabelecidos poderes para realização de tal mister pela advogada Fernanda Peres Toscano Dantas (OAB/DF 12.527), conforme pode-se perceber na seguinte transcrição, extraída das peças 18 e 59:

> Substabeleço, com reservas, ao **Estagiário de Direito MARCUS VINÍCIUS FERNANDES BASTOS,** solteiro, brasileiro, inscrito no CPF sob nº 042.466.941-26, RG nº 2.696.648 SSP/DF e na **OAB/DF sob o nº 13.760-E**, **integrante de Caputo, Bastos e Serra Advogados, sociedade regularmente inscrita na OAB/DF sob o nº 1713/2010**, com escritório no SHIS QI 9, Conjunto 17, Casa 15, Lago Sul, CEP 71625-170, Brasília-DF, **os poderes que me foram outorgados pela CONSTRUTORA SUCESSO S/A nos autos da TCE n. 027.712/2006-8 em trâmite no Tribunal de Contas da União** (TCU).

28. Demais, conforme procuração outorgada pela embargante (peça 17), a referida advogada, bem como os outros **advogados e estagiários** listados na mencionada peça, detinha poderes para representar a outorgante perante o Tribunal de Contas da União, podendo, para tanto, "***praticar todos os atos necessários à defesa dos interesses da outorgante nos autos do processo nº TC-027.712/2006-8 e seus apensos, cujos trâmites se processam junto ao Tribunal de Contas da União***", **em conjunto ou separadamente**, inclusive substabelecer o referido instrumento no todo ou em parte, com ou sem reservas. (grifado)

29. Destarte, o Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos, estagiário inscrito na OAB/DF sob o 13.760-E, com o substabelecimento acima destacado, detinha sim poderes para representar a embargante perante o TCU.

30. Não obstante, há que se indagar: tais poderes autorizavam a publicação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração em nome somente do mencionado estagiário, desacompanhado de advogado constituído nos autos pela parte (**item 19, alínea b**)?

31. Há entendimento consistente no âmbito do TCU na linha de que esse procedimento é indevido, podendo-se citar os seguintes julgados: Acórdãos 15680/2018-TCU-1ª Câmara; 899/2019-TCU-Plenário; 425/2020-TCU-Plenário; Acórdão 3704/2019-TCU-2ª Câmara, dentre outros. Eis o enunciado do referido Acórdão 899/2019-TCU-Plenário, que se amolda perfeitamente ao presente caso:

> A publicação em pauta de julgamento somente do nome de estagiário de advocacia no rol de representantes do responsável implica nulidade do acórdão proferido, **mesmo que exista autorização ou substabelecimento de advogado regularmente constituído**, tendo em vista que as normas processuais do TCU exigem expressamente a notificação de advogados constituídos nos autos (art. 179, § 7º, do Regimento Interno do TCU; art. 40 da Resolução TCU 164/2003). (grifado)

32. Neste ponto, merece destaque o seguinte trecho do Voto condutor do citado Acórdão 899/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

16. Quanto às notificações, constato que, por ocasião do julgamento do acórdão recorrido, em relação ao sr. [recorrente], **constou da publicação da pauta somente o nome da estagiária** sra. [*omissis*]. **Vale registrar que a procuração outorgada pelo sr. [recorrente] conferia iguais poderes à estagiária e aos demais advogados então constituídos** ([*omissis*] (peça 138).

17. Entretanto, destaca-se que **o § 7º do art. 179 do Regimento Interno do TCU estabelece que "*quando a parte for representada por advogado, a comunicação deve ser dirigida ao representante legalmente constituído nos autos***". (Grifou-se) .

18. Merece registro, ainda, a Resolução TCU 164/2003, que dispõe sobre a formalização das deliberações, atos e documentos expedidos por este Tribunal:

"*Art. 40. Havendo advogado constituído nos autos, o gabinete do relator deverá consignar obrigatoriamente seu nome e o respectivo número de inscrição na OAB na lista destinada à constituição de pauta a ser publicada no Diário Oficial da União ou no Boletim do Tribunal de Contas da União*". (Grifou-se).

19. A questão cinge-se, pois, em saber se a condição de estagiário de direito preenche os requisitos para ser considerado advogado constituídos nos autos.

20. O art. 1º da Lei 8.906/1994 - que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - enumera atividades privativas aos advogados, registrando, dentre elas, a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

21. A mesma lei, nos termos do §2º do art. 3º, estabelece que o estagiário de advocacia, regularmente inscrito, "*pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, **em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste***".

22. Ou seja, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não equiparou o estagiário de direito ao advogado regularmente inscrito na OAB. Pelo contrário, a norma expressamente - art. 3º, **caput** - consignou que o "*exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)* "

23. Nessa linha, notificações efetuadas somente em nome de estagiários de direito padecem de nulidade, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Embargos de declaração. Recurso especial. Pauta de julgamento. Nulidade de julgamento e do acórdão respectivo. Estagiário.*

1. Anula-se o julgamento do recurso especial e o respectivo acórdão, porque na pauta publicada no Diário da Justiça figura como advogado da ora embargante o nome de um estagiário de direito, que não tem poderes para postular, sozinho, nos autos de processo judicial. 2. Embargos de declaração acolhidos. (EDcl no REsp 400.203/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2004, DJ 30/08/2004, p. 280) "

24. Não olvido que, em processos administrativos como os do âmbito do TCU, não é obrigatória a presença de advogado constituído, de forma que os estagiários de direito poderiam atuar como procuradores. Nesses casos, seria aplicável o disposto no art. 29 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, segundo o qual o estagiário de direito regularmente inscrito pode praticar diversas ações, inclusive atos extrajudiciais quando receber autorização ou substabelecimento advogado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

> **25. Acontece que os normativos internos do TCU antes mencionados expressamente exigem a intimação de advogados constituídos nos autos, o qual, consoante o estatuto da OAB, não se confundem com a figura do estagiário.**
>
> **26. Em sendo assim, por entender que seria necessária a intimação de advogado regularmente constituído**, proponho o provimento parcial do recurso do sr. [recorrente], de forma a, especificamente em relação a sua pessoa, declarar a nulidade Acórdão 1881/2017-TCU-Plenário e restituir os autos ao relator **a quo** para a continuidade do feito. (grifado)

33. Acerca da alegação de que a condição de estagiário do Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos já se encontrava vencida perante a OAB/DF por ocasião da publicação da pauta de julgamento em comento e que, por isso, não poderia ter sido feita a intimação da pauta em seu nome (**item 19, alínea c2**), é relevante esclarecer que não cabe ao TCU verificar se essa condição do estagiário estava vigente ou não. Era dever dos outorgados, ou da Caputo, Bastos e Serra Advogados, sociedade regularmente inscrita na OAB/DF sob o nº 1713/2020, notificar o TCU de que o referido estagiário já não mais representava a outorgante perante a Corte de Contas. Descabida, portanto, a transferência de responsabilidade ao Tribunal no que tange à comprovação da vigência do instrumento de procuração substabelecido ao citado estagiário.

