

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 003.187/2004-4 [Aposos: TC 003.035/2009-3, TC 008.889/2006-6, TC 003.716/2006-1]

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração)

Órgãos/Entidades: Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Rondônia; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Superintendência Regional do Dnit nos Estados de Rondônia e Acre - DNIT/MT

Responsáveis: 5º Batalhão de Engenharia de Construção (00.394.452/0035-44); Emanuel Leite Borges (029.015.442-15); Fernando Antônio Pelúcio Falcão (119.808.693-91); Geoserv Serv. de Geotec. e Constr. Ltda (02.904.092/0001-60); Ghosn Engenharia e Construções Ltda (50.919.158/0001-38); Homero Raimundo Cambraia (171.923.316-00); Isaac Bennesby (032.263.792-91); Joaquim de Souza (119.161.091-87); Jose Humberto do Prado Silva (605.324.248-91); Miguel de Souza (098.365.274-00); Pedro Katusyoshi Nakayama (315.654.847-20); Planurb Planejamento e Construcoes Ltda (14.312.169/0001-91)

Interessados: Banco do Brasil (00.000.000/0059-08); Congresso Nacional (vinculador)

Advogados constituídos nos autos: José de Almeida Júnior (OAB/RO 1.370), Carlos Eduardo Rocha Almeida (OAB/RO 3.593), Renata A. Ribeiro Felipe (OAB/MG 97.826); Cynthia Pova de Aragão (OAB/DF 22.298); Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB/DF 27.154), Nathália Lima de Souza Duarte e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES EM TRECHO DAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA BR-429/RO. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS. ACOLHIMENTO DE ALGUMAS JUSTIFICATIVAS E AFASTAMENTO DE OUTRAS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E MULTA EM RAZÃO DE SUPERFATURAMENTO E PAGAMENTOS EM DUPLICIDADE. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia, Joaquim de Sousa e Miguel de Souza, ex-Diretores-Adjuntos e ex-Diretor-Geral do DER/RO, respectivamente, em desfavor do Acórdão 286/2015-Plenário. Por meio da referida decisão, este Colegiado deu provimento parcial aos recursos interpostos pelos, agora, embargantes para afastar o superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado. Nos demais pontos, foi negado provimento aos recursos apresentados.

2. Transcrevo a essência dos embargos opostos.

“Tratam-se os autos de Tomada de Contas Especial originária de levantamento de auditoria realizado nas obras de construção da BR-429, no Estado de Rondônia, no trecho compreendido entre Presidente Médici e São Miguel do Guaporé. O empreendimento foi objeto do Contrato 66/96/PJ/DER/RO, financiado com recursos do Convênio de Delegação PG-160/96-00, ambos já encerrados quando da auditoria realizada pelo TCU.

A TCE, instaurada por determinação do Acórdão 645/2004-Plenário, apurava, inicialmente, possíveis pagamentos por serviços não executados, relativos a terraplenagem e pavimentação, inseridos no escopo do Contrato 66/96. Não obstante, no curso das análises realizadas pela SECEX/RO foram apontadas outras irregularidades, como:

- i) Graves divergências entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial;*
- ii) Superestimativa do BDI contratado;*
- iii) Irregularidades no pagamento dos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras; e*
- iv) Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado.*

Apreciadas as alegações de defesa e as razões de justificativa oferecidas pelos responsáveis, em respostas às citações e às audiências a eles dirigidas, tanto a SECEX/RO quanto o Ministério Público junto ao TCU manifestaram-se por acolhê-las parcialmente.

Nesse sentido, o Voto da Ministra-Relatora Ana Arraes, anuindo na quase totalidade com a proposta da unidade técnica e a manifestação do MPjTCU, concluiu no mérito que caberia o julgamento pela irregularidade das contas dos recorrentes, com fundamento na alínea "c" do inciso III do art. 16. e a proposição da condenação em débito deles em solidariedade, dentro de cada esfera de responsabilidade (item 9.1), além da aplicação de multa individual aos responsáveis e à empresa contratada, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992 (item 9.2), bem como, a aplicação de multa individual a alguns dos recorrentes, com fulcro no art. 57, inciso III, da Lei 8.443/1992 (item 9.3).

