TC 011.391/2001-8

Tipo de Processo: Embargos de Declaração em Tomada de Contas Especial.

Unidade jurisdicionada: Município de Pedreiras, Estado do Maranhão.

Recorrentes: Papelaria Araújo Ltda., CNPJ 07.740.350/0001-33 (peça 77), L. M. Tavares Comércio Mercantil Magno, CNPJ 69.572.451/0001-08 (peça 78); Herbert Dantas de Melo, CPF 270.284.963-68 (peça 79), Construtora Ladrilho Ltda., CNPJ 03.065.805/0001-01 (peça 80); Construtora Plumo Ltda., CNPJ 00.652.713/0001-30 (peça 81); Eletroforte, CNPJ 01.844.720/0001-04 (peça 82).

Procuradores: Pedro Bezerra de Castro, OAB/MA 4852, como procurador de L. M. Tavares Comércio Mercantil Magno (mandato à peça 102) e Eletroforte (mandato à peça 103); Allan Wellington Soares dos Santos, OAB/DF 29.548, como procurador de Construtora Ladrilho Ltda. (mandato à peça 108).

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDEF. MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS FORA DA CONTA ESPECÍFICA. FRAUDE EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. FALTA DE ATESTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Não provimento. Mantém-se a irregularidade das contas e a condenação ao pagamento de débito quando inexistentes justificativas que amparem a reformulação do juízo anterior. Embargos de Declaração. Propostas de não conhecimento, conhecimento e rejeição e ciência dos interessados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos por Papelaria Araújo Ltda., CNPJ 07.740.350/0001-33 (peça 77), L. M. Tavares Comércio Mercantil Magno, CNPJ 69.572.451/0001-08 (peça 78), Herbert Dantas de Melo, CPF 270.284.963-68 (peça 79), Construtora Ladrilho Ltda., CNPJ 03.065.805/0001-01 (peça 80), Construtora Plumo Ltda., CNPJ 00.652.713/0001-30 (peça 81) e Eletroforte, CNPJ 01.844.720/0001-04 (peça 82) − esta na pessoa de seu representante legal Pedro Matos M. Neto − contra o Acórdão 1001/2011 − Plenário (peça 23, p. 6-7), mediante o qual se julgaram Recursos de Reconsideração interpostos contra o Acórdão 1.683/2009-Plenário (peça 16, p. 21-25).

HISTÓRICO

2. Converteu-se em Tomada de Contas Especial Relatório de Auditoria (peça 1, p. 2-32) por força da determinação contida no Acórdão 1.346/2003 − 1ª Câmara (peça 3, p. 20-23) em face de evidências de que teria havido, entre outras irregularidades, movimentação de recursos fora da conta específica, pagamentos de despesas estranhas à atividade de magistério, prática de fraude em procedimentos licitatórios, falta frequente de atesto nas notas fiscais e pagamentos indevidos por serviços não executados.

3 O Tribunal, considerando que diversas ocorrências indicavam a existência de débito, determinou, mediante a referida deliberação, a citação solidária dos Responsáveis, a saber: o então Prefeito Municipal, a então Secretária Municipal de Educação e os então membros da Comissão de Licitação, além das empresas vencedoras dos respectivos certames licitatórios. Promoveram-se as citações mediante os expedientes identificados no quadro aposto à peça 15, p. 736-738. Examinaram-se na esfera da Secex/MA as alegações de defesa apresentadas e ali se acataram apenas os argumentos aduzidos por três empresas e se propôs a condenação dos demais Responsáveis em débito e multa (peça 15, p. 38, a peça 16, p. 1-2).

4. Acolhendo, no essencial, a proposta da Unidade Técnica (peça 15, p. 49, a peça 16, p. 1-2) endossada pelo Ministério Público especializado (peça 16, p. 4), mediante o Acórdão 1.683/2009 – Plenário (peça 16, p. 21-25), cujo dispositivo se reproduz a seguir:

a) na forma do subitem 2.1 do referido acórdão, julgar, nos termos dos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas *c* e *d*, e 19, caput, da Lei nº 8.443/1992, irregulares as contas dos Srs. Edmilson Gonçalves Alencar Filho, Edilza Lima de Alencar Oliveira, Maria Feitosa Sousa Loiola, Pedro Batista Ribeiro Filho, Herbert Dantas de Melo, e Filon de Carvalho Krause Neto e de outros responsáveis que posteriormente não recorreram da decisão e as contas, dentre outras, das empresas Construtora Ladrilho Ltda., Construtora Plumo Ltda., Antônio Edilson Lima de Araújo (Papelaria Araújo), L. M. Tavares Soares Comércio (Mercantil Magno), e Pedro de Matos M. Neto (Eletroforte), dentre outras que tampouco recorreram posteriormente da decisão;

b) na forma do subitem 2.2 da decisão mencionada, aplicar-lhes multas individuais as responsáveis e às empresas citadas na alínea precedente (Sr. Edmilson, R$ 110.000,00; Srª Edilza, R$ 50.000,00; Srª Maria Feitosa, R$ 110.000,00; Sr. Pedro Batista, R$ 35.000,00; Sr. Herbert, R$ 17.000,00; Sr. Filon, R$ 17.000,00; Construtora Ladrilho, R$ 16.000,00; e Construtora Plumo, R$ 17.000,00); Antônio Edilson (Papelaria Araújo), R$ 3.000,00; L. M. Tavares (Mercantil Magno), R$ 3.000,00; e Pedro de Matos (Eletroforte), R$ 3.000,00;

c) declarar a inidoneidade das empresas Construtora Ladrilho Ltda., Construtora Plumo Ltda., Antônio Edilson Lima de Araújo (Papelaria Araújo), L. M. Tavares Soares Comércio (Mercantil Magno) e Pedro de Matos M. Neto (Eletroforte) para participar de licitação com a Administração Pública Federal pelo período de dois anos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

5. Inconformados com as condenações, os Responsáveis e empresas citados no parágrafo anterior interpuseram Recursos de Reconsideração (peças 67-76), julgados mediante a decisão ora embargada, aposta à peça 23, p. 6-7.

6. A Corte acolheu entendimento do Relator do Recurso no sentido de que não pode formar convicção acerca de gestão de recursos públicos, a fim de atribuir-lhe regularidade, calcado tão somente nas declarações dos responsáveis. Reputou que os recorrentes não juntaram ao presente processo provas capazes de desconstituir as evidências contra eles levantadas, pelo que restou caracterizado o dano ao Erário, e permaneceu a obrigação de ressarcimento por parte dos responsáveis.

7. Diante disso, proferiu o acórdão ora vergastado, cujo dispositivo se reproduz a seguir:

> 9. Acórdão:
>
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recursos de reconsideração em processo de TCE, interposto pelos recorrentes relacionados no item 3 acima, em face do Acórdão nº 1.683/2009 – TCU – Plenário, que julgou suas contas irregulares, com imputação de débito, multa e declaração de inidoneidade para participar de licitação com a Administração Pública Federal pelo período de 2 (dois) anos.
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> 9.1. conhecer dos presentes Recursos de Reconsideração, nos termos dos arts. 32, inciso I e 33 da Lei nº 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se, em consequência, o Acórdão nº 1.683/2009 – TCU – Plenário, em seus exatos termos;
>
> 9.2. dar ciência desta deliberação aos recorrentes, aos órgãos e entidades interessados e à Procuradoria da República no Estado do Maranhão.