34. A despeito dessas considerações, convém destacar, porém, que, diversamente do que consta do Voto do Ministro Vital do Rêgo, exarado por ocasião da prolação do Acórdão 528/2020-TCU-Plenário, ora embargado, cujo excerto abaixo se transcreve, não se pode, com as devidas vênias, invocar eventual e futura inscrição do referido estagiário como advogado inscrito na OAB/DF para legitimar a sua intimação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração em tela, pois a ele foram outorgados originariamente poderes de representação na condição de estagiário e não na condição de advogado, assistindo razão à embargante em relação a este ponto:

> 17. Ocorre que, desde meados de 2016, o Sr. Marcus Vinícius [Fernandes Bastos] atua como advogado e está registrado na OAB seccional DF, constando ainda como endereço profissional o da sociedade Caputo, Bastos e Serra Advogados, da qual o referido advogado integra os quadros desde 10/4/2017 na qualidade de sócio.

35. Cabe lembrar que não há nos autos instrumento de procuração concedendo poderes de representação ao Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos na condição de advogado. Destarte, a condição futura de advogado do Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos não o legitimava, à época, como representante da embargante. Para isso, fazia-se necessária a outorga de procuração com poderes para que ele representasse a Construtora Sucesso S.A. no presente processo nessa nova condição e, assim, pudesse ser intimado da pauta de julgamento.

36. Da mesma forma, é preciso destacar que também assiste razão à embargante quanto à nulidade da intimação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração, considerando que, além de a intimação ter sido feita indevida e unicamente em nome do Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos, estagiário de direito, desacompanhado do nome do advogado que representava a embargante neste processo, o número de inscrição na OAB/DF que constou dessa intimação está incorreto (**item 19, alínea c1**).

37. No caso, o número da inscrição do mencionado estagiário na OAB/DF era 13760-E e não 1713 (este número pertence à Sociedade Caputo, Bastos e Serra Advogados), o que pode ter impedido, e é isso o que se alega, o acompanhamento da pauta de julgamento do recurso de reconsideração interposto pela embargante, impossibilitando, assim, a defesa da outorgante em se pronunciar no feito por ocasião da sessão de julgamento. É que esse acompanhamento depende da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

forma como é feita a pesquisa pelos outorgados, se simplesmente pelo nome do advogado ou estagiário, ou se pelo número da inscrição junto à Ordem dos Advogados. Trata-se de decisão afeta exclusivamente à administração dos outorgados. Ao TCU compete publicar corretamente o nome do advogado e o número da inscrição na OAB.

38. Trata-se, efetivamente, de falha insanável, porquanto impede o efetivo acompanhamento da intimação da pauta de julgamento publicada pelo TCU e enseja a declaração de nulidade do acórdão impugnado, haja vista que consubstancia prejuízo à defesa da parte, nos termos decididos pelo TCU nos seguintes julgados: Acórdãos 994/2016-TCU-Plenário e 1060/2020-TCU-Plenário (Enunciado: "*Erro na indicação do número da OAB do advogado na pauta da sessão de julgamento caracteriza falha insanável apta a ensejar a declaração de nulidade do acórdão recorrido, pois consubstancia prejuízo à ampla defesa e ao contraditório*").

39. Por fim, no que respeita à alegação de que o advogado André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021) não representava a embargante, convém esclarecer que a intimação desse advogado da pauta de julgamento em questão não foi realizada como representante legal da embargante. Não há essa distinção na publicação da Pauta sobre quem era o representante da Construtora Sucesso S.A. e quem era o representante legal do Sr. José Orlando Sá de Araújo, conforme excerto da pauta abaixo (peça 116, p. 23):

> **027.712/2006-8** - Recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Sucesso S.A. e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo contra o Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU julgou irregulares as suas contas especiais, condenou-os, em solidariedade, ao pagamento de débito e aplicou-lhes multa, em decorrência de superfaturamento, de pagamento em duplicidade de serviços e de incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram.
>
> **Recorrentes: Construtora Sucesso S.A. e José Orlando Sá de Araújo**
>
> **Órgão/Entidade/Unidade:** Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º **Distrito Rodoviário Federal/Maranhão**
>
> **Representação legal: Marcus Vinicius Fernandes Bastos (OAB/DF 1.713), André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021)** e outros (grifado)

40. Note-se que no Voto do Ministro Vital do Rêgo, cujo trecho abaixo transcreve-se, não consta a informação de que o advogado André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021) representava a Construtora Sucesso S.A., razão pela qual, quanto a este ponto, não há obscuridade a ser aclarada nos presentes embargos:

> 15. Quanto às alegações da Construtora Sucesso, examino inicialmente a preliminar de inobservância do art. 179, §7º, do RITCU. Segundo a embargante, o TCU teria cometido erro formal ao incluir na pauta de julgamentos e na notificação a ela dirigida o nome do Sr. Marcus Vinícius Fernandes Bastos, que seria estagiário do escritório de advocacia.
>
> 16. Já adentrando o mérito, registro que o Sr. Marcus Vinícius Fernandes [Bastos] foi outorgado representante da Construtora Sucesso S/A por meio de procuração de subestabelecimento datada de 10/2/2015 (peça 59), registrado sob a matrícula OAB/DF 13.760-E e integrante de Caputo, Bastos e Serra Advogados, à época do subestabelecimento, com escritório no SHIS QI 9, Conjunto 17, Casa 15, Lago Sul, CEP 71.625-170, Brasília-DF.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