Os jurisdicionados intentaram, tempestivamente, recursos de reconsideração opostos ao Acórdão nº 1791/2012 - TCU - Plenário, tendo sido conhecidos e parcialmente provido em relação à defesa do Senhor Homero Raimundo Cambraia, e em relação aos Senhores Joaquim Sousa e Miguel de Souza, conhecidos, porém no mérito, negou-se provimento, conforme consta do Acórdão nº 286/2015-TCU-Plenário, cuja ciência do Decisum aos jurisdicionados se deu em 09/04/2015, através do advogado constituído nos autos, após recepção em mãos próprias, dos Ofícios de nº 0423/0424 e 0425/2015-TCU/SECEX RO, de 27/03/2015.

Demais informes encontram-se sobejamente discorridos nos autos do Processo TC nº 003.187/2004-4.

II - ENTREMEIO - DO ACÓRDÃO RECORRIDO

ACÓRDÃO Nº 286/2015 - TCU - Plenário

I. Processo nº TC 003.187/2004-4.

(Transcrição do Acórdão embargado)

III - REFERENCIAL - DO DIREITO

Uma decisão judicial ou administrativa deve estar revestida de clareza e coerência, atributos que só podem ser alcançados quando não se verificam contradições no bojo da decisão. Exatamente por este motivo os Embargos Declaração também podem ser aviados quando da existência de contradição.

Consoante afirma Aury Lopes Jr., a contradição consiste na decisão:

‘Que contém um conflito de ideias, uma dicotomia, uma incompatibilidade entre as teses expostas ou entre as teses e o dispositivo. Contraditório aqui é empregado no sentido de ilogicidade da própria decisão, em que a fundamentação não conduz à conclusão ou a fundamentação é incompatível em si mesma’.

Por sua vez, assinala Ada Pellegrini Grinover:

‘Dá-se a contradição quando constam da decisão proposições inconciliáveis entre si. Pode haver contradição entre afirmações contidas na motivação, ou entre proposições da parte decisória. E pode ocorrer contradição entre alguma afirmação enunciada nas razões de decidir e do dispositivo’.

Segundo o doutrinador Nelson Nery Jr, ao comentar sobre o art. 535 do CPC, assim ensina: ‘13. Caráter infringenle. Extirpação de contradição. Também quando o acórdão, sentença ou decisão contiver contradição na parte dispositiva, ou entre a fundamentação e a parte dispositiva, os EDcl terão de ser, necessariamente, infringentes do julgado, pois uma das decisões expostas no dispositivo deve prevalecer sobre a outra, e quanto à contradição entre a fundamentação e a parte dispositiva, um dos dois tópicos do julgado prevalecerá sobre o outro’.

Assim, restará consignado abaixo que da leitura do dilatado acórdão se detecta a presença de contradições, merecedoras de serem sanadas.

Bem se sabe que, foram imputadas responsabilidades aos três jurisdicionados ora embargantes pelo dano ao erário cuja soma das parcelas a eles atribuídas, totalizam o montante de R\$ 669.781,82, pagos à empresa PLANURB Lida., correspondentes a custos identificados como sendo BDI já previstos (embutidos) na planilha de preços. (Relatório fl. 696). Assim, muito embora a defesa dos ora embargantes tenha apontado de modo exaustivo que à época dos fatos, as despesas tenham sido viabilizadas somente após minucioso exame por parte de controle interno da Convenente, ainda assim, essa e. Corte de Contas entendeu que os ordenadores de despesas deveriam ser considerados responsáveis solidários, juntamente com a contratada da Convenente, nessa relação processual. Um porque pagou o outro porque recebeu.

Verifica-se, portanto, que mesmo em situações de paridade esta Corte de Contas levou parte de um todo à absolvição e a parte remanescente à condenação, erigindo uma fundamentação para o caso de modo contraditório.

Por certo, o tratamento desigual entre jurisdicionados em situação semelhante por si só configura uma contradição.

Assim, insta ser sanada a contradição ora levantada, com o designio de se dar ao acórdão plena coerência entre as argumentações explanadas e a decisão final, sob pena de aplicação de TRATAMENTO DÍSPAR PARA SITUAÇÕES RECONHECIDAMENTE SEMELHANTES.

A priori, os Embargos de Declaração se prestam apenas para aclarar o feito nos pontos em que foi detectada a omissão, a contradição e/ou a obscuridade (art. 277, III do

RI/TCE-RO e em nível mais abrangente no art. 535 do CPC), portanto não será discutida a questão de mérito já ultrapassada. Não obstante, mencionado recurso possui, excepcionalmente, a capacidade de promover a alteração material do julgado, quando da sua correção, ao que a doutrina denomina de efeitos infringentes. Isso ocorre especialmente quando o saneamento dos vícios está intimamente relacionado com a revisão da questão omissa, contraditória ou obscura, acarretando, por via transversa, a modificação dos fundamentos adotados.