8. Irresignados, vêm os Responsáveis e as pessoas jurídicas identificados no preâmbulo desta instrução impugnar a decisão na forma dos embargos a seguir examinados.

DOS RECURSOS INTERPOSTOS POR PAPELARIA ARAÚJO LTDA. E HERBERT DANTES DE MELLO

9. Razão de ordem: Por cabível precisamente a mesma narrativa dos fatos processuais havidos no processamento dos embargos interpostos pela empresa Papelaria Araújo (peça 77) e pelo Sr. Herbert Dantas de Melo (peça 79), faz-se o mesmo breve memorial dos atos processuais praticados relativos aos dois recursos em conjunto neste mesmo capítulo desta instrução.

ADMISSIBILIDADE

10. Juntaram-se às peças 115 e 113 os exames de admissibilidade dos embargos referidos no parágrafo precedente, mediante os quais se propôs o não conhecimento dos recursos com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992, dada a sua intempestividade.

11. Mediante o despacho aposto à peça 120, o Relator do recurso, Ministro Valmir Campelo, acolhendo a proposta, precariamente não conheceu dos recursos.

DOS RECURSOS INTERPOSTOS POR L. M. TAVARES COMÉRCIO MERCANTIL MAGNO E ELETROFORTE

12. Razão de ordem: Por textualmente idênticos os instrumentos de impugnação apresentados pelas embargantes L. M. Tavares Comércio Mercantil Magno (peça 78) e Eletroforte, esta na pessoa de seu representante legal Pedro Matos M. Neto (peça 82), examinam-se os dois recursos em conjunto neste mesmo capítulo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

ADMISSIBILIDADE

13. Noss exames de admissibilidade juntados às peças 114 e 117 se propõe o conhecimento dos recursos, com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992, com efeito suspensivo ao subitem 9.1 da decisão recorrida, com fulcro no art. 287, § 3º, da Resolução 246, de 30/11/2011 (Regimento Interno).

14. Mediante o despacho aposto à peça 120, o Relator do recurso, Ministro Valmir Campelo, acolhendo a proposta, conheceu precariamente dos recursos, deu-lhes o efeito suspensivo referido e determinou o encaminhamento em caráter excepcional dos autos tanto a esta Secretaria, para a elaboração do exame das questões recursais aduzidas e para as demais providências cabíveis, como, posteriormente, ante o disposto no art. 62, inciso III, do Regimento Interno, ao Ministério Público especializado para o seu pronunciamento.

QUESTÃO PRÉVIA PROCESSUAL

15. Pedido (peça 78, p. 4): Com esteio nas razões recursais processuais substanciadas e examinadas adiante, pede-se à Corte "a extinção da presente ação", com a "inversão do ônus da sucumbência" na forma do art. 267, inciso VI, da Lei 5.869, de 11/1/73 (Código de Processo Civil).

16. Questão única

16.1 Argumento (peça 78, p. 3-4): Segundo as Embargante, por força dos arts. 7º, 14 e 16 da Lei 8.429, de 2/6/79 (Lei da Improbidade Administrativa), "o EMBARGADO" careceria de legitimidade "para figurar no polo ativo do feito".

16.2 Exame: Sem razão as Embargantes.

16.3 Os processos da competência deste Tribunal, nos quais atua no exercício da função de Controle Externo, têm regramento próprio estabelecido na Lei 8.443 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), de 16/7/1992. Por isso, aplicam-se-lhe apenas subsidiariamente dispositivos quer do Código de Processo Civil quer da Lei de Improbidade Administrativa.

16.4 Em tais casos de julgamento de ato de gestor, a jurisdição desta Corte decorre da sua qualidade de Estado-Juiz de contas prestadas por gestores de recursos públicos federais estabelecida no Capítulo I do Título II da Lei 8.443, de 1992 em observância ao art. 70 da Constituição da República. Tratando-se de julgamento de ato causador de dano ao Erário praticado por gestor público concorrentemente com as empresas contratadas para a prestação de serviços, a jurisdição desta Corte se dá, diversamente, na sua condição de Estado-Fiscalizador, estabelecida na forma do Capítulo II do mesmo Título da Lei 8.443, de 1992.

16.5 Registre-se que a responsabilização das recorrentes foi corretamente realizada nos termos do art. 16, III, alíneas *c* e *d* da Lei Orgânica, consoante se verifica no item 9.1 do acórdão ora recorrido.

QUESTÃO MERITÓRIA

17. Pedido (peça 78, p. 4): Com esteio nas razões recursais meritórias substanciadas e examinadas adiante, pede-se julgar "improcedente a ação com o seu consequente arquivamento".

18. Questão única

18.1 Argumento (peça 78, p. 5): Sustentam os embargantes o descabimento do entendimento de que praticou atos de improbidade administrativa no âmbito da Prefeitura Municipal de Pedreiras-MA, em particular a facilitação e o favorecimento de fraudes em processo licitatório em concurso com "o ex-Prefeito e a Secretária de Educação".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

18.2 Na qualidade de participantes "do processo licitatório do referido Município de Pedreiras/Ma", teriam sempre trabalhado com zelo e dedicação durante o tempo em que contrataram com o Município; não teriam participado de "processo fraudulento junto a Comissão Permanente de Licitação".

18.3 Não se teria apontado "exatamente qual seria a suposta ilicitude" praticada.

18.4 O único suposto fato ilícito apontado, qual o pretenso favorecimento das embargantes, não teria sido imputado de modo preciso. Noutras palavras, não se teria identificado com exatidão em que teriam sido beneficiadas as embargantes.

18.5 Nem mesmo haveria documentos comprobatórios dos atos ilícitos imputados. Não teria havido, portanto, enriquecimento ilícito das impugnantes.

18.6 Diante disso, concluir-se-ia que a imputações não correspondem à verdade fática e se isso se desse não consistiriam em improbidade administrativa.

18.7 Exame: As alegações recursais não merecem prosperar.

18.8 As recorrentes partem de duas premissas para defender a conclusão de que não enriqueceram ilicitamente em razão dos atos administrativos julgados ilícitos. Primeiro, asseveram que não se demonstrou de maneira exata o seu "favorecimento". Trata-se de alegação de obscuridade na fundamentação da decisão.

18.9 Segundo, afirmam que não há provas documentais do sobredito favorecimento.

18.10 Conquanto somente caiba examinar em Embargos de Declaração a afirmação consistente na primeira premissa, visto que a segunda consiste em sustentação de omissão, contradição ou obscuridade na decisão combatida, o exame a seguir elaborado para refutar a primeira premissa se prestará também para contradizer a segunda.

