

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

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

Natureza: Embargos de Declaração (em Embargos de Declaração)

Embargante: José Ribamar Tavares, ex-chefe do 15º DRF/DNER

Unidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º

Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) – extinto

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TCE. OBRAS DE RESTAURAÇÃO DA BR-222/MA. SUPERFATURAMENTO APURADO EM DECORRÊNCIA DA ADOÇÃO DE PREÇOS EM DESCONFORMIDADE COM O SICRO. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES, CONTRADIÇÕES, OMISSÕES OU OBSCURIDADES. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AO EMBARGANTE.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por José Ribamar Tavares ao Acórdão 3.449/2014 – Plenário, que apreciou outros embargos, estes manejados pela Construtora Sucesso S.A. contra o Acórdão 1.464/2013 – Plenário.

2. Originalmente, o presente processo examinou tomada de contas especial, julgada pelo Acórdão 1.464/2013 – Plenário, ocasião em que se condenou o embargante, solidariamente com outros ex-empregados do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e com a empresa contratada, ao pagamento de débito e multa em decorrência de superfaturamento no Contrato PG-78/1996, celebrado emergencialmente para a execução de obras de restauração na BR-222/MA.

3. A deliberação ora recorrida, que examinou os primeiros embargos contra a decisão condenatória, foi exarada com o seguinte teor:

*“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, e ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1 conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los, em face da ausência de omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas;*

*9.2 dar ciência desta decisão à embargante.”*

4. Inconformado com esse desfecho, José Ribamar Tavares pretende ver reformado o acórdão em tela, arguindo, em preliminar, sua nulidade e alegando, no mérito, a existência de obscuridade e contradição, como se depreende da leitura do seguinte excerto, extraído de sua peça recursal e aqui reproduzido com pequenos ajustes de forma:

*“C) DA NULIDADE DO PROCESSO – DA SOLIDARIEDADE*

*Existe entre o embargante e os primeiros declaratórios o fenômeno da solidariedade. A obrigação estabelecida pelo acórdão primeiramente embargado estabeleceu uma obrigação indivisível entre as partes deste processo. O Direito Civil e o Processual Civil tratam a solidariedade de maneira que os interesses das várias partes solidariamente obrigadas sejam tratados de maneira uniforme.*

*Isto está a significar que, quando os interesses das partes de um processo se mostrarem indivisos e a decisão judicial ou administrativa puder ser cumprida por quaisquer das partes indistintamente, caso dos autos (pois a devolução do dinheiro poderá ser exigida indistintamente,*

tanto do embargante, quanto da empresa), todos devem ser intimados para os respectivos atos do processo.

Infelizmente, o embargante não foi intimado para falar sobre os primeiros declaratórios. Portanto, o acórdão primeiramente embargado há de ser anulado por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. É curial que, sendo parte solidária neste processo, quer dizer, na obrigação civil de devolução do dinheiro conjuntamente com as demais partes, tenha o embargante que ser devidamente ouvido em todos os termos processuais.

Como isto não foi feito, requer, preliminarmente, por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, a anulação deste processo para que, contemporaneamente aos fatos alegados nos primeiros declaratórios, possa o embargante falar em prol de sua defesa e da correta extensão da decisão judicial sobre o presente processo.

#### D) DA NULIDADE DO PROCESSO - DA FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA UNIDADE TÉCNICA

Constam dos itens 6 e 7 do duto acórdão que o Ministério Público junto a esse Tribunal de Contas (MP/TCU) e a unidade técnica, respectivamente, não foram ouvidos. Malgrado saber perfeitamente o embargante que, para o julgamento, as manifestações de um e outro órgão não seriam obrigatórias, no presente caso, o correto mesmo, **data venia**, seria ouvi-los.