> 17. Ocorre que, desde meados de 2016, o Sr. Marcus Vinícius [Fernandes Bastos] atua como advogado e está registrado na OAB seccional DF, constando ainda como endereço profissional o da sociedade Caputo, Bastos e Serra Advogados, da qual o referido advogado integra os quadros desde 10/4/2017 na qualidade de sócio.
>
> 18. Ademais, verificando a publicação da intimação da pauta no diário oficial da União (DOU 145 de 31/7/2017, p. 368), **percebe-se que o endereçamento fora feito aos representantes das embargantes**, em nome de Marcos Vinícius Fernandes [Bastos] com a matrícula (OAB/DF 1.713), André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021) e outros.
>
> 19. Tendo a Construtora Sucesso S/A constituído quinze advogados e três estagiários para representá-la nos presentes autos (peça 17), não seria razoável exigir a presença do nome de todos os seus representantes no ato de publicação da pauta, bastando para tanto o nome de um de seus representantes acompanhado do vocábulo "e outros", o que sugere o alcance dos demais representantes, exatamente como consta na publicação questionada.
>
> 20. Portanto, entendo que não houve a omissão dos nomes dos advogados legalmente constituídos na publicação da pauta, ou qualquer cerceamento que prejudicasse a atuação do escritório e a defesa do seu cliente, motivo pelo qual rejeito a preliminar levantada pela parte de nulidade do Acórdão 1.673/2017-TCU-Plenário, porquanto a pauta de julgamento e as notificações realizadas nos autos observaram rigorosamente o disposto nos art. 141, § 3º e § 4º, e art. 179, § 7º, todos do RITCU. (grifado)

41. De todo o modo, cabe ressaltar que essa não distinção na pauta de julgamento sobre quem era o advogado da Construtora Sucesso S.A. e quem era o advogado do Sr. José Orlando Sá de Araújo não constitui irregularidade alguma. No caso sob análise, a nulidade se dá por outras razões e não por essa indistinção, conforme acima demonstrado.

42. Diante do exposto, merece ser acolhido o pedido da recorrente, **em relação à preliminar suscitada**, no sentido de que seja **declarado nulo o processo a partir da publicação da pauta de julgamento do recurso de reconsideração** interposto contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário (**31/7/2017**), **exclusivamente no que diz respeito à Construtora Sucesso S.A.**, mantendo-se incólume o processo em relação aos demais responsáveis.

43. **Alegações** (peça 159):

44. **No mérito**, a Construtora Sucesso S.A. alega o seguinte:

a) existência de contradições e omissões relacionadas às questões atinentes à: **a1)** perda de produtividade quanto ao "fator chuva"; **a2)** utilização do Sicro vigente à época dos fatos para obras rodoviárias, que não contemplava, contudo, obras de restauração rodoviária; **a3)** não manifestação do Tribunal quanto à impropriedade de utilização do Sicro, pelo critério da regionalidade, "consoante apontou o voto vencido do Ministro Vital do Rêgo"; **a4)** existência de contradição no acórdão embargado quando este considera que não seria possível retroagir preços do SICRO 2", porém aplica, no caso concreto, o "*redutor de produtividade*" fundado exclusiva e essencialmente no aludido SICRO 2", consoante consta da Declaração de Voto da Ministra Ana Arraes; **a5)** preexistência e contemporaneidade da norma interna CA/DNER 264/91, utilizada pelo TRF1 como fundamento para que julgasse improcedente ação de improbidade relacionada aos mesmos fatos presentes neste processo.

b) necessidade de o Tribunal **reexaminar a matéria relacionada à prescrição** no âmbito dos presentes embargos em razão da **superveniência** de decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela **prescritibilidade** da pretensão de ressarcimento ao erário fundado em decisão do Tribunal de Contas da União (RE 636886/AL – Tema 899).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

45. Com base nesses argumentos, a embargante pede o conhecimento dos presentes embargos para, no mérito, acolhê-los no sentido de que o recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário seja provido. Caso não acolhido no mérito, que seja declarada a prescrição da pretensão ressarcitória do TCU, com a extinção do débito.

46. **Análise:**

47. Não procedem as alegações da embargante descritas nas alíneas **a** e **b** do item 44 desta instrução. Consoante a seguir indicado, inexistentes as omissões e contradições apontadas, mostra-se incabível, na via estreita dos embargos, consoante já mencionado anteriormente, a rediscussão do mérito da matéria e dos fundamentos apresentados nos Votos exarados pelo Relator e pela Revisora e na Declaração de Voto do Ministro-Substituto Weder de Oliveira, que acompanhou o Voto da Ministra Ana Arraes, Redatora do Acórdão 528/2020-TCU-Plenário.

48. **Em relação à alegação constante da alínea "a1" do item 44**, retro, a embargante apregoa que o Voto da Ministra Redatora foi "omisso e obscuro" e "*necessita de integração para que se estabeleça o conceito do que se considera chuvas atípicas, e se, mesmo diante da excepcionalidade da situação já existente, as obras já destruídas – rompimento do corpo estradal –, quais os efeitos das incontroversas chuvas ordinárias sobre as obras, a ponto de afastar a perda de produtividade*." (grifado)

49. Consoante a embargante, devem ser esclarecidos nos presentes embargos "*acerca dos motivos pelos quais o v. acórdão embargado compreende e condiciona a perda de produtividade apenas a ocorrência de 'chuvas atípicas', e especialmente qual seria [o] índice pluviométrico a justificar o parâmetro do que é atípico ou não, e, ainda, qual seria a quantidade de chuvas com o potencial de causar a perda de produtividade na área já degradada pelos efeitos da chuva*." (grifado)

50. De plano, saliente-se que nos embargos de declaração opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário (peça 116) a ora embargante não suscitou omissão, obscuridade ou contrariedade quanto à matéria **relacionada à perda de produtividade em face de chuvas atípicas**, razão pela qual esse tema não se encontra no escopo dos pontos passíveis de serem apreciados e deliberados nos presentes embargos, haja vista que "*É vedado o manejo de embargos de declaração para promover o exame de novos argumentos não discutidos na decisão embargada*", os quais, destaque-se, consistem em inovação argumentativa, o que não se conforma com os estreitos limites dos embargos de declaração (Acórdãos 1265/2019-TCU-Plenário; 4675/2017-TCU-1ª Câmara; 632/2014-TCU-Plenário; 7123/2020-TCU-1ª Câmara).

