



Tribunal de Contas da União
Secretaria das Sessões

PLENÁRIO

Sessão Ordinária

ATA Nº 34, DE 4 DE SETEMBRO DE 2019

Data da aprovação: *11 de setembro de 2019*

Data da publicação no D.O.U.: *13 de setembro de 2019*

Acórdãos apreciados por relação: *2042 a 2072*

Acórdãos apreciados de forma unitária: *2073 a 2106*



ATA 34, DE 4 DE SETEMBRO DE 2019
(Sessão Ordinária do Plenário)

Presidência: Ministro José Mucio Monteiro
Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva
Secretário das Sessões: AUFC Marcelo Martins Pimentel
Subsecretária do Plenário: AUFC Lorena Medeiros Bastos Corrêa

À hora regimental, a Presidência declarou aberta a sessão ordinária do Plenário, com a presença dos Ministros Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo, dos Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti (convocado para substituir o Ministro Augusto Nardes), Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho, bem como da Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União Cristina Machado da Costa e Silva.

Ausentes, por motivo de férias, o Ministro Augusto Nardes e o Ministro Weder de Oliveira.

HOMOLOGAÇÃO DE ATAS

O Tribunal Pleno homologou as Atas 32 e 33, referentes às sessões extraordinária e ordinária, respectivamente, realizadas em 28 de agosto. (Regimento Interno, artigo 101).

PUBLICAÇÃO DA ATA NA INTERNET

Os anexos das atas, de acordo com a Resolução 184/2005, estão publicados na página do Tribunal de Contas da União na internet (www.tcu.gov.br).

COMUNICAÇÕES (v. inteiro teor no Anexo I desta Ata):

Da Presidência:

Apresentação do Relatório de Atividades do TCU referente ao 2º Trimestre de 2019, encaminhado ao Congresso Nacional.

O Ministro Vital do Rêgo usou da palavra para parabenizar a Presidência e todo o Tribunal pelos benefícios provenientes das ações de controle realizadas no período.

Do Ministro Augusto Nardes, lida pela Presidência:

Homenagem ao AUFC Jesse Andros Pires de Castilho por ocasião de sua aposentadoria.

Do Ministro-Substituto André Luís de Carvalho:

Homenagem à TEFC Esmeralda Alves de Souza por ocasião de sua aposentadoria.

Os Ministros Benjamin Zymler e Aroldo Cedraz e o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti se associaram à manifestação.

PROCESSOS APRECIADOS POR RELAÇÃO

O Tribunal Pleno aprovou, por relação, os acórdãos de nºs 2042 a 2072.



PROCESSOS EXCLUÍDOS DE PAUTA

Foram excluídos de pauta, nos termos do artigo 142 do Regimento Interno, os seguintes processos:

TC-008.165/2019-0, TC-009.843/2010-8 e TC-010.837/2000-8, cujo relator é o Ministro Benjamin Zymler;

TC-006.088/2019-8, cujo relator é o Ministro Raimundo Carreiro;

TC-033.760/2018-7, cuja relatora é a Ministra Ana Arraes;

TC-016.185/2012-9, cujo relator é o Ministro Bruno Dantas;

TC-028.421/2016-7, cujo relator é o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti; e

TC-014.148/2014-5, TC-016.932/2018-8, TC-021.890/2019-6, TC-030.171/2014-8, TC-034.872/2017-5, TC-036.132/2016-0, TC-039.422/2018-6 e TC-040.335/2018-6, cujo relator é o Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

PEDIDO DE VISTA

Com base no artigo 119 do Regimento Interno, foi suspensa a votação do processo TC-006.113/2014-1, cuja relatora é a Ministra Ana Arraes, 1º revisor é o Ministro Benjamin Zymler, 2º revisor é o Ministro Bruno Dantas e 3º revisor é o Ministro Walton Alencar, em função de pedido de vista formulado pelo Ministro Vital do Rêgo. Já votaram a relatora, no que foi acompanhada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, o Ministro Bruno Dantas, que apresentou voto divergente, e o Ministro Benjamin Zymler, que acompanhou o 2º revisor. O relatório, os votos e a minuta de Acórdão apresentadas constam do Anexo III desta Ata.

PROCESSOS APRECIADOS DE FORMA UNITÁRIA

Por meio de apreciação unitária, o Plenário aprovou os acórdãos de nºs 2073 a 2106.

SUSTENTAÇÕES ORAIS

Na apreciação do processo TC-033.673/2014-4, cujo relator é o Ministro Benjamin Zymler, o Dr. João Paulo Amaral Rodrigues produziu sustentação oral em nome de Silvia Andrea Cupertino.