Os embargos de declaração têm uma natureza dúplice, ora sendo caracterizados como mero instrumento de correção, ora como um verdadeiro recurso. Em sua natureza primária, os embargos de declaração destinam-se a corrigir formalmente o pronunciamento embargado. Excepcionalmente, os embargos de declaração podem ter uma natureza jurídica de recurso, quando se destinam, além da correção formal do pronunciamento embargado, visam à alteração do julgado (caráter infringente), ou seja, alteram o próprio conteúdo do pronunciamento.

Diante da possibilidade da modificação do julgado recorrido pelos embargos de declaração opostos, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

RE 197169 ED / SP - SÃO PAULO

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 09/09/1997 - Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação; DJ 31-10-1997 PP-55558 - EMENT VOL-01889-06 PP-01057

Parte(s)

EMBTE. : UNIÃO FEDERAL

PFN - WALDEMAR CLÁUDIO DE CARVALHO

HOFFMANN PANCOSTURA MAQUINAS LTDA E OUTRO

PATRÍCIA GUIMARÃES HERNANDEZ

LEO KRAKOWTAK

MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA E OUTROS

EMENTA: Embargos declaratórios; admissibilidade e efeitos. Os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de premissa equivocada de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento.

Na mesma linha de pensamento, assim decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processo

REsp 3192/ ES

RECURSO ESPECIAL

1990/0004693-9

Relator (a)

Ministro WALDEMAR ZVEITER (1085)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

13/08/1990

Data da Publicação/Fonte

DJ 03/09/1990 p. 8844

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO.

I - doutrina e jurisprudência sufragam o entendimento de que os embargos declaratórios tenham, em certos casos, efeito modificativo, o que ocorre, verbi gratia, quando a decisão embargada e declarada contém omissão cujo suprimento impõe necessariamente a alteração do seu dispositivo.

II - quando o acórdão recorrido, para suprir a eventual omissão apontada, procede a novo decisum não ofende a dispositivos legais.

III - recurso não conhecido.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, temos:

ACÓRDÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 888.2004.006781-41001- Pleno

RELATOR: Des. João Antonio de Moura - Presidente

EMBARGANTE: O Estado da Paraíba

ADVOGADO: Sanny Ribeiro Japiassú

EMBARGADOS: João Paulo Justino e Figueiredo, Cristiano Roberto de Sousa

Soares e Ana Teresa Dela Bianca Moriconi

ADVOGADO: João Paulo Justino e Figueiredo

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Omissão. Efeitos infringentes.

Possibilidade. Acolhimento.

FAZENDA PÚBLICA. Embargos à Execução. Prazo: 30 dias. Art. 730 do

CPC modificado pela MP n. 2.180/35, cujos efeitos estão vigentes pela regra de transição do art. 2º da EC n. 32/2001.

- De regra, os embargos declaratórios não constituem recurso idôneo para mudar os fundamentos de uma decisão. Porém, quando a decisão embargada contém omissão cujo suprimento impõe necessariamente a alteração do seu entendimento, o acolhimento do recurso com efeitos infringentes não ofende a dispositivo legal.

- As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da EC n. 32/2001 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

- Acolhimento dos embargos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos: ACORDA o Egrégio Tribunal/ª Justiça do Estado da Paraíba, em Sessão Plenária, por unanimidade, acol os embargos para anular, de ofício, o procedimento executório.

PB, 24/05/2005

Enquanto na esfera judicial os embargos de declaração são recepcionados com lastro no CPC, em matéria de área não penal, na esfera administrativa, como em Tribunal de Contas, os embargos de declaração, mesmo aqueles impregnados de efeitos modificativos sobre decisões prolatadas pelos colegiados competentes, muitos são recepcionados por tempestivos, e por vezes, atingem o objetivo pelos quais são interpostos. Vejamos seleção a seguir, extraída de julgados dessa Corte de Contas:

Acórdão:

AC-0291-06/15-P

Data da Sessão:

25/02/2015

Relator:

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Colegiado:

Plenário

Área:

PROCESSUAL

Tema:

Embargos de declaração

Subtema:

Omissão, contradição ou obscuridade.

Assunto:

Conceituação de omissão

Enunciado:

Embargos de declaração. Processual. A contradição apta a ser sanada pela oposição dos embargos declaratórios é a que se estabelece entre os termos da própria decisão e não a que porventura exista entre as razões de decidir e os fatos alegados, a doutrina, a jurisprudência ou a interpretação do ordenamento jurídico que o recorrente entenda adequada. Provimento parcial.