51. Evidencie-se, ademais, que o Tribunal tem sido especialmente rigoroso quanto à vedação mencionada no item precedente, tendo inclusive já decidido que "***É irregular o acolhimento de novas alegações*** *ou provas trazidas aos autos por ocasião do manejo de embargos de declaração*", deixando evidenciado que *"Aceitar a juntada de documentos capazes de interferir no mérito da decisão embargada prejudica o efeito de devolutivo das demais espécies recursais previstas e a alternância de relatores*" (Acórdão 3623/2015-TCU-1ª Câmara). (grifado)

52. Não obstante tais considerações, cabe esclarecer que em sua Declaração de Voto a Ministra Redatora, ao se contrapor à proposta do Ministro Relator, que trouxe à baila essa questão de perda de produtividade em face de chuvas atípicas, a despeito de não ter sido objeto dos embargos de declaração opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário pela Construtora Sucesso S.A., indica, sem nenhuma obscuridade, contradição ou omissão, os fundamentos que a levaram à rejeição da proposição do Ministro Relator em acolher os embargos em comento, conforme excerto abaixo transcrito:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

Declaração de Voto da Ministra Ana Arraes:

2. [...]

3. O nobre relator avaliou que, no período da contratação, as chuvas incidentes na região das obras não poderiam ser consideradas ordinárias. Destacou que o Governo do Maranhão decretou estado de emergência em todo o seu território, autorizando, inclusive, os órgãos da Administração Pública estadual a proporcionarem os meios necessários a assegurar assistência à população flagelada, nos termos do Decreto 14.971, de 29 de março de 1996 (peça 3, p. 49). Assim, entendeu que tais chuvas interfeririam na produtividade dos equipamentos, bem como resultariam em perdas de materiais e de serviços que teriam que ser refeitos, o que impactaria os preços praticados no contrato e colocaria em dúvida a existência do débito quantificado no processo, hipótese que teria sido esposada também pelo TRF-1 em ação de improbidade administrativa relativa à obra em tela.

4. Adicionalmente, o ministro relator entendeu que a versão mais antiga do Sistema Sicro, denominada Sicro-1, era voltada para elaboração de orçamentos por região do País, e não por estado, como passou a ocorrer com a versão do sistema que a sucedeu. Dessa forma, no caso da região Nordeste, os custos dos insumos eram definidos a partir de pesquisas de preços realizadas junto a fornecedores localizados nas praças do Ceará e de Pernambuco, o que aumentaria a imprecisão do referencial quando utilizado para avaliar o preço de uma obra localizada no estado do Maranhão. Assim, haveria variações entre os preços dos insumos adquiridos em Pernambuco e no Maranhão, por exemplo, o que poderia explicar parte do valor tido como superfaturamento de preços.

5. Sob tais fundamentos, o eminente ministro relator propõe que sejam acolhidos os presentes embargos, tornando insubsistentes os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, com o arquivamento dos autos.

6. Minha assessoria, ao compulsar os autos, verificou que a contratação da obra ocorreu em 26 de junho de 1996 (peça 11, p. 24-27), posteriormente ao decreto de emergência, datado de março de 1996. **Entretanto, está consignado que a obra teria sido executada sem cobertura contratual, no período de 2/4/1996 a 2/8/1996 (peça 11, p. 26)**.

7. Em consulta aos dados pluviométricos de desvio de chuvas mensais coletados pelo Instituto Nacional de Meteorologia (INMET), minha assessoria constatou ausência de chuvas atípicas na região durante o período de execução da obra – abril a agosto de 1996 –, conforme mapas de desvio de chuvas mensais ao final deste voto.

8. Os dados do INMET demonstram que houve chuvas atípicas em março de 1996, o que causou a emissão dos decretos de emergência. Considerando que a natureza dos serviços contratados foi a de "Serviços Emergenciais para Recuperação do Corpo Estradal" (peça 11, p. 25) e que a obra teve início posterior ao decreto de emergência, depreende-se que **a obra tratada nestes autos se deu posteriormente às chuvas atípicas no estado do Maranhão, e não concomitante**.

9. Nesse sentido, avalio que os dados históricos objetivos sobre as chuvas dão sustentação à decretação de emergência, mas não comprovam a suposta perda de serviços ou redução de produtividade, pois dizem respeito a eventos pretéritos à execução da obra, consoante informado nos gráficos dispostos ao final deste voto revisor.

10. [...]

11. Dessa forma, peço vênias ao eminente relator, com fundamento nos argumentos acima e no princípio da independência das instâncias, no sentido de conhecer dos embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

53. Corroborando com as conclusões contidas na Declaração de Voto da Ministra Redatora, o Ministro-Substituto Weder de Oliveira indica os fundamentos de fato e de direito que o levaram a rejeitar a proposta do Ministro Relator e a acolher a formulada pela Ministra Redatora quanto a essa questão de perda de produtividade em razão de chuvas atípicas no local onde foram realizadas as obras de restauração objeto do Contrato PG-078/96, segundo declaração de voto abaixo transcrita, no essencial:

> **Declaração de Voto do Ministro-Substituo Weder de Oliveira:**
>
> 2. O débito discutido neste processo, no valor histórico de R$ 520.268,96, foi quantificado em razão das seguintes irregularidades constatadas na execução do contrato PG-078/96, celebrado em junho de 1996, entre o 15º Distrito Rodoviário Federal do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e a Construtora Sucesso S/A, para a execução de obras de restauração do trecho entre o entroncamento da MA-020 (km 151,6) e da BR-135 (km 221,6) na BR-222/MA:
>
> "a) superfaturamento nos preços de oito itens: i) imprimação; ii) pintura de ligação; iii) mistura areia-asfalto; iv) recomposição de revestimento areia-asfalto usinada a quente (AAUQ); v) remoção de pavimento; vi) peneiramento; vii) transporte em caminhão basculante de 5 m³; e viii) transporte em caminhão basculante de 4 m³ - que, ponderados com os demais preços praticados, resultaram em um valor global do contrato superior ao orçado pelo Sicro em R$ 291.408,86;
>
> b) pagamento em duplicidade pelos serviços de: i) escavação e carga de material de jazida, que foi contemplado tanto isoladamente na planilha de preços (item 01.200.01), quanto nas composições de sub-base (item 02.200.00) e base estabilizada granulometricamente sem mistura (item 02.200.01), sendo que esses dois últimos já preveem, em sua composição de preço unitário, o fornecimento do primeiro; e ii) areia extraída, também paga isoladamente (item 09.517.00) e nas composições dos serviços de AAUQ (item 02.521.00) e lama asfáltica fina (item 02.510.01), que perfazem o total de R$ 158.329,06; e
>
> c) incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram, representando dano ao erário de R$ 70.531,04."
>
> **3. O relator propõe o conhecimento dos recursos e, no mérito, o acolhimento, conforme os exatos termos de seu voto:**
>
> > **"...considerando a presença de chuvas extraordinárias no estado do Maranhão que levaram à decretação de estado de emergência no ano de 1996, as imprecisões inerentes ao Sistema Sicro – Região Nordeste em abril de 1996, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa 2001.37.00.002993-0/MA, por meio da qual afastou a ocorrência das irregularidades tratadas nos presentes autos, proponho que sejam acatados os presentes embargos, tornando insubsistentes os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, com o arquivamento dos autos."** (grifado)
>
> 4. **Por seu turno, a revisora, Ministra Ana Arraes, apresentou declaração de voto na qual manifesta-se pelo não provimento dos embargos, por considerar que a obra teria sido executada no período de 2/4/1996 a 2/8/1996, posteriormente à decretação do estado de emergência e às chuvas atípicas no estado do Maranhão, consoante dados do Instituto Nacional de Meteorologia (INMET), situação última que não justificaria a redução de produtividade.** [...]. (grifado)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