Na apreciação do processo TC-000.630/2012-8, cujo relator é o Ministro Aroldo Cedraz, o Dr. Samuel Mezzalira produziu sustentação oral em nome de Júlio Augusto Miranda Filho.

Na apreciação do processo TC-010.372/2014-8, cujo relator é o Ministro Aroldo Cedraz, o Dr. Igor Folea produziu sustentação oral em nome de Luiz Henrique Hamann, Camilo Gil Cabral e Willamy Moreira Frota.

Na oportunidade, os Ministros Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro e Vital do Rêgo, e o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti usaram da palavra para sugerir que a Segecex incorpore, ao sistema de processos de trabalho da Casa, funcionalidade com vistas a monitorar os prazos prescricionais, nos termos da jurisprudência mais sólida, com expedição de alerta às unidades técnicas e aos gabinetes dos relatores. A Presidência acatou a sugestão apresentada e informou que, junto com a Segecex, trará resposta à questão levantada com brevidade.

Na apreciação do processo TC-017.894/2004-9, cujo relator é o Ministro Raimundo Carreiro, o Dr. Rodrigo Alexander Calazans Macedo não compareceu para produzir sustentação oral em nome de



Aristóteles Bassin, José Carlos Pereira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes.

Na apreciação do processo TC-007.973/2017-9, cuja relatora é a Ministra Ana Arraes, o Dr. Rodrigo Carregal Sztajnbok produziu sustentação oral em nome de Paulo Roberto Telles Villas.

PROSSEGUIMENTO DE VOTAÇÃO

Nos termos do art. 119, § 3º, do Regimento Interno, deu-se prosseguimento à votação do processo TC-006.113/2014-1 (Atas nºs 21/2017, 50/2018 e 30/2019), cuja relatora é a Ministra Ana Arraes, 1º revisor é o Ministro Benjamin Zymler, 2º revisor é o Ministro Bruno Dantas e 3º revisor é o Ministro Walton Alencar Rodrigues. O processo foi objeto de pedido de vista formulado pelo Ministro Vital do Rêgo.

APRECIÇÃO DO PROCESSO TC-033.668/2012-4

Na apreciação do processo TC-033.668/2012-4, cujo relator é o Ministro Walton Alencar Rodrigues, o Ministro Bruno Dantas registrou voto divergente no sentido de conhecer e negar provimento ao pedido de reexame (v. Anexo II desta Ata). O Tribunal aprovou o Acórdão nº 2090, sendo vencedora a proposta apresentada pelo relator. Vencido o Ministro Bruno Dantas.

ACÓRDÃOS APROVADOS

Os acórdãos de nºs 2042 a 2072, apreciados por relação, estão transcritos a seguir. Da mesma forma, seguem transcritos os acórdãos de nºs 2073 a 2106, apreciados de forma unitária, que constam também do Anexo II desta Ata, juntamente com os relatórios e votos em que se fundamentaram.

RELAÇÃO Nº 27/2019 – Plenário

Relator – Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES

ACÓRDÃO Nº 2042/2019 - TCU – Plenário

Vistos, relacionados e discutidos estes autos de recurso de reconsideração, interposto por José Roberto Lobão da Costa (R005, peça 96), contra o Acórdão 1.526/2009 – Plenário (peça 33 – p. 37-39), por meio do qual, esta Corte julgou suas contas irregulares, imputando-lhe débito solidário e multa;

Considerando que a notificação da decisão ocorreu em 31/7/2009 (peça 35, p. 4) e que, o presente recurso foi interposto em 21/1/2015; expirado, portanto, o prazo de 15 (quinze) dias estabelecido no art. 33 da Lei 8.443/1992;

Considerando que o parágrafo único do art. 32 da Lei 8.443/92 e o § 2º do art. 285 do Regimento Interno do TCU não autorizam o conhecimento de recurso de reconsideração intempestivo, salvo em razão da superveniência de fatos novos;

Considerando que a análise do recurso pela Serur demonstrou que os elementos apresentados não suprem a exigência necessária para que seja relevada a intempestividade;

Considerando os pareceres uniformes da Secretaria de Recursos e do Ministério Público junto ao Tribunal no sentido do não-conhecimento do presente recurso, por ser intempestivo e não apresentar fatos novos;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, *caput* e § 2º, do Regimento Interno do TCU, em não conhecer do recurso de reconsideração, por restar intempestivo em período superior a um ano, e dar ciência deste acórdão e da instrução, peça 264, ao



recorrente.