18.10.1 Vale notar que alegação de falta de provas não se confunde com sustentação de omissão. Perfilha-se o infratranscrito entendimento sustentado pelo Relator do Acórdão 5.727/2010 – Primeira Câmara:

> (...) os Embargos Declaratórios são, em regra, recurso integrativo, que objetivam extirpar da decisão embargada, o vício da **omissão, entendida como: "(...) aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transverso a impugnar os fundamentos da decisão recorrida**." (STJ, Resp 351.490, DJ 23/09/2002).
>
> 5. Elpídio Donizetti, in Curso Didático de Direito Processual Civil, Del Rey, 6ª Ed., Belo Horizonte, 2005, pág. 319, assevera que os "Embargos de Declaração podem ser conceituados como o recurso que visa ao esclarecimento ou à integração de uma sentença ou acórdão", destacando, ainda, que: "Três são as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração: obscuridade, contradição ou omissão." (grifou-se)

18.11 O Relator da decisão vergastada anotou no item 6 da fundamentação desta que "os recorrentes não juntaram ao presente processo as provas necessárias à desconstituição das evidências contra eles levantadas, não conseguindo, destarte, sustentar que os recursos tiveram sua destinação comprovada" (peça 23, p. 4).

18.12 As evidências mencionadas constam do relatório da decisão, como asseverado expressamente pelo Relator no item 3 da mencionada fundamentação, no bojo de análise de razões recursais aduzidas pelas ora embargantes mediante Recurso de Reconsideração contra o contra o Acórdão 1.683/2009 – Plenário empreendida no âmbito desta Secretaria e reproduzida no item 2 do dito relatório. Desta se extrai o seguinte trecho (peça 45, p. 48-49):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

> 45. No caso, restou caracterizado o prejuízo ao erário, decorrente de graves irregularidades praticadas pelos responsáveis, entre os quais o Sr. Herbert Dantas de Melo, ora recorrente, presidente da CPL à época dos fatos. Nessa condição, conduziu licitações fraudulentas, conforme robustas evidências acostadas aos autos (subitem 4.3, fls. 743/745, v. p.). Destaca-se que foram emitidas notas de empenho e notas fiscais antes da comunicação às firmas vencedoras de certames licitatórios, caracterizando-se a fraude. Ademais, houve pagamentos efetivados em espécie. O conjunto fático-probatório apresentado não permite estabelecer um liame entre os recursos desembolsados do Fundef e as alegadas despesas em materiais adquiridos pelos inquinados certames.
>
> 46. Frise-se que o Sr. Herbert Dantas de Melo não se defende das mencionadas evidências que caracterizam a fraude, nem apresenta elementos que comprovem efetivamente a regular aplicação dos recursos do Fundef.
>
> 47. Já as empresas recorrentes, L.M. Tavares Soares Comércio Mercantil Magno, Antonio Edílson de Araújo - Papelaria Araújo e Pedro de Matos M. Neto – Eletroforte concorreram para o cometimento do dano apurado. As duas primeiras emitiram notas fiscais inidôneas e a última foi favorecida em licitação fraudulenta, conforme consignado nos autos (subitens 4.1.1.3 e 4.1.1.4, fl. 741, v. p.). Dessa forma, foram devidamente condenadas em débito, solidariamente com os responsáveis, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992.
>
> 48. Ademais, as empresas recorrentes não enfrentam as seguintes irregularidades constatadas nos convites, que caracterizam a fraude: a data de recebimento das propostas coincide com a data de emissão dos convites; a Comissão Permanente de Licitação não registrou o nome dos representantes das empresas licitantes; o parecer adjudicatório está sem data; a solicitação da aquisição do bem, a autorização para instauração do processo licitatório e o aviso de licitação ocorreram em um mesmo dia e da mesma forma, a ata de licitação, a homologação, a emissão da nota fiscal, do empenho e do pagamento aconteceram em um único dia (fl. 741, v. p.).
>
> 49. Não é demais repisar que cabe ao gestor público o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos sob sua responsabilidade, conforme sobredito nos itens 26/28. Dessa forma, não há como acolher o pleito de produção de provas admitidas em direito. Nem se pode falar em desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois os recorrentes, quando citados, tiveram a oportunidade de comprovar a correta aplicação dos recursos. No entanto, optaram em limitar suas defesas à afirmação de que executaram o objeto, sem apresentar provas.
>
> (...)
>
> 51. Ante o exposto, não há como acolher os argumentos carreados, motivo pelo qual devem ser mantidas as condenações impostas aos recorrentes pelo questionado acórdão.

18.13 Diversamente do que se dá no processo judicial cível, no âmbito do processo de competência deste Tribunal em regra se busca a verdade real e esta prevalece sobre a formal. O inverso só se dá na hipótese de falta de elementos de comprovação da aplicação regular de recursos públicos pecuniários federais, situação em que este Tribunal não carece de indícios ou provas de sua não aplicação ou de sua aplicação má ou irregular, pois em tal caso se configura presunção constitucional relativa de tal ilícito administrativo, corolário do estatuído no parágrafo único do art. 70 da Carta Magna da República, infratranscrito:

> Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

18.14 Por essa forma, o ônus de produzir prova contrária, qual a da boa e regular aplicação de recursos cuja natureza se descreve no artigo constitucional supratranscrito em foco é exclusivamente do seu gestor. A presunção é também legal por força do estatuído no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, e infralegal em razão do disposto no art. 66 do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Como assinalado no relatório do julgamento proferido em 25/7/2002 mediante o Acórdão 337/2002 proferido pela Segunda Câmara:

> [...] é pacífica no sentido de que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova. Esse entendimento está assentado nos seguintes julgados: Acórdãos TCU ns. 11/97-Plenário; 87/97-2ª Câmara; 234/95-2ª Câmara; 291/96-2ª Câmara; 380/95-2ª Câmara; e Decisões ns. 200/93-Plenário; 225/95 -2ª Câmara; 545/92-Plenário; e encontra fundamento no art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67, o qual dispõe que: "Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes.

18.15 Em tais casos de julgamento de ato de gestor, a jurisdição desta Corte decorre da sua qualidade de Estado-Juiz de contas prestadas por gestores de recursos públicos federais estabelecida no Capítulo I do Título II da Lei 8.443, de 1992 em observância ao art. 70 da Constituição da República. Tratando-se de julgamento de ato causador de dano ao Erário praticado por gestor concorrentemente com empresa contratada para a prestação de serviços, a jurisdição desta Corte se dá, diversamente, na sua condição de Estado-Fiscalizador, estabelecida na forma do Capítulo II do mesmo Título da Lei 8.443, de 1992.

18.16 No último caso, a conduta de terceiro consistente no concurso com o agente público para a prática de atos irregulares não é presumível diante da não comprovação do bom e regular emprego de recursos públicos. O § 2^0 do art. 16 da Lei 8.443, de 1992, cuida de estabelecer a fixação de responsabilidade solidária entre as pessoas indicadas em suas alíneas **a** e **b**. Cinge a possibilidade de julgamento pela irregularidade de contas às das pessoas nele enumeradas: [a] agente público que praticou o ato irregular e [b] terceiro que haja concorrido para o cometimento do dano apurado na qualidade de (b.1) "contratante" ou (b.2) "parte interessada na prática do mesmo ato."

18.17 No caso sob análise se comprovou tal concurso, como se depreende da leitura do trecho transcrito no subitem 18.11 desta instrução.

DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELAS EMPRESAS CONSTRUTORA LADRILHO LTDA. E CONSTRUTORA PLUMO LTDA.

19. Razão de ordem: Por textualmente idênticos os instrumentos de impugnação apresentados pelas embargantes Construtora Ladrilho Ltda. (peça 80) e Construtora Plumo Ltda. (peça 81), à exceção de dois parágrafos contidos somente no instrumento da última (o quinto da peça 81, p. 7, e o quarto da mesma peça, p. 9) examinam-se os dois recursos em conjunto neste mesmo capítulo e se faz exame em separado destes em seção adicional (itens 33 e 34 desta instrução, respectivamente).

ADMISSIBILIDADE

20. Juntaram-se à peça 112 e 116, respectivamente, os exames de admissibilidade dos recursos, mediante os quais se propôs o conhecimento dos recursos com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992, com efeito suspensivo ao subitem 9.1 da decisão recorrida, com fulcro no art. 287, § 3º, da Resolução 246, de 30/11/2011 (Regimento Interno).

21. Mediante o despacho aposto à peça 120, o Relator do recurso, Ministro Valmir Campelo, acolhendo a proposta, conheceu precariamente do recurso, deu-lhe o efeito suspensivo referido e determinou o encaminhamento em caráter excepcional dos autos tanto a esta Secretaria, para a elaboração do exame das questões recursais aduzidas e para as demais providências cabíveis, como, posteriormente, como prevê o art. 62, inciso III, do Regimento Interno, ao Ministério Público especializado para o seu pronunciamento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

QUESTÃO PROCEDIMENTAL

22. Pedido (peça 80, p. 16): Pede-se, na hipótese de não acolhimento dos pedidos de natureza prejudicial e meritória sumariados e examinados adiante nesta instrução, sobrestar o andamento do processo até o desfecho de investigação criminal judicial em curso.

23. Questão única

23.1 Argumento (peça 80, p. 12-15): Diz-se que é mister sobrestar o processo de Tomada de Contas "até que haja a conclusão das investigações e um eventual pronunciamento dos Tribunais em sede criminal, como decorrência do trabalho policial ou ministerial".

23.2 Invoca-se os arts. 110 e 265 da Lei 5.869, de 11/1/1973 (Código de Processo Civil). Defende-se estabelecerem eles que "se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal".

23.3 Os dispositivo cuidariam da relação de prejudicialidade existente entre a causa penal, a civil e a administrativa.

23.4 Alegam que os fatos objeto do processo são os mesmos do processo judicial aludido, como nele apontado anteriormente.

23.5 Daí que seria mandatório suspender a Tomada de Contas Especial até que se tenha um desfecho da investigação e (ou) das ações penais em curso; até mesmo para evitar a ocorrência de *bis in idem* se sobrevier condenação na esfera criminal, hipótese aqui considerada apenas para argumentar.

23.6. Exame: As Embargantes carecem de razão.

23.7 O peculiar escopo da fiscalização de natureza administrativa empreendida pelo Tribunal não obsta o encaminhamento das mesmas denúncias à esfera judicial para a apuração das responsabilidades civis e criminais e eventual julgamento. Trata-se, aqui, de processo autônomo de apuração, sujeito a rito próprio e independente por força dos arts. 70 e 71 da Constituição da República e estatuído na Lei 8.443, de 16/7/1992.

23.8. Com efeito, é esse entendimento remansoso na jurisprudência deste Tribunal. Podem-se citar, dentre reiteradas manifestações, a Decisão 278/94 – 2ª Câmara, proferida no processo TC 007.483/93-7, em que a Corte, deliberou:

> É matéria constitucional – inciso II do art. 71 – e legal – inciso I do art. 1º da Lei 8.443, de 16.07.92 – que compete a esta Corte de Contas agir caso o assunto esteja ou não sendo tratado na via judicial. São instâncias diferentes, cuja ação está delimitada na Constituição e na Lei. Assim, não pode o Tribunal de Contas da União deixar de adotar as providências que lhe caibam, sob pena de omitir-se frente a um imperativo constitucional.

23.9 Por força do art. 1º, inciso I, da Lei 8.443, de 16/7/1992, incumbe ao Tribunal julgar as contas dos administradores públicos que guardem, gerenciem e administrem recursos públicos federais. Considere-se, ainda, que o parágrafo 1º do art. 8º do mesmo estatuto lhe atribui competência para determinar a instauração de Tomada de Contas Especial. Donde se conclui que o fato de haver apuração dos mesmos fatos em curso no Poder Judiciário não obsta, por si só, a que esta Corte dê curso a processo de sua competência e forme julgamento até mesmo em sentido diverso do eventualmente sobrevindo na instância judicial.

23.10 Por último mas não menos importante, só cabe falar em sobrestamento de processo de controle externo da competência desta Corte na sua etapa de instrução – e não em etapa recursal.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

Isso resta claro tanto da interpretação literal do art. 10, § 1º, da Lei 8.443, de 1992, como da sua interpretação lógica, à luz das definições ali contidas de decisão preliminar, definitiva ou terminativa e em face da inserção de disposições relativas a recursos (arts. em seção diversa da continente do artigo *supra* no mesmo no Capítulo I (Julgamento de Contas) do Título II (Julgamento e Fiscalização).

QUESTÃO PREJUDICIAL

24. Pedido (peça 80, p. 16): Pede-se, na hipótese de não acolhimento do pedido meritório sumariado e examinado adiante, reconhecer "a prescrição do feito".

25. Questão única

25.1 Argumento (peça 80, p. 13-15): Afirma-se que "a pretensão buscada pelo Tribunal de Contas da União nos presentes autos está fulminada pelo instituto da prescrição". Mediante a decisão embargada se teria condenado a Impugnante "com base em fatos ocorridos em 1999", pelo que transcorreu "um lapso temporal superior a 10 anos desde o evento questionado".

25.2 Conquanto o art. 37, § 5º, da Constituição da República estatua que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", a Lei 8.443, de 1992, não teria cuidado do instituto no processo da competência do Tribunal.

25.3 Como teria ensinado por Ely Lopes Meirelles em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (32ª ed., 2006: São Paulo: Malheiros, pg. 681),

> A prescrição Administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais, pois está restrita à atividade 'interna' da Administração, acarretando a perda do direito de anular ato ou contrato administrativo, e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse respeito, o STF já decidiu que 'a regra é a prescritibilidade' (STF, RDA 135/78). Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174).

25.4 Por excedido o prazo de cinco anos "desde o conhecimento do fato", há que declarar "a prescrição ora arguida" e determinar o arquivamento dos autos.

25.5 Exame: As Recorrentes carecem de razão.

25.6 Imprescritível é pretensão do Estado de promover ações de ressarcimento de prejuízos contra quem os tenha causado. Pois reza o § 5º do art. 37 da Constituição da República (CR):

> § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

25.7 Em harmonia com decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no julgamento do Mandado de Segurança 26.210, publicado no Diário Oficial da União (D.O.U.) de 10/10/2008, este Tribunal reconheceu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de sua competência mediante o Acórdão 2.709/2008- Plenário. Na oportunidade, decidiu

> deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

> causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007.