II

> 5. **Pedi vistas dos autos para examinar a presença de omissão, obscuridade ou contradição – pressupostos essenciais para conhecimento e exame dos embargos de declaração, e se as questões de mérito trazidas neste recurso já haviam sido apreciadas em momentos processuais anteriores.** (grifado)
>
> **6.** Retomando a análise do processo desde sua origem, considero que as alegações apresentadas pelos recorrentes e examinadas pelo relator já haviam sido objeto de apreciação pelo TCU **e não há omissão, contradição e obscuridade a ser sanada.** (grifado)
>
> 7. Não obstante, **a discussão sobre a influência das chuvas** - que de fato ocorreram em maior ou menor grau no período das obras - na quantificação e imputação do débito por superfaturamento nos preços, relativamente a oito itens do orçamento (alínea "a" do item 2 desta declaração de voto), **deve se dar pela não demonstração, pelos responsáveis, em números e parâmetros fundamentados das razões de redução da produtividade em relação ao sistema Sicro-1**, utilizado como referência para aprovação da proposta da construtora. (grifado)
>
> [...]
>
> 10. Alguma rediscussão de mérito poderá ser objeto de eventual recurso de revisão interposto pelos responsáveis, observados os requisitos aplicados à espécie.

54. Com base nessas manifestações, pode-se concluir que, mesmo que fosse possível a oposição de embargos de declaração em relação a essa matéria, o que não se admite, consoante anteriormente anotado, inexistem na decisão embargada a omissão e a obscuridade ventiladas, o que levaria a sugerir a rejeição dos presentes embargos.

55. **No que se refere à alegação contida na alínea a2 do item 44, retro**, a embargante aponta a existência de omissão em relação à **utilização do Sicro vigente à época dos fatos mencionados neste processo, para cálculo do sobrepreço indicado no acórdão embargado**, uma vez que esse sistema de registro de preços "não contemplava obras de restauração rodoviária". Neste ponto, assevera: como poderia cogitar da obrigatoriedade da observância do Sicro para obras de restauração? Como poderia o orçamentista ou a embargante considerar uma tabela de preços que não existia à época da contratação emergencial ou um percentual futuro de perda de produtividade, que só foi estabelecido 7 (sete) anos após a conclusão das obras, por meio do SICRO 2?

56. Não procedem tais alegações. Não há omissões a serem preenchidas no acórdão embargado no que diz respeito à utilização do Sicro para cálculo do sobrepreço e da consequente imputação de débito à embargante. É que essa matéria encontra-se devida e exaustivamente debatida no Voto apresentado pelo Relator e na Declaração de Voto exarada pela Ministra Ana Arraes, de acordo com as transcrições abaixo de trechos dessas manifestações:

> **<u>Voto do Ministro Vital do Rêgo (peça 142):</u>**
>
> 24. A embargante ainda levanta a impossibilidade jurídica da utilização da tabela Sicro para a caracterização de sobrepreço, alegando a ausência de critérios legais ou jurídicos para aplicação dos parâmetros que foram empregados.
>
> 25. Afirma que "a Secob projetou os custos da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra para as obras de restauração, por meio de um redutor de produtividade de 10%, tendo verificado discrepâncias que decidiu chamar de sobrepreço".
>
> 26. Não procedem tais argumentos, posto que o critério adotado pela Secob tem amparo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

no Manual de Custos Rodoviários elaborado em 2003 pelo Dnit, para obras de restauração.

27. O fato do manual do DNIT ser de 2003 não inviabilizaria sua utilização, na forma alegada pela embargante, uma vez que a Secob se orientou pelo referido manual, aplicando o redutor de produtividade com as ponderações devidas às diferenças das datas (1996 e 2003).

28. Nesse sentido, nos termos do Acórdão 454/2014-TCU-Plenário, sendo o Sinapi e o Sicro sistemas oficiais de custos, sua adoção como parâmetro de verificação por este Tribunal se afigura dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, autorizados pelo art. 70, *caput*, da Constituição Federal, ainda que, no momento da contratação, não houvesse imposição legal para que os orçamentos fossem elaborados com base nessas referências.

Voto Complementar do Ministro Vital do Rêgo (peça 141):

4. Inicialmente registro que foram rejeitados vários argumentos trazidos nesta etapa processual pelos recorrentes pelas razões expostas em meu voto distribuído com antecedência a meus pares, dentre os quais a existência de Ação Criminal julgada pela justiça estadual do Piauí que afastaria sua culpabilidade.

5. Inclusive rechacei a impossibilidade alegada pela empresa construtora de utilização da tabela Sicro para a caracterização de sobrepreço, pois, nos termos do Acórdão 454/2014-TCU-Plenário, sendo o Sinapi e o Sicro sistemas oficiais de custos, sua adoção como parâmetro de verificação por este Tribunal se afigura dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, autorizados pelo art. 70, *caput,* da Constituição Federal, ainda que, no momento da contratação, não houvesse imposição legal para que os orçamentos fossem elaborados com base nessas referências.

Declaração de Voto da Ministra Ana Arraes, Redatora do Acórdão embargado (peça 140):

10. Em relação às supostas imprecisões de preço do sistema Sicro-1, não há nos autos qualquer evidência que as demonstrem. Ademais, esse era o sistema de preços oficial em vigor à época, sobre o qual não cabem argumentos genéricos para desqualificá-lo, pela presunção de veracidade que possui. Lembro que tal sistema foi utilizado largamente por esta Corte em centenas de processos de obras. Ressalto que, do mesmo jeito que se refuta a possibilidade de retroagir preços de sistema mais moderno (Sicro-2) para datas pretéritas à sua existência, refuta-se a não utilização de sistema de preços mais antigo, porém contemporâneo à obra (Sicro-1) pela existência a posteriori de outro mais moderno (Sicro-2).