1. Processo TC-015.266/2003-4 (TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)

1.1. Responsáveis: Alberto Jacob Serruya (154.401.762-68); Alfredo Rodrigues Cabral (002.746.822-49); Alfredo Rodrigues Cabral Comércio e Navegação Ltda. (04.980.918/0001-03); Andre Moraes Gueiros (085.316.678-10); David Jacob Serruya (069.065.402-20); Enio Erasmo da Costa Alves (026.136.112-00); Estaleiros Bacia Amazonica S/a (04.210.928/0001-51); Jose Jesu Sisnando D Araujo (002.968.563-04); José Alfredo Heredia (042.089.272-91); José Roberto Lobão da Costa (031.967.392-87); Lauro da Costa Neri Filho (043.717.392-53); Luiz Otávio Oliveira Campos (042.575.532-00); Léa Norma Moraes Cabral (218.318.742-53); Manoel Coriolano Monteiro Imbiriba Neto (351.329.227-91); Paulo Érico Moraes Gueiros (158.177.842-20); Rodomar Ltda. (05.055.637/0001-07)

1.2. Recorrente: José Roberto Lobão da Costa (031.967.392-87)

1.3. Órgão/Entidade: Banco do Brasil S.A.

1.4. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.5. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin

1.6. Relator da deliberacao recorrida: Ministro Benjamin Zymler

1.7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinan).

1.8. Representação legal: Mario Renato Balardim Borges (50627/OAB-RS) e outros, representando Banco do Brasil S.a.; Jaques Fernando Reolon (22.885/OAB-DF) e outros, representando Luiz Otávio Oliveira Campos; Lars Daniel Silva Andersen Trindade e outros, representando José Roberto Lobão da Costa; Afonso Marcius Vaz Lobato (8.265/OAB-PA), representando Andre Moraes Gueiros, Estaleiros Bacia Amazonica S/a e Paulo Érico Moraes Gueiros; Frederico Coelho de Souza (1074/OAB-PA) e outros, representando Rodomar Ltda..

1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2043/2019 - TCU – Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos III e V, “a”, e 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, em considerar cumprida a determinação do item 9.2.1 do Acórdão 300/2016–TCU-Plenário; fazer a seguinte determinação e adotar as seguintes medidas, de acordo com o parecer da SeinfraPet:

1. Processo TC-003.198/2019-7 (MONITORAMENTO)

1.1. Órgão/Entidade: Petrobras Transporte S.A. - MME

1.2. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPet).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinar à empresa Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) que informe, no próximo Relatório de Gestão a ser submetido ao Tribunal de Contas da União, os desdobramentos das medidas adotadas pela Petrobras Transporte S.A. (Transpetro), relativamente às apurações recomendadas pela CGU em seu Relatório de Auditoria Especial 201408039.

1.7. Medidas:

1.7.1. encaminhar cópia desta deliberação à Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e à Petrobras Transporte S.A. (Transpetro);

1.7.2. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inc. V, do RITCU.



ACÓRDÃO Nº 2044/2019 - TCU – Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos III e V, “a”, e 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, em considerar cumpridas as determinações contidas no subitem 9.2.1 do Acórdão 1.425/2019-Plenário, dar ciência desta deliberação à Universidade Federal Rural de Pernambuco, promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, de acordo com o parecer Selog:

1. Processo TC-040.963/2018-7 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Interessado: Serval Serviços e Limpeza Ltda. (07.360.290/0001-23)
 - 1.2. Órgão/Entidade: Universidade Federal Rural de Pernambuco
 - 1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
 - 1.6. Representação legal: Andrei Barbosa de Aguiar (19250/OAB-CE) e outros, representando Serval Serviços e Limpeza Ltda.; Alexandre Dimitri Moreira de Medeiros (20305/OAB-PE), representando Soll -servicos Obras e Locacoes Ltda.
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 27/2019 – Plenário

Relator – Ministro BENJAMIN ZYMLER

ACÓRDÃO Nº 2045/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 143, inciso III, e 241 do RITCU, quanto ao processo a seguir relacionado, em considerar atendido o seu objeto, conforme pareceres emitidos nos autos, nos termos abaixo:

1. Processo TC-035.506/2017-2 (ACOMPANHAMENTO)
 - 1.1. Responsável: Andrew George William Parsons (052.420.207-92)
 - 1.2. Entidade: Comitê Paralímpico Brasileiro
 - 1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.5. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo do Trabalho e Entidades Paraestatais (SecexTrab)
 - 1.6. Representação legal: Paulo Victor Barchi Losinskaskas (OAB/SP 306.109)
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:
 - 1.7.1. encaminhar cópia da presente deliberação ao Comitê Paralímpico Brasileiro e à Controladoria-Geral da União, acompanhada de cópia da instrução técnica inserta à peça 14; e
 - 1.7.2. com base no inciso V do art. 169 do RITCU, arquivar os presentes autos.