Acórdão:

AC-0061-01/15-P

Data da Sessão:

21/01/2015

Relator:

AUGUSTOSHERMAN

Colegiado: t

Plenário ^

Área:

PROCESSUAL !

Tema;

Embargos de declaração

Subtema:

Exame de mérito ^

Assunto:

Efeitos infringentes

Enunciado:

Embargos de Declaração. Processual. É possível a utilização de embargos declaração para correção de premissa equivocada, com base em erro de fatc sobre a qual se tenha fundado o acórdão recorrido, dando-se-lhes efeito^ infringentes. Provimento.

Acórdão:

AC-6812-41/14-2

Data da Sessão:

11/1 1/2014

Relator:

MARCOS BEMQUERER

Colegiado:

Segunda Câmara

Área:

RESPONSABILIDADE

Tema:

Débito

Subtema:

Composição

Assunto:

Juros moratórios e reconhecimento da boa-fé

Enunciado:

Embargos de declaração. Responsabilidade. Em caso de parcelamento de débito, reconhecida a boa-fé do responsável, os acréscimos legais incidentes sobre cada parcela devem se restringir à atualização monetária. Embargos acolhidos com efeitos infringentes.

Acórdão:

AC-2081-29/14-P

Data da Sessão:

06/08/2014

Relator:

AUGUSTO SHERMAN

Colegiado:

Plenário

Área:

RESPONSABILIDADE

Tema:

Sanção

Subtema:

Suspensão para Contratar com Órgão ou Entidade

Assunto:

Abrangência e efeitos na Lei do Pregão

Enunciado;

Embargos de declaração. Licitação. Responsabilidade. A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal). Embargos acolhidos parcialmente.

Acórdão:

AC-2984-43/13-P

Data da Sessão:

06/11/2013

Relator:

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Colegiado:

Plenário

Área:

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Tema:

Orçamento e preço

Subtema:

Orçamento estimado e pesquisa de preço

Assunto:

Modos de realizar pesquisa de preço

Enunciado:

Embargos de declaração. Planejamento da contratação. Obra e Serviço de Engenharia. Os orçamentos de referência para procedimentos licitatórios de obras de maior vulto devem se basear em pesquisas de mercado, preferencialmente adotando-se a respectiva base territorial do Sinapi, que considerem, de forma apropriada, os descontos possíveis em face da escala da obra. Provimto parcial.

IV - PRELIMINAR - DO INTERESSE

O Processo TC nº 003.1 87/2004-4, julgado em sessão ordinária de 25 de fevereiro de 2015, originou o Acórdão nº 286/2015 - TCU - Plenário.

Apesar de os jurisdicionados não terem logrado êxito esperado em seus Recursos de Reconsideração, opostos ao venerando Acórdão 1791/2012 - Plenário, de 11/07/2012, seus interesses restam evidentes e latentes, daí porque mais uma vez batem às portas dessa e.Corte de Contas, agora para intentar cabível EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos modificativos, na esperança de ver, modificado o Acórdão nº 286/2015 - TCU - Plenário, de 25/02/2015.

V - PRELIMINAR - DA POSSIBILIDADE JURÍDICA E ADMISSIBILIDADE POSTULATÓRIA

Segundo se destaca no pensamento doutrinário, a interposição de recurso, seja qual for, é um ato de exercício do poder de ação, de forma que o poder de ação não é apenas o poder de tomar a iniciativa da instauração do processo, razão pela qual tanto demandante como demandado exercem o poder de ação. Implica dizer que, toda vez que o demandado produz prova, recorre, ou ocupa qualquer outra posição jurídica passiva está exercendo seu poder de ação.

No caso vertente, o jurisdicionado dessa Corte de Contas, de alguma forma tem poder de exigir conhecimento e julgamento de recurso intentado tempestivamente, sobretudo se previsto em sua Lei Orgânica.

Sobre embargos de declaração, a Lei nº 8.443, de 16/07/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), assim preleciona:

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para o cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

À vista de tais disposições, verifica-se que os embargos de declaração se constituem em remédio processual para cuja utilização a lei exige a prolação de uma sentença ou um acórdão, a que se repete vício de obscuridade ou contradição, ou, ainda, a ocorrência de um pronunciamento incompleto ou inexistente por parte de um juiz ou tribunal. Além de tais requisitos, os embargos devem ser tempestivos e interpostos por autoridade legítima para tanto.