57. Cuida-se de mais uma alegação em que a embargante busca, por via oblíqua, rediscutir o mérito de matéria já decidida e reavaliar os fundamentos que conduziram à prolação do acórdão recorrido, prática vedada em sede de embargos de declaração, devendo a responsável inconformada valer-se do recurso adequado para provocar a reapreciação da matéria. Nesse sentido os seguintes julgados do TCU: Acórdãos 2170/2011-TCU-2ª Câmara; 2818/2015-TCU-2ª Câmara; 131/2015-1ª Câmara; 291/2015-TCU-Plenário e 2249/2017-TCU-1ª Câmara.

58. Expõe também a embargante que o acórdão recorrido teria sido omisso por não se manifestar quanto à impropriedade de utilização do Sicro, pelo critério da regionalidade, "consoante apontou o voto vencido do Ministro Vital do Rêgo" (**alínea a3 do item 44, retro**).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

59. Não procede a alegação da embargante, devendo, pois, ser rejeitada. Essa "suposta omissão" não é matéria a ser tratada em sede de embargos de declaração, pois não cabe embargos de declaração em relação a eventual divergência entre votos proferidos por ocasião da apreciação do processo no colegiado, conforme tem decidido a Corte de Contas (Enunciado: "*A existência de votos divergentes proferidos por ocasião da apreciação do processo no colegiado competente não caracteriza a existência de contradição, obscuridade ou omissão passível de ser atacada por embargos declaratórios*" – Acórdão 496/2017-TCU-Plenário). Nesse mesmo sentido: Acórdãos 36/2018-TCU-Plenário e 1222/2016-TCU-Plenário. (grifado)

60. Alega ainda a embargante a existência de contradição no acórdão embargado quando este considera que não seria possível retroagir preços do SICRO 2", porém aplica, no caso concreto, o "*redutor de produtividade*" fundado exclusiva e essencialmente no aludido SICRO 2", segundo consta da Declaração de Voto da Ministra Ana Arraes (**alínea a4, item 44, retro**).

61. Essa alegação de igual modo não procede, motivo pelo qual deve ser rejeitada. Não há contradição na Declaração de Voto da Ministra Redatora, consignada nos seguintes termos no que se refere ao ponto acima mencionado:

> 10. Em relação às supostas imprecisões de preço do sistema Sicro-1, não há nos autos qualquer evidência que as demonstrem. Ademais, esse era o sistema de preços oficial em vigor à época, sobre o qual não cabem argumentos genéricos para desqualificá-lo, pela presunção de veracidade que possui. Lembro que tal sistema foi utilizado largamente por esta Corte em centenas de processos de obras. **Ressalto que, do mesmo jeito que se refuta a possibilidade de retroagir preços de sistema mais moderno (Sicro-2) para datas pretéritas à sua existência, refuta-se a não utilização de sistema de preços mais antigo, porém contemporâneo à obra (Sicro-1) pela existência a *posteriori de outro mais moderno (Sicro-2).*** (grifado)
>
> 11. Dessa forma, peço vênias ao eminente relator, com fundamento nos argumentos acima e no princípio da independência das instâncias, no sentido de conhecer dos embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los.

62. Não houve a utilização de preços do Sicro 2 para calcular o sobrepreço indicado neste processo. Na verdade, foi utilizado o percentual de 10% como redutor de produtividade dos equipamentos utilizados em obras de restauração, tal como previsto no Sicro 2, incidente sobre preços constantes do Sicro 1, relativos à "construção de obras rodoviárias", uma vez que no Sicro 1 não havia, à época, preços específicos relativos à "restauração de obras rodoviárias". Nos itens abaixo transcritos, extraídos da instrução da Secob, consta essa informação, conforme se segue (TC-004.034/2001-5, apenso, volume 4, p. 44-50):

> **3.19 A metodologia utilizada pelo Sicro2 contempla uma redução na produção dos equipamentos utilizados em obras de Restauração na ordem de 10% (0,75/0,83=0,90) em relação aqueles utilizados em obras de Construção.**
>
> 3.20 A redução na produção dos equipamentos utilizados em serviços de Conservação é da ordem de 16% (0,63/0,75=0,84) em relação aqueles utilizados em obras de Restauração.
>
> **3.21 A obra em análise, devido as suas peculiaridades, se enquadra na categoria Restauração Rodoviária.**
>
> **3.22 0 orçamento da obra foi elaborado pelo 15º DRF com base em composições de preço unitário do Sicro**, adaptadas aleatoriamente e, em regra, com reduções nas produções das equipes mecânicas que elevaram os preços unitários dos serviços.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

> 3.23 Na época dos acontecimentos, o Sicro apenas diferenciava os custos unitários nas modalidades Construção e Conservação Rodoviária. **Como a obra em questão enquadra -se na modalidade Restauração, é razoável a aplicação de redutor na produção das equipes mecânicas das composições dos serviços orçados na categoria Construção, da ordem de 10%,** entretanto não há se falar na aplicação de redutor na produção dessas equipes nas composições dos serviços orçados na categoria Conservação, pois como demonstrado acima, já incorporam produções de equipes mecânicas inferiores tanto às de Construção quanto às de Restauração.
>
> **3.24 Por esse motivo, para a determinação do preço de mercado, base para o cálculo de eventual sobrepreço, utilizamos como parâmetro de referência as composições de preços unitários do Sicro na modalidade Construção, adaptadas, incidido nelas um redutor na produção da equipe mecânica de 10%, de forma a contemplar a diferença dos fatores de eficiência dos equipamentos utilizados nas obras de Construção e de Restauração (0,75/0,83=0,90).** (grifado)
>
> 3.25 No caso dos serviços orçados com base no Sicro Conservação, não há necessidade de redução da produção da equipe, pois como visto no item 3.20, os fatores de eficiência dos equipamentos nos serviços de Restauração são superiores aos de Conservação, o que levaria a custos de referência ainda menores. Portanto, utilizamos critério conservador em benefício dos responsáveis. (grifado)

63. Ainda segundo a embargante, teria havido de igual modo omissão no Acórdão recorrido por não ter se pronunciado sobre a aplicação da única norma contemporânea aos fatos que tutelava o sistema de preços vigentes, qual seja, a CA/DNER 264/91, que serviu de fundamento para que o Eg. TRF da 1ª Região julgasse improcedente a ação de improbidade relacionada aos mesmos fatos presentes neste processo (**alínea a5, item 44, retro**).