ACÓRDÃO Nº 2046/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 143, inciso III, e 241 do RITCU, quanto ao processo a seguir relacionado, em considerar atendido o seu objeto, conforme pareceres emitidos nos autos, nos termos abaixo:



1. Processo TC-043.531/2018-0 (ACOMPANHAMENTO)
 - 1.1. Responsável: Andrew George William Parsons (052.420.207-92)
 - 1.2. Entidade: Comitê Paralímpico Brasileiro
 - 1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.5. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo do Trabalho e Entidades Paraestatais (SecexTrab)
 - 1.6. Representação legal: Paulo Victor Barchi Losinskas (OAB/SP 306.109)
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:
 - 1.7.1. encaminhar cópia da presente deliberação ao Comitê Paralímpico Brasileiro e à Controladoria-Geral da União, acompanhada de cópia da instrução técnica inserta à peça 7; e
 - 1.7.2. com base no inciso V do art. 169 do RITCU, arquivar os presentes autos.

ACÓRDÃO Nº 2047/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei 8.443/92 c/c os arts. 143, inciso III, 169, inciso V, e 243 do Regimento Interno, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em:

1. Processo TC-015.821/2014-5 (MONITORAMENTO)
 - 1.1. Órgão/Entidade: Instituto Brasileiro de Turismo
 - 1.2. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (SecexDesen).
 - 1.5. Representação legal: Gilson Machado Guimaraes Neto, representando Instituto Brasileiro de Turismo.
 - 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações:
 - 1.6.1. nos termos do art. 250, § 1º, do Regimento Interno do TCU, acatar as razões de justificativas apresentadas pelos srs. Vinícius René Lummertz Silva, Sérgio Flores de Albuquerque e Guilherme de Miranda Clementino;
 - 1.6.2. considerar atendidas as determinações do Acórdão 551/2013-TCU-Plenário, com as retificações oriundas do Acórdão 1.210/2014-TCU-Plenário;
 - 1.6.3. determinar à Embratur que informe, no próximo processo de contas anuais, a sistemática de controle e fiscalização dos contratos 15/2017, 19/2017 e 20/2017;
 - 1.6.4. recomendar à Embratur que, na contratação de serviços de consultoria e execução de relações públicas:
 - 1.6.4.1. faça constar as justificativas formais das excepcionalidades previstas no item 8.4 do Projeto Básico nos respectivos processos de pagamento, devendo constar, inclusive, a demonstração de compensação financeira para manutenção do equilíbrio contratual, em consonância com o disposto no art. 58, § 2º, da Lei 8.666/93;
 - 1.6.4.2. exija da empresa de consultoria, de assessoria e de relações públicas contratada que apresente o planejamento prévio para cada ação a ser adotada no âmbito do respectivo contrato firmado, para a devida aprovação da Autarquia, como condicionante para execução de qualquer ação de promoção e marketing a ser executada no contrato, de forma a atender os requisitos de planejamento e coesão previstos no art. 4º, V, da Instrução Normativa SECOM/SG-PR 1/2017;
 - 1.6.4.3. faça constar, nos processos de pagamentos relativos aos contratos supra, em atendimento ao disposto no art. 63 da Lei 4.320/64, informação mencionando explicitamente o processo administrativo onde os seguintes documentos estejam acostados: o planejamento prévio apresentado pela empresa de consultoria, de assessoria e de relações públicas contratada, inerente à respectiva ação



que está sendo objeto de liquidação e pagamento; e a aprovação desse planejamento por parte da área competente da Autarquia;

1.6.5. dar ciência deste acórdão aos srs. Vinícius René Lummertz Silva, Sérgio Flores de Albuquerque e Guilherme de Miranda Clementino; e

1.6.6. apensar o presente processo ao TC 009.617/2012-4.

