

TC - 926.801/1998-8 (Processo Eletrônico-convertido)

Natureza: Embargo de Declaração de Recurso de Reconsideração (TCE convertida de Representação).

Unidades jurisdicionadas: Governo do Estado do Acre e Sétimo Comando Aéreo Regional (VII Comar).

Recorrentes: Sr. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima (CPF n. 335.923.067-15), e Sr. João Nishihira (CPF n. 435.870.548-00).

Advogados constituídos nos autos: Dr. Fernando Daniel Faria da Conceição (OAB/AC n. 2.535), procuração à Peça 60.

Decisão Recorrida: Acórdão 1.094/2012 (Peça 42-44), que alterou o Acórdão 2.898/2009 (págs. 11-34 da Peça 22), corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010 (pág. 34 da Peça 22), todos do Plenário.

Sumário: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA EM TCE. CONVÊNIO. CONSTRUÇÃO DE AERÓDROMO. SUPERFATURAMENTO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO CONHECIDOS. CORREÇÃO DO COMPRIMENTO DA PISTA E DO CONSUMO DE BRITA. PROVIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DO DÉBITO. EMBARGO DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. CIÊNCIA ÀS PARTES.

1. Quando a obscuridade, a omissão ou a contradição apontada não existe, rejeita-se o embargo de declaração, sem entrar no mérito da questão, uma vez que este não se presta à rediscussão da matéria de fundo que já foi decidida.

I. HISTÓRICO PROCESSUAL

Inicialmente, assinala-se, por questões metodológicas, que nesta instrução se fará referência às peças sempre com base nos documentos e nas respectivas numerações de páginas constantes do processo eletrônico, ante sua conversão, consoante Termo de Conversão autuado como Peça 41. Ignorar-se-á, portanto, as numerações de páginas consignadas nos então existentes volumes e peças do processo físico.

2. Examina-se, nesta fase, embargo de declaração interposto pelos Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e Sr. João Nishihira, respectivamente, ex-secretário e ex-diretor de Transportes e

Obras do Estado do Acre (Peça 61), por intermédio do qual embargam o Acórdão 1.094/2012-Plenário, prolatado na sessão de julgamento do dia 9/5/2012-Ordinária e inserto na Ata 16/2012-Plenário (Peças 42-44), que decidiu pelo provimento dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 2.898/2009 (págs. 11-34, Peça 22), corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010, ambos do Plenário (pág. 34, Peça 22).

3. A presente Tomada de Contas Especial-TCE convertida a partir de Representação formulada pela Secex-AC, por meio do Acórdão 2.699/2008-Plenário, a qual tratava de irregularidades na execução do Convênio n. 16-AC/96 e do Termo de Aditivo n. 7-AC-01/96, celebrados entre o Ministério da Aeronáutica/VII Comar e o Governo do Estado do Acre, cujo objetivo era a construção de um aeródromo no Município de Marechal Thaumaturgo-AC.

4. O Acórdão embargado, no que interessa ao deslinde da questão, deu provimento parcial aos recursos de reconsideração interpostos pelos embargantes e outros responsáveis contra o Acórdão 2.898/2009, corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010, ambos do Plenário, para alterar a redação do subitem 9.2, retificando o valor do débito imputado aos responsáveis relativo ao pagamento da 1ª medição dos serviços glosados.

5. O Acórdão inaugural, por sua vez, Acórdão 2.898/2009-Plenário, apreciou e julgou irregulares as contas dos responsáveis, dentre eles os ora embargantes, condenando-os, solidariamente com a empresa contratada, ao pagamento do débito apurado (item 9.2). Além de aplicar-lhes multas individuais no valor de R\$ 50.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992 (item 9.3).

6. Decisão prolatada em decorrência de indícios de superfaturamento no pagamento das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª medições, aferido depois do Relatório Técnico de Vistoria elaborado pelo 7º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército (7º BEC).

7. Após recorrer da decisão inaugural e vendo seus apelos desprovidos por esta Corte, os Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira, por entenderem que há pontos contraditórios e omissos no Acórdão 1.094/2012-Plenário, interpuseram o presente embargo de declaração, que se fundamenta nos fatos que, adiante, passar-se-á a relatar.

II - DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Esta Corte de Contas, em entendimento recente, deixou assente que o juízo de admissibilidade de embargos de declaração exclui o exame, ainda que superficial, da existência de obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida, cuja verificação deve ser feita quando da análise do mérito. Nesse sentido, os Acórdãos n. 855/2003, da 2ª Câmara, n. 637/2005 e 2.182/2006, ambos do Plenário, e n. 3.541/2006, da 1ª Câmara.

9. Para o embargo de declaração inserido na Peça 61, o Ministro-Relator do Acórdão 1.094/2012-Plenário, Exmo. Sr. José Múcio Monteiro, proferiu Despacho se pronunciando por seu conhecimento, suspendendo os efeitos do item 9.1 do julgado embargado, posicionamento ao qual se perfilha, nos termos do art. 34, § 2º, da Lei 8.443/1992 e no art. 287, § 3º, do RITCU. Assim como, determinou que a SERUR se manifestasse conclusivamente quanto ao seu mérito, Peça 63.

III – DA ANÁLISE DE MÉRITO

III.1 – Da contradição no Acórdão 1.094/2012-TCU-Plenário.

III.1.1 – Razões recursais (págs. 7-8 da Peça 61).

10. Entendem que há contradição em relação à afirmação de inexistência de laudo pericial judicial nos autos (págs. 32-33, Peça 39), entre a primeira instrução da Serur (parágrafo 55, pág. 7 da Peça 44) e a instrução da Secob (parágrafo 35, pág. 16 da Peça 44), ambas constantes do Relatório do Acórdão em epígrafe.

11. Clamam pela correção da referida “contradição de forma que a mesma não prejudique os embargantes”.

III.1.2 – Análise

12. Como será demonstrado a seguir não se vislumbra qualquer contradição no Acórdão embargado, Acórdão 1.094/2012-Plenário.

13. Verifica-se, inicialmente, que apesar das posições discordantes adotadas no primeiro relatório da Serur e daquela assumida pela Secob, não se verifica a suposta contradição, e sim posições complementares. Observa-se que apesar da afirmação equivocada constante da primeira instrução da Serur de que não fora colacionado o referido laudo pericial, a análise da Secob tratou de forma exaustiva os efeitos da parte do laudo pericial judicial apresentado pelos recorrentes, naquele momento processual.

14. Análise que, inclusive, serviu de fundamento para a redução do débito originalmente imputado aos recorrentes e que foi acompanhada pela Serur, em um segundo momento (págs. 26-30 da Peça 44). Encaminhamento processual plenamente demonstrado no Relatório do Acórdão embargado, de forma translúcida, sendo desnecessário, nesse ponto torná-lo mais claro.

15. Frise-se, novamente, que a parte do laudo pericial apresentada foi aproveitada em favor das defesas. Logo, não há que se falar em qualquer prejuízo aos embargantes. Assevera-se que o Acórdão, o Relatório, e o Voto do *Decisum*, guardam perfeita consonância e harmonia com a análise e os fundamentos neles expostos pelo Exmo. Ministro Relator José Múcio Monteiro.

16. Logo, os fundamentos para a tomada da decisão em questão foram satisfatoriamente evidenciados e apreciados tanto no Relatório, quanto no Voto que acompanham o referido Acórdão embargado, não havendo, pois, qualquer contradição na decisão embargada.

III.2 – Da omissão no Acórdão 1.094/2012–TCU-Plenário.

III.2.1 – Razões recursais (págs. 3-6 e 9-18 da Peça 61).

17. Obtemperam que houve omissão na decisão embargada, ao não ser analisada a Certidão emitida pela 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre (págs. 36-37, Peça 39), emitida no âmbito da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (Autos n. 1998.30.00.000661-4), a qual “contém o resumo das questões julgadas”.

18. Fazem referência ao art. 474 do Código de Processo Civil para afirmar que a mencionada ação judicial está coberta pela *res judicata*, “não cabendo, pois, a rediscussão do tema”.

19. Alegam que apesar de ter sido ressaltado o “privilégio ao princípio da verdade material” e ter havido manifestação quanto ao conhecimento do teor da decisão, se ignorou, no entender da defesa, o pronunciamento judicial.

20. Afirmam que em 12/12/2011 a referida Ação já havia transitado em julgado para todos os envolvidos, o que teria ocorrido antes da segunda instrução realizada pela Serur. Fato que não foi apreciado naquela oportunidade.

21. Colacionam decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, nas quais, segundo a defesa, predominam o “entendimento jurisprudencial acerca da oponibilidade da Coisa Julgada aos processos junto ao Tribunal de Contas da União”.