64. Sem cabimento a oposição de embargos de declaração em relação a esse conteúdo aventado pela embargante, pelo simples fato de que essa matéria não foi por ela ventilada nos embargos apreciados pelo acórdão objeto dos presentes embargos de declaração. Não há omissão sobre algo que não se requereu o pronunciamento do TCU na fase anterior a estes embargos. Nesse sentido é a jurisprudência do TCU, consubstanciada nos seguintes julgados: Acórdãos 1265/2019-TCU-Plenário; 4675/2017-TCU-1ª Câmara; 6503/2012-TCU-1ª Câmara.

65. Além disso, como demonstrado nesta instrução, a utilização do Sicro para cálculo do sobrepreço apontado neste processo é legítima e, portanto, a norma acima mencionada não tem o condão de infirmar a adoção do referido sistema de preços.

66. Da mesma forma, mostra-se inviável o manejo destes embargos porque essa espécie recursal não se presta ao reexame de questões de mérito, à discussão de novas teses jurídicas **nem à apreciação de eventual divergência entre o julgamento proferido e qualquer outra deliberação, seja do Poder Judiciário**, seja do TCU (Acórdão 291/2015-TCU-Plenário).

67. Por fim, a embargante alega sobre a necessidade de o Tribunal **reexaminar a matéria relacionada à prescrição** no âmbito dos presentes embargos em razão da **superveniência** de decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela **prescritibilidade** da pretensão de ressarcimento ao erário fundado em decisão do Tribunal de Contas da União (RE 636886/AL – Tema 899).

68. Não deve ser acolhido o pedido da embargante, pois não se mostra cabível o reexame de matéria já decidida pelo Tribunal e que em relação à deliberação embargada não se suscita obscuridade, contradição ou omissão. Pretende a embargante, a bem ver, ajustar a jurisprudência do TCU à jurisprudência do Supremo Tribunal, o que, na via estreita dos embargos de declaração, não se mostra possível ("*Os embargos de declaração prestam-se tão somente a aclarar ou corrigir vícios*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

de contradição, obscuridade ou omissão internos à decisão embargada, não sendo possível, nessa via, o reexame de questões de mérito, a discussão de novas teses jurídicas nem a apreciação de eventual divergência entre o julgamento proferido e qualquer outra deliberação, seja do Poder Judiciário, seja do TCU." – Acórdão 291/2015-TCU-Plenário)

69. **Embargante: José Orlando Sá de Araújo**

70. **Alegações** (peça 154):

71. No essencial, o embargante alega:

a) obscuridade e omissão quanto ao ponto relacionado aos danos decorrentes das chuvas extraordinárias, agravados pela ocorrência de chuvas ordinárias durante a execução do contrato, ocasionando perda de produtividade, não considerada, porém, pelo Tribunal sem que fossem apresentadas as razões para tanto;

b) omissão a respeito da questão emergencial da obra executada que, de acordo com a embargante, atrairia a aplicação do redutor de produtividade, nos moldes do decidido pelo TCU no Acórdão 490/2005-TCU-Plenário;

c) omissão do acórdão embargado no tocante a três questões: **c1**) à época dos fatos o normativo aplicável às obras emergenciais era a Norma CA/DNER 264/91; **c2)** o SICRO não previa custos de obras de restauração especificamente; e **c3**) a obrigatoriedade de utilização do SICRO só veio a ocorrer com a superveniência dos Acórdãos 267/2003-TCU-Plenário e 1564/2003-TCU-Plenário;

d) contradição entre o entendimento da Unidade Técnica com a proposta contida na Declaração de Voto da Ministra Redatora em relação à impossibilidade de retroagir preços de sistema mais moderno e ao mesmo tempo admitir a aplicação do SICRO para apurar preços, em detrimento da CA/DNER 264/91, vigente à época;

e) omissão relacionada à **coisa julgada judicial**, considerando que o TCU teria deixado de examinar essa questão sob dois aspectos: **e1)** os preços contratados e analisados no processo de dispensa de licitação foram apreciados em decisão do TRF1 (Ação Civil Pública por ato de improbidade 2001.37.00.002993-0), com trânsito em julgado, e validados com base na norma interna CA/DNER 264/91; e **e2)** o processo de dispensa também foi legitimado pela referida decisão do TRF1, com trânsito em julgado; e

f) omissão do Acórdão embargado quanto ao tema da **prescrição**, tal como formulado pela Secretaria de Recursos do Tribunal.

72. Em razão dessas alegações, o embargante requer que o Tribunal acolha na íntegra os presentes embargos.

73. **Análise:**

74. De início, é relevante esclarecer que nos embargos de declaração opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário (peça 130) o embargante não suscitou omissão, obscuridade ou contrariedade quanto às questões descritas no **item 71, alíneas a, b, c, d** e **f**, retro, razão pela qual tais matérias não se encontram no escopo dos pontos passíveis de serem apreciados e deliberados nos presentes embargos, uma vez que, consoante já destacamos anteriormente, "*É vedado o manejo de embargos de declaração para promover o exame de novos argumentos não discutidos na decisão embargada*", os quais, destaque-se, consistem em inovação argumentativa, o que não se conforma com os estreitos limites dos embargos de declaração (Acórdãos 1265/2019-TCU-Plenário; 4675/2017-TCU-1ª Câmara; 632/2014-TCU-Plenário; 7123/2020-TCU-1ª Câmara).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

75. Consoante também já ressaltado precedentemente, a Corte de Contas tem sido especialmente restritiva no que diz respeito à referida vedação ao considerar que é "***É irregular o acolhimento de novas alegações*** *ou provas trazidas aos autos por ocasião do manejo de embargos de declaração*", deixando patenteado que "*Aceitar a juntada de documentos capazes de interferir no mérito da decisão embargada prejudica o efeito de devolutivo das demais espécies recursais previstas e a alternância de relatores*" (Acórdão 3623/2015-TCU-1ª Câmara). (grifado)

76. Por esses fundamentos, devem ser rejeitados os presentes embargos opostos pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo na parte a que se refere aos pontos acima indicados.