Na espécie, o Acórdão objeto do presente recurso chegou ao conhecimento do procurador dos jurisdicionados em 09/04/2015, através dos Ofícios de nº 0423/0424 e 0425/2015-TCU/SECEX RO, de 27/03/2015, sendo, portanto, tempestivo, o remédio processual ora interposto pelos jurisdicionados dessa Corte de Contas. Destarte, foram observados os requisitos de tempestividade e legitimidade.

A Doutrina Nacional é pacífica ao relatar que em casos específicos de omissões, contradições e obscuridades só se verificam quando se deixa de apreciar questões relevantes para o acórdão, o que não implica dizer que o julgador é obrigado a debruçar-se sobre toda e qualquer matéria levantada pelos interessados. Nesse ponto, vale transcrever o seguinte ensinamento de Vicente Greco Filho (in Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª edição, 2º Volume, Editora Saraiva, p. 259/260):

‘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 pública que o juiz deve resolver de ofício, como, por exemplo, a coisa julgada. Nesse caso, os embargos podem ter efeito modificativo’.

Outro ponto preliminar e relevante refere-se à inexistência, em regra, de efeitos modificativos aos embargos declaratórios. Esse efeito somente é admissível, na presente espécie recursal, quando detectada ausência de omissão e/ou contradição relevante, o que é o caso.

Dos precedentes acerca de EDcl temos à disposição o extraído da base de dados do Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. EFEITO MODIFICATIVO.

1. A contradição que viabiliza o uso de embargos declaratórios (CPC, ART. 535, I) pode resultar da ocorrência de erro de fato, como tal entendido o resultante de decisão que, contra prova incontroversa, admite fato inexistente, ou considera inexistente fato efetivamente ocorrido, o que justifica inclusive juízo rescisório (CPC, ART. 485, IX, § 1º).

2. Em tal situação, os embargos declaratórios não atacam o fundamento de fato utilizado pela decisão, o que caracterizaria mero pedido de reexame portanto, envolvendo verdade material, ou mérito extraído de fato pelo julgador - mas ataca o erro de fato gerador de uma contradição com a verdade formal do processo.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringente.

(EMD N.º 70000845974, Câmara Cível, TJRS, Rei. Des. Irineu Mariani, Julgado em 26/04/2000).

VI - PRELIMINAR - DA PRESCRIÇÃO OPERADA PELO TEMPO

Os embargantes apontam vício intrínseco ao julgamento que resultou no aresto embargado, e não mera irresignação.

Denunciada e verificada a omissão no aresto embargado, necessariamente o julgamento será reaberto, a fim de o corpo julgador, ou seja, os membros do colegiado de contas possam preencher o claro nele existente.

Pois bem. O vício apontado pelos embargantes está relacionado à omissão existente no Acórdão n.º 286/2015-Pleno, de 25/02/2015 cujo suprimento impõe necessariamente a alteração do seu dispositivo, haja vista que a Corte de Contas não examinou acuradamente o contraditório apresentado no Recurso de Reconsideração em face do Acórdão n.º 1791/2012-Pleno, de 11/07/2012, em relação ao instituto da prescrição operada pelo tempo, ou melhor, por ocasião da análise da defesa dos jurisdicionados, ventilou-se trazendo à baila o julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. que decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário quando julgava um Mandado de Segurança de bolsista do CNPq por descumprimento da obrigação de retornar ao País após término da concessão de bolsa para estudo no exterior.

Se a questão de mérito — escafaunchada, exaustivamente pelos jurisdicionados — até agora, nunca foi muito bem recepcionada por essa Corte de Contas, porque tem se mantido irreduzível em aceitar as teses dos jurisdicionados, pelo menos se percebe que a questão processual está entreaberta para discussão. Então, se possibilidade existe para revolvimento da matéria, desde que lastreada em argumento lógico-jurídico, nada obsta tomar fôlego e partir para o desate, com a certeza de que possível êxito, sob o império desse r.Tribunal Administrativo, não haverá vencido e nem vencedor, nem heróis, nem glória, nem um mártir em particular.