25.8 Este Tribunal vem adotando esta Corte tal tese em seus julgados mais recentes (*e.g.* Acórdãos 1016/2009, 1178/2009, 557/2010 proferidos pela Primeira Câmara; 1014/2009, 349/2010 proferidos pela Segunda Câmara e 777/2010 proferido pelo Plenário).

25.9 Perfilha-se tal entendimento. O poder de persecução é absoluto porque se protege o interesse público em recompor o patrimônio do Erário reduzido prejuízo.

25.10 Diversamente, prescritível é, em regra, a pretensão do Estado de punir quem pratique condutas ilícitas. A prescrição punitiva no Direito comum se constituiu em instituto iluminista, civilizado e necessário. Excetuam-se as condutas tidas por mais graves, tais como os crimes denominados de hediondos.

25.11 Vale reproduzir trecho da fundamentação do recente Acórdão 1314/2013 – Plenário, mediante o qual o Tribunal entendeu cabível a aplicação da prescrição quinquenal:

> 22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.
>
> 23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

25.12 Perfilha-se parcialmente tal fundamentação.

25.13 Pois importa assinalar a provisoriedade da existência da falta de diploma legal regedor de prazo prescricional para ilícitos causadores de prejuízo ao Erário.

25.14 De distinguir a prática de ato ilícito causador de prejuízo ao Erário da que reprovável que não resulte em tal prejuízo. A Constituição, na forma do seu art. 37, § 5º, prevê lei específica regedora somente do prazo prescricional relativo à pretensão de punir a primeira. O constituinte originário, também como forma de proteger o interesse público mediante coibição mais vigorosa da prática de ilícito prejudicial ao Erário, tanto estatuiu a imprescritibilidade das respectivas ações de ressarcimento como previu lei específica fixadora do respectivo prazo de prescrição punitiva. Dessa maneira, é de esperar que tal prazo seja mais longo que os fixados para ilícitos não causadores de prejuízo ao Erário.

25.15 Como não há previsão constitucional de lei estabelecedora de prazo de prescrição da pretensão do Estado de punir atos ilícitos não causadores de prejuízo ao Erário, somente no concernente a tal prazo se pode considerar definitiva a integração normativa objeto da fundamentação do Acórdão 1314/2013 – Plenário.

25.16 A distinção não é irrelevante. Haja vista que a Constituição prevê para tornar efetiva norma constitucional ante a inércia do legislador o remédio consistente na declaração de inconstitucionalidade por omissão (no seu art. 103, 2º), ao passo que para a lacuna normativa decorrente da falta de previsão de todas as situações fáticas a serem regidas no processo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

generalizante e abstrato da elaboração de normas o saneamento do hiato existente entre a norma e o fato é unicamente o método de integração a ser empreendido pelo Estado-Juiz.

25.17 O processo de controle externo da competência desta Corte é regido pela Lei 8.443, de 1992. Desta norma não consta disposição acerca de prazos prescricionais. Tem-se aqui lacuna normativa que não decorre da inércia do legislador, mas sim do seu silêncio acerca do instituto por oportunidade da elaboração da lei regedora do processo de Controle Externo. Silêncio, note-se, proposital, à vista da imprescritibilidade das ações de ressarcimento prejuízos ao Erário decorrentes de atos ilícitos constitucionalmente estabelecida e do fato de que dispositivo sobre a prescrição punitiva seria objeto de lei específica prevista no mesmo dispositivo constitucional.

25.18 Cuida-se doravante dos termos inicial da contagem do prazo prescricional e das causas interruptivas da prescrição. Anui-se ao entendimento esposado pelo Tribunal no do Acórdão 1314/2013 – Plenário:

> 26. (...) penso existir, dentre as normas de direito público mencionadas, maiores semelhanças da atividade de controle externo com a persecução sancionatória empreendida em face da Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual reputo adequada, para fins de estipular o marco inicial de contagem do prazo prescricional, a utilização da Lei 8.429/1992.
>
> 27. Dessa forma, compreendo que a prescrição sancionatória deste Tribunal, por analogia, deve ser regida pelo art. 23, inciso II da Lei 8.429/1992, o qual determina que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na referida norma podem ser propostas "dentro do prazo prescricional para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.".
>
> 28. Na esfera federal, o art. 142, inciso I, da Lei 8.112/1990 dispõe:
>
> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:
>
> I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
>
> (...)
>
> § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.
>
> 29. Sendo assim, julgo adequado que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional com vistas à aplicação das multas do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 seja a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito deste Tribunal.
>
> (...)
>
> 35.No tocante às causas de interrupção do prazo prescricional, mantém-se o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas, segundo o qual a citação e a audiência válidas interrompem a prescrição para a aplicação da multa, aplicando-se ao caso a disciplina dos arts. 202, inciso I, do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito do Tribunal (Acórdão 330/2007 - 1ª Câmara, Acórdão 904/2003 - 2ª Câmara, Acórdão 1555/2005 - 2ª Câmara, Acórdão 2755/2006 - 2ª Câmara, Acórdão 474/2011 - Plenário e Acórdão 585/2012 - Plenário).

25.19 Desse modo, no caso concreto o termo inicial mencionado se constitui na data de protocolização do processo, 15/8/2001 (v. peça 1, p. 1).

25.20 As citações das Embargantes Construtora Ladrilho Ltda. e Construtora Plumo se deram, respectivamente, mediante [a] o edital de cópia aposta à peça 14, p.39, publicado em 22/5/2006, e [b] o expediente consistente no Ofício 441/2006 da Secex/MA recebido em 24/5/2006, como faz prova o instrumento de comparecimento aos autos da empresa acostado à peça 14, p. 44-45. Como os tempos que mediaram entre 15/8/2001 e 22/5/2006 e 15/8/2001 e 24/5/2006 foram inferiores a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

cinco anos, interromperam-se as contagens dos prazos prescricionais em foco. Iniciadas novas contagens desde as interrupções das contagens iniciais em 22/5/2006 e 25/5/2006, proferiu-se Acórdão 1.683/2009 – Plenário (peça 16, p. 21-25) antes da ocorrência de prescrição quinquenal em ambos os casos − o que só se daria, respectivamente, em 22/5 e 24/5/2011.

QUESTÕES MERITÓRIAS

26. Ocupa-se neste subcapítulo dos argumentos de mérito aduzidos.

27. Pedido (peça 80, p. 16): Com esteio nas razões recursais meritórias substanciadas e examinadas adiante por seções, pede-se à Corte reformar a decisão combatida no sentido de dar provimento ao Recurso de Reconsideração interposto contra o Acórdão 1.683/2009 – Plenário (peça 16, p. 21-25) e dar quitação à empresa.

28. Primeira questão

28.1 Argumento (peça 80, p. 3-4): Diz-se que houve a contradição a seguir descrita na decisão embargada.

28.2 Mediante o Acórdão 1.683/2009 − Plenário se teria aplicado multa à Embargante; mediante o subitem 9.1.2 da mesma decisão também se teria ela condenado "à devolução de todos os recursos que recebeu da Municipalidade".

