

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

Natureza: Recurso de Revisão (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 335.923.067-15), e Sr. João Nishihira (CPF 435.870.548-00).

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

Decisão Recorrida: Acórdão 2.898/2009 (págs. 11-34 da Peça 22), corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010 (pág. 34 da Peça 22), alterado pelo Acórdão 1.094/2012 (Peças 42-44) e mantido pelo Acórdão 2.519/2012 (Peças 71-73), 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. RECURSO DE REVISÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA ÀS PARTES.

1. 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.

2. Presentes a ação comissiva ou omissiva e antijurídica do recorrente, a existência de dano quantificado nos autos, o nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada e o dolo ou culpa do agente, ora recorrente, o que independe da comprovação de ter se configurado o crime de improbidade administrativa.

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. Trata-se de recurso de revisão interposto pelos Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira, respectivamente, ex-secretário e ex-diretor de Transportes e Obras do Estado do Acre (Peças 94, 102-104), por intermédio do qual se insurgem contra o Acórdão 2.898/2009 (págs. 11-34, Peça 22), prolatado na sessão de julgamento do dia 4/12/2009-Ordinária e inserto na Ata 51/2009-Plenário, corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010, (pág. 34, Peça 22), ambos do Plenário do TCU, *in verbis*:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial originária de conversão de processo de representação formulada pela Secex-AC acerca de irregularidades nas obras de construção do Aeródromo do Município de Marechal Thaumaturgo-AC.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Orleir Messias Cameli e acolher parcialmente as alegações de defesa dos demais responsáveis;

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 empresa 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
Pagamento da 1ª medição	22/07/1997	R\$ 200.003,67
Pagamento da 2ª medição	27/08/1997	R\$ 338.586,61
Pagamento da 3ª medição	30/12/1997	R\$ 364.383,84
Pagamento da 4ª medição	30/12/1997	R\$ 4.110,11

9.3. aplicar, individualmente, aos responsáveis identificados no item 3 deste acórdão, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações para pagamento;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado do Acre e ao Tribunal de Contas do Estado do Acre

3. A presente Tomada de Contas Especial-TCE convertida a partir de Representação formulada pela Secex-AC, por meio do Acórdão 2.699/2008-TCU-Plenário, a qual tratava de irregularidades na execução do Convênio 16-AC/1996 e do Termo de Aditivo 7-AC-01/1996,

celebrados entre o Ministério da Aeronáutica/VII Comar e o Governo do Estado do Acre, cujo objeto era a construção de um aeródromo no Município de Marechal Thaumaturgo-AC.

4. O referido débito foi apurado 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).

5. A decisão original foi alterada, posteriormente, pelo Acórdão 1.094/2012-TCU-Plenário (Peças 42-44), que decidiu pelo provimento parcial dos recursos de reconsideração contra ela interpostos, 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, nos seguintes termos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se apreciam, nesta fase processual, recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão nº 2.898/2009-Plenário (corrigido pelo Acórdão nº 449/2010-Plenário).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com base no art. 33 da Lei nº 8.443/1992, ante as razões expostas pelo Relator, em:

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.

6. O julgamento do recurso foi embargado, em seguida, pelos ora recorrentes. Embargos declaratórios que foram conhecidos e rejeitados, por meio do Acórdão 2.519/2012-TCU-Plenário (Peça 73).

7. Após recorrer da decisão inaugural e vendo seus apelos desprovidos por esta Corte, os Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima e João Nishihira interpuseram o presente recurso de revisão, que se fundamenta nos fatos que, adiante, passar-se-á a relatar.

II - DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Em exame preliminar de admissibilidade, esta unidade recursal propôs o não conhecimento do recurso de revisão interposto (Peça 96), por não atender aos requisitos específicos de admissibilidade, nos termos do artigo 35 da Lei 8.443/1992, c/c artigo 288 do RI/TCU.