A rigor, não há como discorrer sobre questão processual sem se escudar no CPC e no Código Civil. Veremos. A partir de uma interpretação das disposições contidas nos artigos 202, parágrafo único, 205 e 2.028 da Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil), em relação à presente demanda, em especial, temos:

a) quanto aos ilícitos danosos ao erário ocorridos a partir de 11/01/2003 (data de entrada em vigor do Código Civil), o prazo de prescrição é de 10 anos, contado da ocorrência dos ilícitos. Caso vertente, estamos a falar de despesas contraídas no exercício financeiro de 1997, portanto fatos ocorridos antes de 11/01/2003. Hipótese que deve ser descartada.

b) em relação aos ilícitos danosos ao erário ocorridos antes de 11/01/2003, hão de ser consideradas duas hipóteses distintas;

b.1) primeira, se, naquela data, já houver transcorrido lapso de mais de 10 anos, contado da ocorrência dos ilícitos, a prescrição se dará no prazo de 20 anos, contado daquela ocorrência, tal como previsto no artigo 177 do antigo Código Civil (Lei n.º 3.071/1916);

b.2) segunda, se, porém, em 11/01/2003 houver transcorrido lapso de 10 anos ou menos, contado da ocorrência dos ilícitos, a prescrição se dará no prazo de 10 anos, contado este a partir de 11/01/2003.

A segunda hipótese se aperfeiçoa com a interpretação aqui trazida, ou seja, as despesas impugnadas ocorreram em 1997 (R\$ 321.495,37 em 21/03/1997; R\$ 13.395,64, em 30/04/1997 e R\$ 334.890,91, em 14/07/1997). Portanto, os fatos ocorreram antes de 11/01/2003, o que implica dizer, menos de 10 anos. Logo, contando-se o prazo de 10 anos a partir de 11/01/2003, a prescrição ocorreu exatamente em 11/01/2013, e como se sabe, o venerando Acórdão nº 286/2015 - TCU - Plenário é datado de 25/02/2015, consumando-se o instituto da prescrição. Então a tese é válida, seguindo esta linha de raciocínio. Vale assinalar que, possível apuração de débito igual ou não, anterior à prolação do Acórdão nº 286/2015 - TCU - Plenário, não pode prevalecer, haja vista que a novel sentença condenatória é prevalente, porquanto é a partir dela que os efeitos vinculantes passam a vigorar, antes eram indícios, sem chancela da certeza absoluta.

Ora, se dívida não há quanto à prescrição em relação à multa, que tem sido bem aceita como quinquenal, impeço não há em relação ao débito. A propósito, seria um contrassenso pensar diferente, porquanto o débito tomou forma em despesas incorridas no exercício de 1997, quando da execução do Contrato nº 66/96/PJ/DER/RO (fl. 327/336, vol. 2 do anexo I), financiado com recursos do Convênio de Delegação PG-160/96-00 (fl.27/30, vol. Principal do anexo I).

Excelência, fato novo em relação à questão de prazo prescricional alusivo a dano ao erário encontra-se em estágio latente ou efervescente perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trata-se do RE 669.069 MG (DOC 1), intentado pela União federal contra Decisão prolatada pelo e.Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em ação de ressarcimento por danos causados ao erário, que deve ser observado o prazo prescricional constitucional. Vide fac-símile da Decisão de 26/10/2011, que poderá servir de referencial:

(cópia de fac-símile)

É possível vislumbrar numa leitura de excerto da tramitação processual no STF, que já existem votos do Senhor Ministro Teori Zavascki e do Senhor Ministro Roberto Barroso, negando provimento do recurso intentado pela União federal. Em face da repercussão geral que a demanda desperta, o Senhor Ministro Dias Toffoli pediu vista aos autos.

Quer dizer, a demanda em prélio na Corte Suprema acompanha lições do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello quando preleciona que, não obstante a redação inculpada no artigo 37, § 5º, da CF/88, a ação de ressarcimento ao erário não é imprescritível, diz o autor: "Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Destarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) - e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida - ainda mais se robustece a lese adversa à imprescritibilidade" .

VII - CERNE DA DEMANDA EMBARGADA - DOS ARGUMENTOS MERITÓRIOS

O V. Acórdão nº 286/2015 - TCU - Plenário, de 25/02/2015, em parte, merece singelos reparos, pelas razões aduzidas adiante. Em sua parte dispositiva, dispõe da seguinte forma:

"... 9.2 - conhecer do recurso de reconsideração interposto pela empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda., para, no mérito dar a ele provimento;"

Vale ressaltar que os analistas do controle externo, em suas análises chegaram à conclusão que foram pagos indevidamente à empresa PLANURB PLANEJAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., a importância de R\$ 669.781,91 e os responsáveis pelo pagamento foram identificados como sendo os Senhores Joaquim de Sousa, Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza, segundo o quadro a seguir:

Responsáveis	Valor R\$
Joaquim Sousa	321.495,37
Homero Raimundo Cambraia	13.395,64
Miguel de Souza	334.890,91
TOTAL	669.781,92