ACÓRDÃO Nº 2048/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 41, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 143, incisos III e V, e 243 do Regimento Interno, de acordo com os pareceres elaborados no âmbito da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), em:

a) considerar cumpridas as determinações insertas nos itens 9.2 do Acórdão 2.297/2014-Plenário e 9.6 do Acórdão 770/2018-Plenário;

b) acolher as razões de justificativa apresentadas pelos srs. Ivan Tuyoshi Mori Kakimoto, Donizete de Oliveira, Jamil Candido de Lima, Grégori Teixeira da Costa, Sérgio Alves Guimarães Cotia, Antonia Eliana Pinto e Marcelo Narvaes Fiadeiro, dando ciência aos interessados a respeito;

c) dar ciência ao Ministério da Saúde – mediante o encaminhamento ao órgão da instrução constante da peça 225 – dos desarranjos administrativos, verificados no presente processo, que antecederam a assinatura do Contrato 62/2017, com vistas ao aperfeiçoamento de suas rotinas internas de planejamento e licitação;

d) autorizar o oportuno arquivamento deste processo.

1. Processo TC-024.438/2014-6 (MONITORAMENTO)

1.1. Responsáveis: Antonia Eliana Pinto (358.938.421-20); Asterio Carrijo Barbosa Junior (884.191.501-34); Donizete de Oliveira (313.340.401-68); Gilnara Pinto Pereira (184.148.001-06); Gregori Teixeira da Costa (710.242.391-87); Ivan Tuyoshi Mori Kakimoto (148.086.808-66); Jamil Candido de Lima (596.856.207-25); Marcelo Narvaes Fiadeiro (574.419.951-91); Maria Angélica Fernandes Aben-athar (645.108.081-00); Marilusa Cunha da Silveira (314.092.883-15); Sergio Alves Guimaraes Cotia (022.855.097-15)

1.2. Órgão: Ministério da Saúde (vinculador)

1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.6. Representação legal: Leila Suely Chacon Doria (OAB/DF 51.191), representando Maria Angélica Fernandes Aben-Athar.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2049/2019 - TCU - Plenário

Considerando que, por meio do Acórdão 12.893/2018, a Primeira Câmara desta Corte conheceu e julgou procedente representação acerca de irregularidades na Concorrência 4/2016, promovida pelo Serviço Social do Transporte (Sest) e Serviço Nacional de Aprendizagem de Transporte (Senat), Conselho Regional de Pernambuco;

Considerando que foram opostos embargos de declaração pelos responsáveis, os quais foram conhecidos e, no mérito, rejeitados por meio do Acórdão 3.203/2019-1ª Câmara;

Considerando que o art. 22, inciso I, da Lei 8.443/1992, dispõe que as comunicações realizadas por este Tribunal devem observar a forma estabelecida no RITCU, o qual, por sua vez, estabelece, em seu art. 179, inciso II, que as comunicações processuais far-se-ão mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;



Considerando que o comando supracitado é reiterado nos arts. 3º, inciso III, e 4º, inciso II, da Resolução TCU 170/2004, que disciplina a expedição das comunicações processuais pelo Tribunal de Contas da União;

Considerando que, no que tange aos recorrentes André Moura Alves de Paula e Erlene Fonseca Cabral, a notificação acerca da primeira deliberação ocorreu em 13/11/2018, os embargos de declaração foram opostos em 23/11/2018, a notificação da segunda deliberação ocorreu em 13/5/2019 e os presentes recursos foram interpostos em 28/5/2019;

Considerando que a oposição de embargos de declaração é causa de suspensão do prazo para interposição dos demais recursos (art. 34, § 2º, da LOTCU);

Considerando que, para a presente análise de tempestividade, devem ser considerados tanto o lapso ocorrido entre a notificação da decisão original e a oposição dos referidos embargos, quanto o prazo compreendido entre a notificação da deliberação que julgou os embargos e a interposição do presente recurso;

Considerando que, com relação ao primeiro lapso temporal, transcorreram nove dias e, no que concerne ao segundo lapso, passaram-se quinze dias, totalizando 24 dias;

Considerando que, de acordo com o art. 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos,

Considerando que, ao regulamentar o dispositivo acima citado, o art. 285, § 2º, do RITCU dispõe que *“não se conhecerá de recurso de reconsideração quando intempestivo, salvo em razão de superveniência de fatos novos e dentro do período de cento e oitenta dias contado do término do prazo indicado no caput, caso em que não terá efeito suspensivo”*, e que tal dispositivo aplica-se ao pedido de reexame, com fulcro no art. 286, parágrafo único, do RITCU;

Considerando que, embora dentro do período de cento e oitenta dias contado do término do prazo recursal, os recorrentes não apresentaram fatos novos, mas apenas limitaram-se a rediscutir os fundamentos da decisão recorrida;

Considerando a manifestação da Serur (peças 92-95) no sentido de não conhecer dos presentes recursos;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, ante o acolhimento pelo relator dos pareceres constantes dos autos e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 143, inciso IV, alínea “b”, 285 e 286 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, em não conhecer dos presentes pedidos de reexame por restarem intempestivos e não apresentarem fatos novos, dando-se ciência dessa decisão aos interessados.