77. Não obstante tais ponderações, importa destacar que tais alegações já estão abrangidas nas análises realizadas nos itens 44 ao 68 desta instrução, cujas conclusões, contudo, são no sentido da inexistência de obscuridades, contrariedades e omissões no acórdão embargado, pelos fundamentos apresentados nas referidas análises, motivo pelo qual, também neste contexto, os presentes embargos devem ser rejeitados.

78. Especificamente no tocante à questão afeta à **coisa julgada judicial** (**item 70, alínea e**), o embargante alega que o acórdão recorrido seria omisso por ter deixado de examinar a matéria sob dois aspectos: **a)** os preços contratados e analisados no processo de dispensa de licitação foram apreciados na decisão do TRF1, com trânsito em julgado, e validados com base na norma interna CA/DNER 264/91; e **b)** o processo de dispensa também foi legitimado por essa decisão do TRF1, com trânsito em julgado.

79. Não discorreu o recorrente nos embargos opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário sobre esses dois aspectos abordados nestes embargos, razão pela qual não cabe a alegação de que o acórdão recorrido teria sido omisso em relação a questões sobre as quais não foi demandado a se manifestar no sentido de sanar obscuridade, omissão ou contradição. A omissão, neste caso, foi do embargante, que não indicou nos embargos anteriores omissão, contradição ou obscuridade no julgado quanto aos aspectos agora ventilados.

80. Na verdade, o embargante inova em seus argumentos com o objetivo de obter o reexame de mérito da matéria e consequentemente reverter e decisão que lhe foi desfavorável, o que não se conforma com os limites dos embargos de declaração, consoante alhures já consignado, cujos fundamentos aqui se aproveitam (itens 50, 51, 57 e 68, retro).

81. Contudo, deve ser ressaltado que essa questão relacionada à coisa julgada judicial, arguida pelo embargante em relação à Ação Criminal 1999.40.00.005893-5-PI, foi devidamente descortinada na manifestação do Relator, Ministro Vital do Rêgo, por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário, não se verificando obscuridade, omissão ou contradição que faça por merecer a integração do acórdão ora embargado. Eis excerto do Voto em comento (Acórdão 528/2020-TCU-Plenário):

> 9. Inicio pelos argumentos de defesa apresentados pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo, servidor à época do 15º Distrito Rodoviário Federal do extinto DNER, responsável pela elaboração do orçamento das obras de restauração da BR-222/MA, cujas inconsistências deram causa aos pagamentos irregulares tratados no presente processo.
>
> **10. O embargante, em essência, traz aos autos a Ação Criminal 1999.40.00.005893-5/PI, requerendo que seja considerada pelo Tribunal no julgamento do caso, pois afastaria sua culpabilidade.**
>
> **11. Ao examinar a ação criminal, verifico que o processo foi originado em denúncia do Ministério Público Federal no Piauí e versa sobre concorrência pública realizada**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

> **pelo DER/PI, no ano de 1993, destinada à construção do anel viário da cidade de Teresina/PI, da qual sagrou-se vencedora a Construtora Sucesso.**
>
> **12. Das informações extraídas na documentação, não se vislumbra qualquer relação entre os responsáveis daquela ação com os responsáveis do processo em julgamento nesta corte de contas. Também não se verifica relação entre as irregularidades arguidas nas duas esferas, uma vez que a Justiça Federal apreciou ilícitos nos contratos PG's 150/96-00, 166/96-00 e 266/96-00, enquanto esta Corte de Contas se debruça sobre prejuízo ao erário oriundo do contrato PG-078/96-00.**
>
> 13. A única relação a ser admitida, refere-se à similaridade entre os objetos contratados nos dois processos, que tratam de obras executadas sob estado de emergência decretado devido ao excesso de chuvas na região, visando a recuperação de trechos da BR-222 nos estados do Piauí (ação criminal da justiça federal) e no estado do Maranhão (TCE em análise no TCU).
>
> 14. Dessa forma, não cabe reforma da decisão do Tribunal em função das decisões prolatadas na referida ação penal, pois refere-se a objeto distinto do analisado nestes autos. (grifado)

82. Note-se que nos embargos opostos ao Acórdão 1673/2017-TCU-Plenário (peça 130) o embargante suscita a questão da coisa julgada judicial que teria ocorrido em processo criminal (Apelação Criminal 1999.40.00005893-PI – TRF1), conforme destacado no voto acima transcrito. Entretanto, nos presentes embargos (peça 154) o embargante inova e suscita coisa julgada judicial em relação a outra ação (Ação Civil Pública por ato de improbidade 2001.37.00.002993-0 – TRF1), cujo julgamento lhe foi favorável.

83. Essa inovação argumentativa, conforme já se afirmou, é vedada em sede de embargos de declaração, devendo, por isso, ser rejeitada pelo Tribunal.

CONCLUSÕES

84. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) a intimação da pauta de julgamento deve ser feita em nome de advogado regularmente constituído nos autos e com o número correto da inscrição na OAB, sujeitando-se à nulidade a intimação exclusiva em nome de estagiário inscrito na OAB;

b) não cabem embargos de declaração para: a1) rediscussão de mérito de matéria já decidida; a2) exame de novos fundamentos (inovação argumentativa), novas provas, novas teses jurídicas; a3) apreciação de eventual divergência entre votos proferidos por ocasião da apreciação do processo no colegiado: a4) divergência entre o julgamento proferido e qualquer outra deliberação, seja do Poder judiciário, seja do TCU;

c) devem ser rejeitados embargos de declaração quando não se confirmam as obscuridades, contradições e omissões suscitadas pelos embargantes.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

85. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S.A. e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo ao Acórdão 528/2020-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inc. II, e 34 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S.A. para, acolhendo a preliminar suscitada e atribuindo-lhes efeito infringente, anular os Acórdãos 528/2020-TCU-Plenário e 1673/2017-TCU-Plenário, exclusivamente em relação à embargante, e determinar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.

nova inclusão do processo em pauta para julgamento do recurso de reconsideração interposto pela embargante contra o Acórdão 1464/2013-TCU-Plenário, com a observância dos termos da Portaria TCU 239/2000;

b) conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo e, no mérito, rejeitá-los;

c) dar conhecimento aos embargantes da decisão que vier a ser proferida e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), que sucedeu o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER).

TCU/Secretaria de Recursos/3ª Diretoria, em 5/2/2021.

(assinado eletronicamente)
Edimilson Erenita de Oliveira
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 2924-6

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67102934.