Há de convir que consta do Acórdão nº 645/2004 - TCU - Plenário, que o suposto dano ao erário apontado pelo corpo técnico instrutivo dessa Corte de Contas seria no valor de R\$ 669.781,82 pagos à empresa PLANURB Ltda., dos quais R\$ 331.495,37 foram pagos pelo Senhor Joaquim Sousa. R\$ 13.395,64 foram pagos pelo Senhor Homero Raimundo Cambraia e R\$ 334.890,91 foram pagos pelo Senhor Miguel de Souza. Ora, se esse Tribunal de Contas da União acatou o recurso de reconsideração da empresa PLANURB Ltda., tendo sido elidida a suposta irregularidade, dando provimento ao recurso, significa que o pagamento da despesa foi legal, desvendando-se o enigma. Logo, poder-se-ia dizer que a partir de então, não há como prosperar a permanência dos nomes dos jurisdicionados remanescentes em relação a essa demanda, em razão da perda de objeto. Tal medida reflete inclusive com a exclusão da pena de multa a cada um deles aplicada. Vejamos a síntese a seguir:

‘Na conclusão dos procedimentos de auditoria levados a efeito “sob a ótica de possíveis irregularidades, com dano ao erário”, originou o Acórdão nº 645/2004/Plenário. Ocorrência: autorização de pagamento à empresa PLANURB - Planejamento e Construções Ltda., por serviços de mobilização, desmobilização e canteiro de obras, no valor de R\$ 669.781,82, cujos custos já eram previstos no BDI. (Relatório fl. 696)’.

Em relação ao Senhor Joaquim Souza:

‘Ao Recorrente foi atribuída responsabilidade pelo pagamento da 1ª parcela por serviços de mobilização, desmobilização e canteiro de obras no valor de R\$ 321.495,37 (trezentos e vinte e um mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e trinta e sete centavos), (relatório - fl. 697)’

Em relação do Senhor Homero Raimundo Cambraia:

‘Ao Recorrente foi atribuída responsabilidade pelo pagamento da 1ª parcela por serviços de mobilização, desmobilização e canteiro de obras, no valor de R\$ 13.395,64 (treze mil, trezentos e noventa e cinco reais e sessenta e quatro centavos), (relatório - fl. 370 - ANEXO 1)’

Em relação ao Senhor Miguel de Souza:

‘Ao Recorrente foi atribuída responsabilidade pelo pagamento da 2ª parcela por serviços de mobilização, desmobilização e canteiro de obras, no valor de R\$ 334.890,91 (trezentos e trinta e quatro mil, oitocentos e noventa reais e noventa e um centavos), em 14/07/1997 - (relatório - fl. 697, indicação à fl. 430 do vol. 3, do anexo 1)’

Conforme se pode constatar, o r. Acórdão esbatido acolhe as justificativas apresentadas pela empresa PLANURB Ltda., aquela que teria recebido as parcelas impugnadas com suposto BDI embutido, conforme relatório técnico de auditoria elaborado pelos analistas do controle externo, daí porque figurava na lixe na condição de responsável solidária, num primeiro momento.

Apesar da felicidade de suas conclusões, o Decisum apresenta contradição em razão da exclusão do débito para um e manutenção dos débitos para outros três demandados sobre a mesma causa, e que no somatório perfaz o quantum em valores monetários que a empresa beneficiada teria auferido, supostamente em dobro.

Numa leitura mais abstrata do acórdão, não se afigura plausível que o acolhimento do recurso de reconsideração da empresa PLANURB Ltda., envolvendo débito — que somente teria sentido em sede de solidariedade, com outros jurisdicionados — seja suficientemente justo a ponto de afastá-la da demanda em detrimento dos demais jurisdicionados, que estavam na mesma situação. Se existiu pagamento, direcionado foi para contratada (empresa PLANURB Ltda.). Logo, se o pagamento foi irregular a contratada teria q devolver a verba.

Preclaro Ministro, na medida em que as análises se aprofundavam o nível de incerteza cresceu, ficando difícil afirmar se de fato houve pagamento em dobro e quem seria o responsável. O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dúbio pro reo e a aplicação do in dúbio pro societate na decisão de pronúncia, vigora no âmbito do Tribunal de Justiça, em caso de dúvida do julgador acerca da existência do crime e/ou sua autoria.

Para a prolação da sentença de pronúncia, no Judiciário, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime, por exemplo. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do CPP, que haja indícios de sua autoria. Ora, é sabido que esse Tribunal de Contas é considerado um Tribunal Administrativo e que embora opere segundo um rito especial, com ênfase no direito material - busca da verdade material - não seria prudente se afastar do formalismo moderado, do princípio da razoabilidade, e não se armando de mecanismo processual para escudar-se na rigidez do positivismo jurídico ortodoxo, tipo lei é lei e ordens são ordens.