O MP/TCU é fiscal da lei e, portanto, a ele interessa, não pedir a condenação do gestor em todos os casos e processos, mas sim, pedir a condenação quando for caso de condenação e a absolvição quando for este o caso. Enganam-se, **data venia**, os que pensam que Ministério Público só serve para condenar. Como instituição livre de qualquer interferência, o Ministério Público representa o genuíno interesse da sociedade de somente punir aquele que mereça ser punido. Seria, realmente, impensável a sociedade pretender a condenação das pessoas simplesmente por condenar.

O embargante entende que a voz ministerial não poderia ser aqui calada, sobretudo, quando envolve questão que, como veremos, é de natureza processual. Naturalmente, não está dizendo o embargante que esse Tribunal não possa pronunciar-se sobre questões processuais. Contudo, é indisfarçável que, qualquer manifestação processual desse Tribunal haveria de ser reforçada (porque sua opinião seria desfavorável à repercussão) ou dinamitada (porque sua opinião teria sido favorável à repercussão da decisão judicial nestes autos) pela manifestação prévia do MP/TCU.

É certo que, opinando favorável ou desfavoravelmente ao ora embargante, esse Tribunal teria a prerrogativa e a liberdade político-jurídica de decidir do jeito que decidiu. Contudo, uma opinião favorável ao embargante do MP/TCU militar indiscutivelmente a seu favor, seja aqui mesmo, seja em eventual ação judicial e, disso, o embargante não pode abrir mão, **data venia**.

Como se não bastasse tudo isto, o MP, ainda que referenciado aos Tribunais de Contas, em âmbito federal, é uma só instituição [monolítica]. Portanto, se participou da AI [Ação de Improbidade] no âmbito do TRF-1, nada mais natural seria ouvir essa instituição aqui também.

A unidade técnica, por sua vez, haveria de ser ouvida simplesmente porque é ela que está mais perto dos fatos. Estes se deram no Estado do Maranhão na época das chuvas que, todo ano, o assolam. Perguntas interessantíssimas poderiam ou haveriam de ser respondidas. Por exemplo:

1) seria ou não verdade que, todos os anos, quase na mesma época - podem haver diferenças em face da 'esquizofrenia' que o tempo está apresentando em épocas atuais de 'aquecimento global' -, as estradas da Baixada Maranhense, dentre as quais a estrada objeto destes autos, são cobertas e, muitas vezes, partidas pelas forças das águas?

2) seria ou não verdade que, em razão do dito no número '1' acima, todos os anos são realizados serviços de recuperação no corpo estradal, na grande maioria das vezes, por meio de emergências e, portanto, por dispensas de licitação, rigorosamente como foi feito no caso destes autos?

3) seria ou não verdade que, em razão do dito nos números '1' e '2' acima, as empresas contratadas hão de pegar os materiais necessários (areia, brita e etc.), muitas das vezes, fora do Estado do Maranhão, encarecendo os custos?

4) seria ou não verdade que, em razão do dito nos números '1' a '3' acima, os custos que foram considerados o foram dentro dos parâmetros aprovados pelo então Manual de Preços do também e então DNER, eis que o não menos então Sicro estava em fase de implantação operacional, razão pela qual não seria completamente obrigatório na época dos fatos objeto deste processo?

5) seria ou não verdade que o dito nos números '1' a '4' acima foi também discutido na AI julgada no âmbito do TRF-1?

6) finalmente, para ficar apenas nestas indagações, seria ou não verdade que o dito nos números '1' a '5' acima não foi devidamente analisada, seja pela Secob, seja pela própria Secex/MA, [bem como] as implicações do julgamento da AI no âmbito deste processo?

É indubitável que, não tendo sido estas, e muitas outras, indagações respondidas pela unidade técnica, a sua prévia manifestação acerca da correta e devida extensão do julgamento judicial sobre este processo seria imprescindível, até porque, por estar mais bem perto dos fatos, haveria a unidade técnica de sopesar corretamente os devidos influxos judiciais sobre este processo (administrativo) de contas.