22. Solicita que sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração.

III.2.2 – Análise

23. Nota-se que a análise da alegação quanto aos reflexos da sentença proferida no âmbito da Justiça Federal em sede de Ação Civil Pública, Processo n. 1998.30.00.000661-4, consta do Relatório que acompanha o Acórdão embargado (parágrafos 52-58 e 81-83 às págs. 6-7 e 10-11 da Peça 44). Naquela oportunidade, ao afastar esta alegação restou assente que:

53. No âmbito da responsabilidade do agente público, há relativa independência entre as instâncias penal, cível e administrativa. Contudo, verificada sentença absolutória no âmbito penal em decorrência de negativa de autoria ou inexistência dos fatos, essa sentença repercute tanto no âmbito administrativo, quanto na esfera cível.

24. Pode-se esclarecer aos embargantes, uma vez mais, apenas para elucidar de forma didática o que fora analisado no Acórdão embargado, que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa.

25. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a “responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

26. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal - STF, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

27. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei 8.112/1990, segundo o qual a “responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria” (grifos acrescidos). Também é encontrado na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positividade do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

28. O Plenário do STF já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar TCE, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser

aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias. (grifos acrescidos)

29. O voto condutor do Acórdão 2/2003 – TCU - 2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

30. Portanto, conforme remansosa jurisprudência do STF “a decisão na esfera penal só tem repercussão na instância administrativa quando aquela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria” (MS 21.321-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ em 18/09/1992, p. 15.408)

31. Destarte, a rejeição da petição do Ministério Público Federal-MPF em Ação Civil Pública em relação ao Sr. Esperidião Fecury Ferreira de Lima (conforme Certidão à pág. 37 da Peça 39) perante a Justiça Federal, não tem nenhuma influência no juízo administrativo de contas em questão, haja vista a notória diferença que existe entre a competência atribuída ao Poder Judiciário e aquela afeta aos Tribunais de Contas. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

32. Nesse sentido, a jurisprudência do STF colacionada pelos embargantes não os socorrem para alterar o entendimento exposto. Uma vez que, tratam de decisões judiciais transitadas em julgado, nas quais foram conferidas vantagens pessoais incorporadas ao patrimônio de jurisdicionado ou instituição de pensões. Temas, por certo, completamente diversos da situação em análise, qual seja a rejeição de petição do MPF em Ação Civil Pública e seus reflexos na apuração administrativa conduzida pelo TCU.

33. Por fim, insta ressaltar que não obstante o princípio da verdade material, sua observância não impõe a esta Egrégia Corte de Contas a obrigação de produzir ou de atualizar os documentos e as provas juntadas aos autos pelos recorrentes em sede recursal.



34. Logo, no que tange à busca da verdade e dos reflexos da decisão judicial cível no âmbito administrativo, irretocável a análise empreendida. Precipuamente, quando se verifica que o trânsito em julgado da Ação Civil Pública, ocorrido durante a instrução processual, em nada influência no juízo de valor a ser proferido na presente TCE.

35. De todo o exposto, não se verifica qualquer omissão no Acórdão embargado, devendo, por conseguinte, ser rejeitado o embargo de declaração oposto, uma vez que este não se presta à rediscussão da matéria de fundo que já foi decidida e rediscutida em sede recursal.

36. Assim sendo, propõe-se que esta Casa conheça e rejeite o embargo de declaração interposto pelos Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira.

IV - DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

37. Isto posto, tendo em vista as alegações e os documentos carreados pelos Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima (CPF n. 335.923.067-15), e Sr. João Nishihira (CPF n. 435.870.548-00), bem como a detida análise dos documentos que já constavam do processo, submetem-se os autos à consideração superior, propondo a esta Colenda Corte de Contas:

I - conhecer dos embargos de declaração contra o Acórdão 1.094/2012, que alterou o Acórdão 2.898/2009, corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010, todos do Plenário, com fulcro no art. 34, § 2º, da Lei 8.443/92 e nos arts. 285, § 1º e 287, § 3º, do RI/TCU, para, no mérito, rejeitá-los;

III - dar conhecimento ao embargante, aos órgãos/entidades interessados, às partes, à Procuradoria da República no Estado do Acre e ao Tribunal de Contas do Estado do Acre, da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 22/8/2012.

(Assinado eletronicamente)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7671-6