28.3 Consta do item 12 (peça 22, p. 46) do trecho de instrução transcrito no item 2 do relatório da decisão recorrida:

> 12. Registre-se que, em relação aos recursos admitidos, suspendem-se os efeitos dos item 9.1.1, 9.2.4 e 93 (anexo 2); 9.1.1, 9.12, 9.1.3, 9.1.4, 9.1.5 e 9.3 (Anexo 3}; (...)"

28.4 De outro lado, constaria dos subitens 2.2 e 2.3 da fundamentação da decisão (peça 23, p. 4-5) tão somente a ora Embargante "foi condenada ao pagamento de pena de multa, além de sofrer a penalidade da declaração de inidoneidade", de modo que não houve ali referência à condenação à devolução dos recursos recebidos, objeto do Acórdão 1.683/2009 − Plenário.

28.5 Por fim, mediante o subitem 9.1 da decisão embargada o Tribunal deliberou

> Conhecer dos presentes Recursos de Reconsideração, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei n° 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, **mantendo- se, em consequência, o Acórdão n° 1.683/2009 - TCU -**Plenário, em seus exatos termos; (...)"

28.6 Diante disso, não estaria claro na decisão embargada se a condenação à devolução dos recursos recebidos pela empresa objeto do Acórdão 1.683/2009 teria sido "mantida ou excluída da pena imposta à empresa, em nada ajudando no deslinde dos fatos o termo 'suspensão dos efeitos' utilizado no item 12 da instrução recursal e acima referido".

28.7 A Corte não teria afirmado de modo categórico "se em função dos recursos manejados, a pena inicialmente imposta no Acórdão 1.683/2009 (devolução dos recursos recebidos pela Empresa Embargante) foi definitivamente afastada da condenação, subsistindo apenas, o que se espera não aconteça, a multa e a pena de proibição de licitar".

28.8 Exame: A Embargante não tem razão.

28.9 De fato, não constou do item 2 da fundamentação da decisão embargada (v. peça 16, p. 4), alusão às condenações a ressarcir o Erário também objeto do subitem 9.1 do Acórdão 1.683/2009 − Plenário.

28.10 Contudo, tal não faz contraditória a decisão. Primeiro, porque a falha se deu em parte da fundamentação consistente em breve narrativa dos fatos, a saber a integrada por seus itens 2 a 3.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

Dá-se início à exposição do entendimento propriamente dito fundador da decisão vergastada no item 4 da referida fundamentação.

28.11 Segundo, porque do item 6 da aludida fundamentação constou clara referência à não comprovação pelos Recorrentes da destinação dos recursos pecuniários ali em foco. De modo que a condenação a ressarcir o Erário constante da parte dispositiva da decisão decorre de modo lógico do afirmado fundamentação, conquanto por um lapso se tenha olvidado da referência à não comprovação da aplicação dos recursos num dos parágrafos desta de menor importância porque meramente narrativo.

28.12 Terceiro, porque a falta mencionada não resulta em conflito com outros trechos quer do relatório quer da fundamentação ou do dispositivo da decisão. Como ensina Vicente Greco Filho em sua obra *Direito Processual Civil Brasileiro* (11ª ed., 2º Volume, São Paulo: Saraiva, p. 259-260):

> Contradição é a afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão. Nesses casos, a correção da sentença, em princípio, não levaria a uma verdadeira modificação da sentença, mas apenas a um esclarecimento de seu conteúdo.

29. Segunda questão

29.1 Argumento (peça 80, p. 4-6): Diz-se que houve a contradição na decisão embargada a seguir descrita.

29.2 Cinge-se a afirmar "no item 72 do Acórdão embargado" que a ora Embargante não carreou aos autos argumentos que pudessem invalidar o Acórdão 1.683/2009 – Plenário. No mesmo sentido o item 5 da fundamentação da decisão impugnada. Noutras palavras, ao Corte teria entendido que a ora Embargante não teria logrado demonstrar que as obras foram concluídas tampouco que os recursos pecuniários recebidos para a sua execução "estavam vinculados ao Fundef".

29.3 Restaria patentemente demonstrado nos autos, quer por prova documental quer pelas fotografias juntadas ao autos do processo, que as obras objeto das licitações vencidas pela empresa "foram efetivamente realizadas e entregues à Municipalidade".

29.4 Ademais disso, o Tribunal não teria no curso do processo feito "qualquer acusação no sentido de que tal realidade não tivesse ocorrido".

29.5 De outro lado, "ao receber os recursos dos Municípios a empresa Embargante não poderia e nem deveria questionar acerca da fonte dos recursos, sendo certo que provinham do erário Municipal".

29.6 Noutras palavras, o Tribunal estaria a "exigir da empresa a chamada 'prova diabólica', ou seja, aquela impossível de ser produzida", na medida em que a Embargante teria juntado aos autos "documentos suficientes para atestar a realização dos objetos contratuais" e não poderia ela exigir da Administração Municipal "que previamente ao pagamento pelos serviços executados, demonstrasse a origem dos recursos utilizados".

29.7 Exame: O argumento não merece prosperar e nem mesmo ser examinado.

29.8 Pois não se trata, de fato, de arguição de contradição, mas antes de discussão acerca do mérito do exame das provas trazidas aos autos. Veja-se o conceito de contradição exposto no subitem 28.12 desta instrução. Embargos de Declaração não se constituem em meio de de reanálise de matéria relativa ao mérito decidido no processo, mas tão somente de instrumento de correção de eventuais omissões, contradições ou obscuridades na deliberação embargada.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

29.9 Vale referir que se enfrentou tal questão de mérito específica no exame do Recurso de Reconsideração. O Ministro Relator o fez nos itens 5 a 6 da fundamentação do Acórdão 1001/11 − Plenário, mediante o qual manifestou seu endosso ao exame da questão empreendido nos itens 49 (exame das alegações recursais aduzidas pela Construtora Ladrilho Ltda.) e 76 a 78 (exame das alegações recursais aduzidas pela empresa Construtora Plumo Ltda.) da instrução parcialmente transcrita no item 2 do relatório daquele acórdão.

30. Terceira questão

30.1 Argumento (peça 80, p. 6-9): Diz-se que houve a omissão na decisão embargada a seguir descrita:

30.2 O Tribunal não teria examinado 'praticamente nenhum dos argumentos recursais manejados pela empresa Embargante, limitando-se a asseverar que nenhuma nova prova restou carreada para os autos".