9. O Exmo. Relator *ad quem*, Ministro Walton Alencar Rodrigues, solicitou a oitiva do Ministério Público junto ao TCU-MPjTCU, nos termos do art. 62, inciso III, do RITCU (Peça 100), o qual emitiu Parecer (Peça 101) pelo não conhecimento do recurso de revisão, por entender que o documento não deve ser entendido como novo e a peça recursal não tem força para reformar a decisão condenatória, haja vista que: a) todos os argumentos trazidos na peça recursal sinalizam para a obrigatoriedade de vinculação da decisão do TCU à determinada decisão judicial; b) os recorrentes trouxeram tão somente a certidão do trânsito em julgado, que faz uma sintética descrição do conteúdo das decisões proferidas naqueles autos (pág. 19 da Peça 94).

10. Os recorrentes juntaram novos documentos às Peças 102-104, o que levou ao Exmo Ministro Relator *ad quem* a conhecer o recurso e a determinar sua apreciação no mérito (Peça 105).

III – DA ANÁLISE DE MÉRITO

III.1 – Do trânsito em julgado no Judiciário e a impossibilidade da condenação no âmbito do TCU.

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

11. Asseveram que Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal-MPF acerca dos mesmos fatos tratados nestes autos, tramitou na Seção Judiciária do Estado do Acre, bem como no Tribunal Regional Federal-TRF da 1ª Região, tendo sido refutados, em ambas as instâncias, os fatos alegados pelo MPF, dentre os quais os referentes ao superfaturamento nas obras do Aeródromo de Marechal Thaumaturgo.

12. Informam que a *res judicata* no âmbito do judiciário, operou *erga omnes* no dia 12/12/2012, conforme certidão recente emitida pela Seção Judiciária do Estado do Acre constante à pág. 19 da Peça 94, fato que ainda não havia ocorrido quando o recurso de reconsideração foi interposto, o que ocorreu somente após o julgamento dele, no dia 9/5/2012. Acreditam que por isso tenha sido negado provimento ao referido recurso.

13. Entendem que “o motivo que impossibilitou, à época, que fosse acatado o recurso interposto pelas partes destes autos não mais merece prevalecer, tendo em vista que o assunto aqui tratado já transitou em julgado no Judiciário de maneira favorável aos réus remanescentes”.

14. Aduzem que a coisa julgada somente pode ser desconstituída pela Ação Rescisória e colaciona decisões do Supremo Tribunal Federal-STF, nas quais predomina o entendimento jurisprudencial acerca da oponibilidade da coisa julgada aos processos junto ao TCU (MS 27.962, MS 25.460 e MS 23.665-5).

15. Requerem o afastamento do débito e das multas aplicadas.

16. Colacionam Petição Inicial do MPF (págs. 3-39 da Peça 103), Laudo Pericial (págs. 22-42 da Peça 104), Impugnação da Perícia (págs. 49-60 da Peça 104), Reapreciação dos Quesitos da Perícia (págs. 110-116 da Peça 104), Impugnação à Reapreciação dos Quesitos da Perícia (págs. 117-137 da Peça 104), Depoimento de Testemunha (págs. 146-147 da Peça 104), Sentença de 1º Grau (págs. 149-179 da Peça 104, *idem* às págs. 3-33 da Peça 102), Acórdão TRF 1ª Região (págs. 181-205 da Peça 104, *idem* às págs. 35-59 da Peça 102) e Certidão de Trânsito em Julgado (pág. 206 da Peça 104).

III.1.2 – Análise

17. Pode-se esclarecer aos recorrentes, uma vez mais, apenas para elucidar de forma didática o que fora analisado nos julgados anteriores, 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.

18. 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”.

19. 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.

20. 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 esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

21. 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)

22. 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.

23. 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).

24. Apresentados os elementos que influenciaram na formação do juízo de valor do julgamento da Ação Civil Pública e em busca da verdade material é razoável analisar os motivos ali expostos a fim de aprofundar no deslinde da questão.