Preliminarmente, pois, requer o embargante, por contradição aos fatos da causa, a anulação do acórdão para que outro seja proferido somente após a manifestação do MP/TCU e da unidade técnica.

#### **E) DA NULIDADE DO PROCESSO - DO DESRESPEITO À NATUREZA COMPLEXA DO ATO DE DISPENSA DA LICITAÇÃO**

O ato de dispensa de licitação foi praticado pelo embargante nos idos de 1990. Entretanto, até hoje, continua sendo ato administrativo complexo - no relato fático, o embargante já chamava a atenção para este tópico. O que seja um ato administrativo complexo, esse Tribunal já é sabedor, o que dispensa comentários mais aprofundados a respeito.

Por ser complexo, o ato depende da necessária e indiscutível concorrência da integração de vontades de vários servidores. Começa com a autoridade que está, digamos, 'na ponta' (no caso, a 'ponta' estava ocupada pelo embargante), passa por autoridades superiores para ratificação (no caso, diretor-geral e procuradoria do então DNER) e retoma à autoridade da 'ponta' (ao embargante).

No caso concreto destes autos, todo esse procedimento complexo foi rigorosamente seguido e nada há nestes autos, juntados pela Secob, pela unidade técnica ou mesmo pelo MP/TCU, que contradiga isto: o embargante decretou a emergência em face de fatos que, até hoje, não foram contraditados; depois, o diretor-geral ratificou todos os atos, após prévia análise da legalidade, juridicidade e economicidade - prestemos bastante atenção sobre esta palavra - do ato pela procuradoria do então DNER e, finalmente, pôde o embargante continuar na execução do contrato, sob os auspícios da diretoria-geral e da procuradoria do então DNER.

Contudo, apesar de vários e inúmeros servidores terem participado da complexidade do processo de dispensa de licitação, somente o embargante, pelo menos do lado da Administração Pública, é que está respondendo pelo 'dano' apontado pela Secob.

Exsurge, daí, certa obscuridade que há de ser resolvida, sim, por meio destes segundos declaratórios: se vários servidores participaram do ato complexo da dispensa, por que somente o embargante estaria respondendo pelo 'dano' apontado pela Secob? O correto não seria pedir a audiência de todos os que participaram?

Do jeito que as coisas foram postas neste processo e, em especial, pelo acórdão ora [impugnado], é como se somente o embargante fizesse parte ou compusesse o então DNER: é como se o embargante estivesse na 'ponta' decretando a emergência, em Brasília dando o parecer na procuradoria e, após, na diretoria-geral ratificando a emergência e, após tudo isto feito em Brasília, retornasse a São Luis do Maranhão, na sede do então DRF/DNER, para continuar com os trabalhos

...

Sinceramente falando, Excelência, sabemos que as coisas não são desse jeito. Se houve várias pessoas e/ou servidores que participaram do ato complexo da dispensa de licitação, estes têm que ser

*trazidos a lume, à claridade, sob pena de crassa obscuridade: afinal, se vários servidores participaram do 'dano' - o embargante está colocando entre aspas o termo porque, como veremos mais adiante, dano (sem as aspas) nenhum houve - apontado pela Secob, por que somente o embargante figura como responsável?*

*Preliminarmente, pois, requer o embargante, resolvendo a obscuridade, que o processo seja anulado para que todos os servidores que participaram do ato complexo da dispensa objeto destes autos venham e falem sobre o 'dano!' apontado pela Secob.*

*Passados tais pontos iniciais, vejamos as demais obscuridades e/ou contradições do acórdão.*

#### *DO MÉRITO*

*Ao contrário, Excelência, do que possa parecer, a questão meritória é simples. Na verdade, é bem mais simples do que as preliminares, pelo que não será necessário que o embargante se alongue por demais sobre os fatos da causa.*