30.3 Com base "na realidade" e "na farta documentação já constante dos autos", a ora Embargante teria feito as seguintes asserções no seu instrumento de Recurso de Reconsideração sobre as quais não se manifestou o Tribunal no julgamento de que resultou o Acórdão 1.683/2009 – Plenário:

> Atendeu a um chamado da Administração Municipal, participou regularmente de processo licitatório - dentro de sua área de atuação empresarial (construção civil) - sagrando-se vencedora dos referidos certames, após o regular processo legal;
>
> Credenciou-se para os convites após apresentar toda a documentação pertinente acerca da sua regularidade jurídica, fiscal e econômica, assim como já havia feito nas concorrências que participou em outras oportunidades e sobre as quais o Tribunal, não obstante a ampla auditoria realizada, nada encontrou que pudesse macular sua atuação ou indicar procedimentos incompatíveis com a legalidade ou a moralidade administrativa;
>
> Ao contrário de outras empresas e entidades auditadas nos presentes autos e sobre as quais o Acórdão recorrido apresenta algumas provas de desvios éticos/legais, a empresa Recorrente estava e está regularmente estabelecida no mercado há vários anos e com atuação específica na construção civil, de modo que não adotou qualquer artifício ou subterfúgio ilegal para sagrar-se vencedora dos convites objurgados pela Corte;
>
> Todo o objeto das licitações que a embargante venceu foram integralmente atendidos, ou seja, todas as obras foram efetivamente realizadas, dentro dos prazos e das especificações técnicas previamente aprovadas pela Municipalidade;
>
> Todas as etapas do serviço realizado e todos os pagamentos realizados em favor da embargante tiveram a análise prévia dos responsáveis públicos pelos contratos e pela fiscalização das obras, de modo que resta inconteste nos autos, embora sem as formalidades necessárias, a existência de perfeito ateste entre a contrapartida financeira da embargante e as obras realizadas;
>
> Todas as obras contratadas foram realizadas, não tendo a empresa embargante recebido nenhum centavo a maior, em relação às contrapartidas que fazia jus em virtude do contrato administrativo entabulado;
>
> É preciso registrar ainda que Empresa embargante está há vários anos estabelecida no mercado em que atua, tendo realizado diversos contratos com o Poder Público e a iniciativa privada, sem jamais ter sido acusada, ainda que por indícios, de qualquer falha ética, ilícito ou comportamento ímprobo;
>
> Em outras palavras, além de não atentar para as realidades alhures destacadas, o Acórdão embargado, conquanto aponte meras falhas formais e/ou quiçá desorganização no âmbito da Municipalidade por ocasião da realização dos procedimentos licitatórios de que participou a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

> Embargante, não indica absolutamente nada que caracterize qualquer atividade ilegal ou fraude da parte da empresa ora recorrente.

30.4 Dito de outro modo, o Tribunal não teria esclarecido mediante o acórdão embargado, por exemplo:

> a) De que forma a empresa Embargante teria fraudado ou concorrido para a fraude no âmbito dos convites que participou, principalmente quando se observa que a confusão de datas em que se apega à Corte não indica, por si só, que ela tenha concorrido para os fatos irregulares em apuração?
>
> b) Em outras palavras, quais as condutas (de seus representantes) ou atividades da empresa realizadas antes, durante e após os respectivos procedimentos licitatórios que teriam dado azo às supostas irregularidades (fraudes em licitação)?
>
> c) De que forma a empresa Embargante ou seus dirigentes concorreram para as fraudes?
>
> d) Quais os prejuízos que a embargante impôs à Municipalidade ou ao Poder Público Federal;
>
> e) Houve desvio de recursos públicos pela Embargante? A Embargante não realizou os objetos da contratação, as obras não foram concluídas?
>
> f) Enfim, quais as efetivas irregularidades e/ou imoralidades, o que se admite apenas para argumentar, que teriam sido perpetradas pela Empresa Recorrente?

30.5 Afirmou que nenhum dos Acórdãos recorridos/embargados traz qualquer prova ou mesmo indício mediante os quais se possa identificar "quais ações e/ou atividades (...) teriam sido perpetradas pela empresa Embargante ou seus representantes legais, com vistas a fraudar, em suposto conluio com determinados servidores púbicos, os convites que venceu".

30.6 As "eventuais falhas formais existentes nos procedimentos licitatórios e/ou a ausência de recebimento formal das obras, quando fisicamente foram atestadas suas conclusões", não serviriam de esteio para a condenação das ora Embargantes.

30.7 As irregularidades imputadas às Embargantes, se admitidas existentes apenas para argumentar, decorreriam "exclusivamente das falhas, ações e omissões dos agentes públicos que participaram diretamente dos procedimentos". As Embargantes seriam respeitadas "no mercado" e teriam participado de boa fé dos certames, sem dar causa a prejuízo ao Erário.

30.8 Não haveria "elemento de investigação" de que resultasse "a comprovação de que a empresa Embargante tenha dado azo, por ação ou omissão, participação ou coautoria nas supostas fraudes ditas existentes nos processos licitatórios".

30.9 Conquanto eventualmente falhas tenham ocorrido, cumpriria analisar a contratação das Embargantes e os pagamentos efetuados "na perspectiva da completa e absoluta AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS OU DANOS para o erário", dado que teriam sido concluídas as obras contratadas.

30.10 Exame: O argumento não merece prosperar e nem mesmo ser examinado.

30.11 Pois não se trata, de fato, de arguição de omissão na decisão vergastada, mas antes de rediscussão do mérito do exame das provas trazidas aos autos.

30.12 Como ensina Vicente Greco Filho em sua obra *Direito Processual Civil Brasileiro* (11ª ed., 2º Volume, São Paulo: Saraiva, p. 259-260), em trecho seguinte ao exposto no subitem 28.12 desta instrução,

> No caso de omissão, de fato, a sentença é complementar, passando a resolver **questão não resolvida**, ganhando substância, portanto. As questões que devem ser resolvidas pelo juiz são todas as relevantes postas pelas partes para a solução do litígio, bem como as questões de ordem

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

> pública que o juiz deve resolver de ofício, como, por exemplo, a coisa julgada. Nesse caso, os embargos podem ter efeito modificativo'. (grifou-se)

30.13 Aplica-se também aqui o exposto no subitem 29.9 desta instrução.

31. Quarta questão

31.1 Argumento (peça 80, p. 9): Diz-se que houve a omissão na decisão embargada a seguir descrita. O Tribunal não teria enfrentado nenhum dos argumentos recursais mediante os quais de intentou afastar a aplicação de multa imposta e a declaração de inidoneidade das Embargantes.

31.2 A declaração de inidoneidade somente seria possível se comprovado cometimento de ilícito ou infração administrativa e tal não seria cabível porque não teria havido comprovação de prática de ato ilegal ou de infração por parte das Embargantes.

31.3 Exame: Não assiste razão às Embargantes.

31.4 Consta do item 4 da fundamentação da decisão embargada manifestação do Ministro Relator do Recurso de Reconsideração aludido. O Ministro Relator endossou por meio dela exame empreendido no âmbito da Secretaria de Recursos dos argumentos aduzidos mediante aquele instrumento de impugnação pelas pessoas físicas e jurídicas então recorrentes (peça 23, p. 4).

31.5 No item 2 do relatório da decisão embargada se reproduziu parte do exame referido. No respeitante à Embargante Construtora Plumo Ltda., consta do item 72 da instrução em que se exarou o dito exame (peça 76, p. 8-18) o seguinte trecho em que nota o entendimento de que os argumentos aduzidos no Recurso de Reconsideração não se prestam para elidir a imputação de prática de fraude, conduta embasadora de aplicação de multa:

> 72. Os argumentos carreados pela Construtora Plumo Ltda. não são capazes de alterar as condenações impostas à recorrente, porquanto não descaracterizam as fraudes ocorridas nas licitações, nem comprovam que as supostas realizações dos serviços foram custeadas pelos recursos do Fundef em análise.