25. Nesse sentido, verifica-se a sentença proferida em 1º grau rejeita a inicial apresentada pelo MPF, em relação aos recorrentes, por não haver provas ou conjunto de circunstâncias naqueles autos que apontassem, no entendimento do julgador, a participação consciente ou que pelo menos tenham obtido algum proveito ou favorecimento. No entanto, não são nestas circunstâncias subjetivas que se apoia o julgamento das contas do agente público no âmbito das TCE (pág. 30 da Peça 102).

26. Ademais, naquele julgamento cível foi reconhecida a conduta ímproba de outros responsáveis, dentre eles, o Sr. Orleir Messias Cameli, responsável solidário com os recorrentes pelo débito imputado (pág. 32 da Peça 102), e afastado o superfaturamento apontado pelo MPF naquele processo pela falta de provas colacionadas na petição inicial, e não pela inexistência do fato (pág. 23 da Peça 102).

27. A decisão do TRF-1, por sua vez, deu provimento ao recurso do Sr. Orleir Messias Cameli, à época dos fatos Governador do Estado do Acre, asseverando que “as eventuais irregularidades na execução do contrato pelos proprietários da empresa ETAM não podem ser enquadrados nestes dispositivos” (art.s 9º a 11 da Lei 8.429/1992) e acrescenta de forma categórica que “poderá o Ministério Público requerer eventual ressarcimento ao erário em ação própria. Incabível, na presente via, a alteração da sentença, em prejuízo dos apelantes, para que seja realizado novo enquadramento dos atos aos requeridos” (ênfase acrescida ao original de pág. 57 da Peça 102, idem na pág. 203 da Peça 104).

28. Cabe esclarecer que a apuração das irregularidades apontadas nesta TCE e o julgamento das contas pela irregularidade não se confundem em nenhum aspecto com eventuais atos de improbidade administrativa, os quais, se apurados, devem ser julgados na esfera competente.

29. Importa deixar claramente consignada a notória diferença que existe entre a competência atribuída ao Poder Judiciário e aquela afeta aos Tribunais de Contas, a fim de que

sejam espancados os conflitos argumentativos que por vezes citam ilícitos penais, ou fazem alusão ao crime de improbidade administrativa.

30. No caso sob exame, são absolutamente inconfundíveis as órbitas de atuação do Poder Judiciário e do TCU. Isto porque, no âmbito do Poder Judiciário, se está diante da apuração do cometimento de um ilícito previsto em lei específica, enquanto, no âmbito desta Casa, se depara com a perquirição da prática de irregularidades na prestação de contas, atividades absolutamente distintas e levadas a cabo por órgãos detentores de competências constitucionais diversas.

31. Destarte, a rejeição da petição do MPF em Ação Civil Pública e julgamento da apelação cível no TRF-1, no âmbito da 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 recorrentes 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 (MS 27.962, supressão de parcelas dos proventos, MS 25.460, exclusão de vantagem e MS 23.665-5, suspensão de pagamento de parcela). 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. Ante o exposto, em sede recursal, não foi trazido aos autos nenhum documento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 2.898/2009, corrigido, por erro material, pelo Acórdão 449/2010, alterado pelo Acórdão 1.094/2012, e mantido pelo Acórdão 2.519/2012, todos do Plenário, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.

IV - DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

34. Isto posto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo a esta Colenda Corte de Contas:

I - com fulcro no art. 48, da Lei 8.443/1992 e art. 286, do RI/TCU, conhecer do recurso de revisão interposto pelos Srs. Esperidião Fecury Pinheiro de Lima (CPF 335.923.067-15), e Sr. João Nishihira (CPF 435.870.548-00) e, no mérito, negar-lhe provimento;

II - dar conhecimento aos recorrentes, 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/Segecex/Serur/D2, em 11/12/2013.

(Assinado eletronicamente)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7671-6