*O que o embargante pediria, para tanto, seria que afastemos de nossos espíritos qualquer balda que eventualmente possa ter o embargante por ter sido - orgulhosamente, aliás e **data venia** - servidor do então DNER, como se disse acima.*

*Inicialmente, não é demais lembrar que esse Tribunal já assentou, pública e notoriamente, ser totalmente possível a aplicação do Código de Processo Civil aos processos de contas. Nada mais natural, pois, se estamos em sede de processo, há de aplicarmos as normas da processualística insertas precisamente no respectivo Código de Processo.*

*Ao depois, seria curial observar que o processo de contas, quer dizer, o processo regulado pela Lei 8.443/1992, no que respeita à tomada de contas dos administradores de dinheiros federais, é um processo administrativo, tem a natureza jurídica de processo administrativo.*

*Isto nos remete ao chamado contencioso administrativo tão bem estudado e comentado pelo saudoso Hely Lopes Meirelles. Por isso, o que o embargante dirá é de comezinho conhecimento que dispensa citações doutrinárias.*

*A regra geral é que o contencioso administrativo vale enquanto não houver decisão judicial a respeito. Em outras palavras: a Administração Pública pode decidir quaisquer questões submetidas ao seu crivo, desde que não haja decisão judicial em contrário.*

*Esse Tribunal, inclusive, é sabedor disto, haja vista que procurou dizer que os pressupostos feridos pela decisão judicial e pelo acórdão primeiramente embargado são diferentes. Isto demonstra que esse Tribunal é sabedor da regra geral de que a decisão judicial vincula a administrativa de qualquer natureza.*

*Ora, esse Tribunal, muito embora [designado] pela Constituição Federal com relativa autonomia, não foi colocado pela mesma constituição dentre os órgãos judiciários. O art. 92 da Constituição lista todos os órgãos do Poder Judiciário e, dentre estes, por mais alta que seja a sua posição, não está elencado esse Tribunal. Logo, a única conclusão a que podemos chegar é a de que as decisões oriundas desse Tribunal de Contas são decisões administrativas e, como tais, subsumem-se ao que restar decidido judicialmente. E o que restar decidido judicialmente, **data venia**, [prevalece] ainda que contrariamente ao que tiver sido acertado e decidido no âmbito desse Tribunal.*

*Pois bem: disse esse Tribunal que os pressupostos utilizados pelo TRF-1 foram diferentes daqueles considerados pela decisão primeiramente embargada. Será mesmo?*

*Eis o teor de parte da ementa do acórdão produzido pelo TRF-1:*

*(...)*

*2. Em uma obra emergencial, nem sempre o administrador público dispõe de tempo hábil para promover procedimentos antecipatórios para escolha e contratação, sem o risco de acabar contribuindo para o agravamento da situação de emergência*

*(...)*

*5. Não há nos autos prova de que o pagamento, relativo à base de pavimentação, tenha sido feito além dos serviços prestados e executados de 16,5 km, como registrado pelo perito judicial na ação cautelar (cópia doc. fl. 967).'*

*Excelência, será que, mesmo o TRF-1 tendo dito expressamente que o pagamento dos valores atinentes ao contrato de emergência objeto destes autos não tenha exorbitado além dos serviços prestados e executados, não seja uma pá de cal completa e definitiva sobre qualquer alegação de 'sobrepço' estabelecida pela Secob?*

*Será mesmo que, se estivéssemos em outros tempos menos ásperos dos que os atualmente experimentados pela humanidade - tempos nos quais o entendimento, principalmente após o estouro de casos de corrupção públicos e notórios que a todos revoltam, é aquele segundo o qual todos são culpados até prova em contrário -, o simples fato de um Tribunal chegar e dizer que não se colhe das provas dos autos judiciais, inclusive periciais, que não houve pagamento a maior daqueles efetivamente contratados não seria motivo mais do que suficiente para o arquivamento deste processo?*