31.6 Consta do item 80 do mesmo exame o seguinte trecho: "a declaração de inidoneidade da licitante, ora recorrente, é regular, haja vista a ocorrência de fraude à licitação, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992".

31.7 Nos itens 9 a 11 da mesma instrução se expõem as razões por que cabe imputar a prática da mesma fraude à Construtura Ladrilho Ltda.

32. Quinta questão

32.1 Argumento (peça 80, p. 9-12): Diz-se ao proferir a decisão embargada a Corte não teria observado o princípio da proporcionalidade e não teria examinado "quaisquer dos argumentos relativos à desproporcionalidade e abusividade da pena de multa aplicada à Empresa".

32.2 As punições pela eventual prática de ilícitos haveriam que ser 'ponderadas e graduadas à luz da legislação vigente".

32.3 O art. 87 da Lei 8.666/1993 estabeleceria a possibilidade de aplicação de quatro "sanções administrativas ao Contratado" e embora "não tenha o legislador delimitado a esfera de incidência de cada uma" delas, seria certo que "não está a [sua] eleição aberta ao bel prazer da Administração".

32.4 Haveria uma "gradação dentre as taxativas modalidades" e a declaração de inidoneidade se constituiria na mais severa dessas sanções.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

32.5 Todo ato discricionário haveria que "obedecer aos limites impostos pelos artigos 37 caput da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/1999, em especial ao princípio da proporcionalidade". Ter-se-ia, no caso, "flagrante desproporcionalidade entre a penalidade aplicada (...) e os fatos que dão suporte a tal decisão".

32.6 No julgamento combatido o Tribunal não teria feito "qualquer juízo de ponderação entre os fatos e as penas possíveis de aplicação", pelo que a declaração de inidoneidade não consistiria em apenação adequada tampouco razoável.

32.7 Caberia elidir a punição aplicada ante a "ausência de indicação de parâmetros proporcionais e de qualquer juízo acerca das supostas irregularidades em que teria incorrido a Empresa".

32.9 Exame: O argumento não merece prosperar.

32.10 No item 2 do relatório da decisão embargada se reproduziu parte do exame mencionado no subitem 31.4 desta instrução. No respeitante à Embargante Construtora Plumo Ltda., consta dos iten 69 e 70 da instrução em que se exarou o dito exame (peça 76, p. 8-18) os seguintes trechos:

> Recorrente:
> Construtora Plumo Ltda. (anexo 11).
> Síntese dos argumentos
> 69. A empresa recorrente alega que (...)
> (...)
> 70. **Alega**, ainda, **que**:
> (...)
>
> e) a declaração de inidoneidade e a aplicação de multa à empresa somente seria possível com a comprovação do cometimento de algum ilícito ou infração administrativa, o que não ocorreu no caso sob exame. Acrescenta, ainda, que **a deliberação teria se afastado do princípio da proporcionalidade**, uma vez que foi aplicada a pena mais severa do art. 87, da Lei 8.666/93, sem qualquer critério. (grifou-se)

32.11 A alegação foi objeto de exame do Tribunal. Pois também a ela se aplica o exposto nos subitens 31.5 a 31.7 desta instrução. O julgamento no sentido de que se praticou fraude a licitação, conduta grave até mesmo tipificada como crime na Lei 8.666, de 21/6/1993, embasa a declaração de inidoneidade. Não há que falar, por corolário, de inobservância ao princípio da proporcionalidade.

33. Sexta questão

33.1 Razão de ordem: Cuida-se neste ponto do primeiro dos dois parágrafos contido apenas no instrumento de recurso formulado pela empresa Construtora Plumo Ltda. (v. item 19 desta instrução), a saber o quinto exarado na página 7 da peça 81.

33.2 Argumento (peça 81, p. 7): Reproduz-se, para evitar dúvida quanto à sua identificação, o parágrafo apontado no subitem precedente:

> Registre-se, ademais, que durante a instrução, a Recorrente foi uma das poucas implicadas a atender a intimação dessa Corte de Contas Federal para apresentar razões de justificativa acerca dos achados do Tribunal, o que demonstra que, ciente da inexistência da prática de qualquer ato ilícito eventualmente perpetrado por terceiro, nada tinha a temer que pudesse abalar sua disposição de esclarecer a verdade real.

33.3 Exame: O argumento não merece acolhida.

33.4 Pois não se trata, de fato, de arguição de omissão. Veja-se o conceito de omissão exposto no subitem 31.12 desta instrução.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.

34. Sétima questão

34.1 Razão de ordem: Cuida-se segundo dos dois parágrafos contido apenas no instrumento de recurso formulado pela empresa Construtora Plumo Ltda. (v. item 19 desta instrução), a saber o quarto da página 9 da peça 81.

34.2 Argumento (peça 81, p. 9): Reproduz-se, para evitar dúvida quanto à sua identificação, o parágrafo apontado no subitem precedente:

> Veja-se que após participar e vencer os citados convites, a empresa embargante participou, regularmente, no ano de 2000, no mesmo Município de Pedreira (MA), do convite 003/2000 (...), logrando apresentar o menor preço na licitação para a ampliação e reforma do grupo escolar Clodomir Cardoso e Manoel Romeno II, nos povoados de Angical I e Pau Dorso. Esta licitação, assim como as demais, também foi objeto de auditoria da Corte, não se encontrando qualquer irregularidade nos procedimentos adotados pela Empresa Embargante que, como afirmado, pauta-se pela legalidade e pela ética profissional.

34.3 Exame: O argumento não merece acolhida.

34.4 Pois não se trata, de fato, de arguição de omissão. Veja-se o conceito de omissão exposto no subitem 31.12 desta instrução.

CONCLUSÃO

35. Os Recorrentes não lograram fazer ver as sustentadas omissões e contradições na decisão embargada em razão das quais se justificaria a sua reforma.

36. Proposta: Do exposto, alvitra-se:

a) não conhecer dos Embargos de Declaração interpostos por Papelaria Araújo Ltda. e Herbert Dantas de Melo contra o Acórdão 1001/2011 – Plenário, com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992, nos termos da proposta já consignada por esta Unidade Técnica nas peças 113, 115 e 118;

b) conhecer dos Embargos de Declaração interpostos interpostos por L. M. Tavares Comércio Mercantil Magno, Construtora Ladrilho Ltda., Construtora Plumo Ltda. e Eletroforte, esta na pessoa de seu representante legal Pedro Matos M. Neto (peça 82), contra o Acórdão 1001/2011 – Plenário, com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443, de 16/7/1992, para, no mérito, rejeitá-los e manter inalterado o Acórdão impugnado;

c) notificar da decisão sobrevinda os Embargantes e demais interessados.

À consideração superior para posterior envio ao Ministério Público junto ao TCU, consoante determinado no despacho do Relator (peça 120).

TCU, Secretaria de Recursos, 1ª Diretoria, em 26 de junho de 2013.

[assinado eletronicamente]
FÁBIO LUIZ DOURADO BARRETO
Auditor Federal de Controle Externo – Matr. 3510-6

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50218238.