

**GRUPO I - CLASSE I - PLENÁRIO**

TC-926.801/1998-8

Natureza: Embargos de Declaração em Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Embargantes: Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira (respectivamente, ex-secretário e ex-diretor de Transportes e Obras do Estado do Acre)

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

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL CONVERTIDA DE REPRESENTAÇÃO. CONVÊNIO. CONSTRUÇÃO DE AERÓDROMO. SUPERFATURAMENTO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. CORREÇÃO DO COMPRIMENTO DA PISTA E DO CONSUMO DE BRITA. PROVIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DO DÉBITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

**RELATÓRIO**

Na ocasião, este Tribunal examina embargos de declaração opostos por Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira ao Acórdão nº 1.094/2012-Plenário, que deu provimento parcial (com a redução do débito) a recurso de reconsideração contra o Acórdão nº 2.898/2009-Plenário, que, por sua vez, julgara irregulares as contas especiais dos ex-gestores, condenando-os, solidariamente com a Construtora Etam Ltda., ao pagamento do débito verificado e aplicando, aos embargantes, multas individuais.

2. Eis o teor do Acórdão nº 1.094/2012-Plenário:

*“9.1 conhecer dos recursos de reconsideração para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;*

*9.2 alterar o subitem 9.2 do Acórdão nº 2.898/2009-Plenário, que passará a apresentar a seguinte redação:*

*‘9.2. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas ‘c’ e ‘d’, § 2º, alíneas ‘a’ e ‘b’; 19, caput; 23, inciso III, todos da Lei nº 8.443/92, e art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno do TCU, irregulares as contas dos Srs. Orleir Messias Cameli, Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira, condenando-os, solidariamente com a Construtora Etam Ltda., ao pagamento do débito expresso pelos valores abaixo discriminados, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das correspondentes datas igualmente indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação vigente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional:*

Ocorrência	Data	Valor Original do Débito (R\$)
Pagamento da 1ª medição	22/07/1997	162.555,96
Pagamento da 2ª medição	27/08/1997	338.586,61
Pagamento da 3ª medição	30/12/1997	364.383,84
Pagamento da 4ª medição	30/12/1997	4.110,11

*9.3 dar ciência desta deliberação aos recorrentes.”*

3. A seguir, reproduzo a manifestação da Serur a respeito dos embargos (peça 66):

“(…)

### 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 suposta 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 ‘privilegio 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 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 positivação do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por aquela 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 socorre 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 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. Precipualemente, quando se verifica que o trânsito em julgado da Ação Civil Pública, ocorrido durante a instrução processual, em nada influencia 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 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;*

*II - 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.”*

É o relatório.