*O embargante nem mesmo deseja descer à análise das provas constantes dos autos judiciais. Somente pela ementa, acaso não estivéssemos ultrapassando tempos difíceis e tenebrosos, a Secob poderia inferir que, se o processo judicial diz não ter havido pagamento para além dos serviços, é porque sobrepço nenhum pode existir?*

*O embargante pode estar completamente equivocado e, se o estiver, desde já, pede as indispensáveis vênias, mas quer parecer-lhe que a Secob tem a palavra 'DNER' - daí porque o embargante a feriu nos prolegômenos desta peça - tilintando em sua mente e coração de tal maneira que se lhe mostra impossível se aperceber, ou quiçá reconhecer, que, em face de vivermos em regime de justiça pública, o contencioso administrativo no qual está inserido o processo de contas destes autos submete-se ao quanto decidido judicialmente.*

*E submete-se ainda que eventualmente não gostemos da decisão judicial ...*

*Aliás, o correto, em face do contencioso administrativo submeter-se ao judicial, seria que este processo ficasse sobrestado até ulterior decisão judicial a respeito. O contrato administrativo é rigorosamente o mesmo e as partes idem. A continuação deste processo de contas só se deve ao fato, talvez, da ascendência constitucional desse TCU. Acaso fosse outro órgão da Administração Pública e os próprios julgadores administrativos suspenderiam o processo para aguardar a decisão judicial a respeito, condicionando a decisão administrativa ao que restar decidido judicialmente.*

*E assim é porque o Código de Processo é bastante claro quando diz que o processo ficará suspenso quando depender da resolução de outra questão, que se chama por isso mesmo de prejudicial, em outro processo (art. 265, inciso IV, alínea 'a' do CPC).*

*O fenômeno, o real fenômeno que se descortina dos presentes autos seria o da prejudicialidade. O processo judicial sobre o mesmo objeto é prejudicial ao presente e, ainda que haja diferenças formais e com excesso de preciosismo, **data venia**, tal como feito pela Secob entre os conceitos de 'superfaturamento', 'sobrepço' ou 'excesso de valor' e assim por diante, o fato é que a decisão judicial prejudicou a decisão administrativa consubstanciada no primeiro acórdão embargado, pois o TRF-1 acabou por dizer que não houve pagamento que fosse além do que estava no contrato.*

*O 'pagamento' de que fala o TRF-1 só pode se referir e ter por correta extensão qualquer 'sobrepço', 'superfaturamento' ou qualquer outra designação que a Secob, **data venia**, possa utilizar.*

*Do jeito que as coisas estão postas, o que está ocorrendo nada mais seria do que desrespeito, **data venia**, a uma decisão judicial de um dos órgãos do Poder Judiciário dentro do qual, **data venia**, esse Tribunal não se insere.*

*E, desse eventual desrespeito, é que a contradição exsurge: a) porque o contencioso administrativo exige a acomodação do processo administrativo ao judicial; b) porque, nem o MP/TCU e a unidade técnica foram ouvidas para sabermos se o termo 'pagamento' constante do acórdão judicial seria o mesmo 'pagamento com sobrepço' de que fala a Secob.*

*Nesse sentido, realmente, referida contradição há de ser, aqui, resolvida.*

**DO PEDIDO**

*Pelo exposto, requer o embargante, indene, preliminarmente, de qualquer dúvida de que estes embargos não são protelatórios, a sua total procedência, para o fim específico:*

*a) ainda preliminarmente, para anular o acórdão, seja para chamar ao processo todos os responsáveis que participaram do ato complexo da emergência, seja para oitiva do MP/TCU e da unidade técnica, seja, ainda, para que o embargante possa ser ouvido quanto aos primeiros declaratórios;*

*b) agora no mérito, para que, reconhecendo haver crassa contradição entre o acórdão ora embargado e o acórdão proferido pelo TRF-1, seja reformado totalmente o acórdão ora embargado, arquivando-se, doravante, este processo.”*

É o relatório.