Excelência, notável a observação de seu corpo técnico instrutivo quando analisava recursos dos jurisdicionados, onde a certa altura dos acontecimentos assim se manifestou nos autos do Processo TC 003.187/2004-4 (excerto em fac-símile):

‘Postura diametralmente oposta àquela assente na Súmula 258, que trata do detalhamento de custos, encargos sociais e BDI, cujo enunciado preceitua que “as composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas”.

Tais fatos apontaram para a constatação da irregularidade discutida.

Não obstante o farto conjunto de evidências, a responsabilização apenas dos ex-gestores os coloca em situação delicada quanto à garantia do amplo direito de defesa e do contraditório, pois apesar da obrigação de prestar contas gerar para eles a obrigação de fazer prova de que tais indícios não se coadunam com a verdade real, em estando o meio de prova na esfera particular da Empresa contratada, quem nem fora responsabilizada

pela irregularidade, se mostra prejudicial à defesa dos recorrentes manter a condenação ante a não comprovação do detalhamento dos custos do referido BDI, tendo em vista que somente a empresa Planurb poderia abrir a composição do BDI e demonstrar efetivamente que o item não foi cobrado em duplicidade.

Logo, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório se mostra razoável afastar o débito imputado nos itens 9.1.1., 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão recorrido e, por consequência lógico-jurídica, mitigar as multas fundamentadas no art. 57 da LOTCU, aplicadas no item 9.2 do Acórdão recorrido, na proporção do débito elidido, excluindo aquela aplicada ao Sr. Miguel de Souza por não lhe restar condenação em débito com a elisão do montante do item 9.1.3 do decisum'.

Pelo visto, os estudados analistas desse pretório de contas agiram com consciência, sensíveis às questões centrais da presente demanda e relatam que 'a responsabilização apenas dos ex-gestores os coloca em situação delicada quanto à garantia do amplo direito de defesa e do contraditório, pois apesar da obrigação de prestar contas, gerar para eles a obrigação de fazer prova de tais indícios não se coadunam com a verdade real, e estando em meio de prova na esfera particular da Empresa contratada, quem nem fora responsabilizada pela irregularidade, se mostra prejudicial à defesa dos recorrentes manter a condenação ante a não comprovação do detalhamento dos custos do referido BDI...'

Desta forma, para que se possa ter uma interpretação literal do que dispõe o V. Acórdão esbatido é de suma importância que se contenha no corpo do texto de forma explícita, a isonomia em relação ao julgamento, como critério de justiça e igualdade, se assim entender o Exmo. Min. Relator.

VIII - DO PEDIDO

Diante do exposto, requer-se o conhecimento e provimento dos presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos modificativos, com fulcro no art. 32, 11 da LO/TCU c/c o art. 277, 111 do RI/TCU, para que o Tribunal de Contas da União reveja o entendimento assentado no venerando Acórdão nº 0286/2015 - TCU - Plenário, em relação aos Senhores Joaquim de Sousa, Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza, em especial quanto ao:

- 1. Subitem 3.2: Para excluí-los do rol de responsáveis;*
- 2. Subitem 9.1: Para conhecer dos Embargos de Declaração, interposto pelo Sr. Homero Raimundo Cambraia, para, no mérito, dá-lo total provimento;*
- 3. Subitem 9.4: Para conhecer dos Embargos de Declaração interpostos pelos Srs. Joaquim de Sousa e Miguel de Souza para, no mérito, dar-lhes total provimento;*
- 4. Subitem 9.5: Referindo-se ao subitem 9.1 do Acórdão nº 1791/2012-TCU - Plenário, julgar regular as contas dos Senhores Joaquim de Sousa, Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza, eximindo-os dos débitos imputados.*
- 5. Subitem 9.5: Referindo-se ao subitem 9.2 do Acórdão nº 1791/2012-TCU - Plenário, tornar sem efeito as multas impostas aos jurisdicionados;*

Ante os eventuais efeitos infringentes pugnados, seja concedido vista ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, à Procuradoria da República no Estado de Rondônia”.

3. Após a inclusão do processo em pauta para a sessão do último dia 27 de maio, o Sr. Miguel de Souza apresentou complemento aos embargos de declaração (peça 169), oportunidade em que excluí o processo de pauta para apreciar os novos elementos juntados.

É o Relatório.