1. Processo TC-003.619/2017-6 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Recorrentes: Alexandre Moura Alves de Paula (391.124.114-34) e Erlene Fonseca Cabral (587.943.604-72)

1.2. Entidades: Serviço Social do Transporte (Sest) e Serviço Nacional de Aprendizagem de Transporte (Senat), Conselho Regional de Pernambuco

1.3. Relator: Ministro Benjamin Zymler

1.4. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

1.5. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.6. Unidade técnica: Secretaria de Recursos (Serur)

1.7. Representação legal: Thaise Paiva Coelho (OAB/PE 41.563); Ricardo Magaldi Messetti (OAB/DF 30.373); Nicole Carvalho Goulart (OAB/DF 32.639); Lívia Campos Dantas (OAB/DF 38.598) e outros

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.8.1. dar ciência aos recorrentes acerca da presente deliberação, remetendo-lhes cópia das instruções técnicas que analisaram a admissibilidade de seus respectivos recursos (peças 92 e 93); e

1.8.2. dar ciência da presente decisão ao Serviço Social do Transporte (Sest) e ao Serviço



Nacional de Aprendizagem de Transporte (Senat), Conselho Regional de Pernambuco.

ACÓRDÃO Nº 2050/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, II, da Lei 8.443/1992 e 143, V, alínea “a”, 169, IV, 235 e 237 do Regimento Interno do TCU, de acordo com as manifestações do escalão decisório da unidade técnica, em:

- a) não conhecer a presente documentação como representação, uma vez que ela não atende os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do TCU;
- b) dar ciência deste acórdão à Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), ao Distrito Sanitário Especial Indígena Xingu e ao órgão de controle interno do Ministério da Saúde, para a adoção das medidas que esses órgãos entenderem cabíveis;
- c) dar ciência deste acórdão ao representante;
- d) arquivar o presente processo.

1. Processo TC 022.593/2019-5 (REPRESENTAÇÃO)

- 1.1. Órgão/Entidade: Distrito Sanitário Especial Indígena Xingu - Ministério da Saúde.
- 1.2. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
- 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou.
- 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).
- 1.5. Representação legal: não há.
- 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2051/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, quanto ao processo a seguir relacionado, em conhecer da representação, considerá-la improcedente, indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção, e determinar o arquivamento, dando ciência desta deliberação ao representante e à Universidade Federal da Bahia, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-026.787/2019-9 (REPRESENTAÇÃO)

- 1.1. Entidade: Universidade Federal da Bahia
- 1.2. Relator: Ministro Benjamin Zymler
- 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
- 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
- 1.5. Representação legal: Luiz Felipe Hadlich Miguel (215.844/OAB-SP), Luiz Felipe Miguel (45.402/OAB-SP), Viviane Dufaux (109.944/OAB-SP) e outros, representando Injex Pen Indústria e Comércio de Artigos Plásticos Ltda..
- 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 22/2019 – Plenário

Relator – Ministro AROLDO CEDRAZ

ACÓRDÃO Nº 2052/2019 - TCU - Plenário



Considerando que esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 2.281/2014 – TCU – 1ª Câmara, resolveu julgar irregulares as contas do Sr. Antônio Domingos Debastiani, condenando-o em débito, em solidariedade com outros responsáveis, e aplicando-lhe multa;

considerando que neste momento o responsável acima mencionado ingressa com recurso de revisão (peças 94 e 95 dos autos);

considerando que, conforme exposto no exame preliminar efetuado pela Serur, com o qual concordou o Ministério Público junto a esta Corte, a peça recursal apresentada contra o Acórdão 2.281/2014 – TCU – 1ª Câmara não preenche os requisitos específicos exigidos para a admissão de recurso de revisão, previstos nos incisos do artigo 35 da Lei Orgânica do TCU;

considerando que o recorrente limita-se, essencialmente, a mostrar o seu inconformismo com as decisões deste Tribunal, rediscutindo questões já apreciadas, sem contudo apresentar qualquer documento novo superveniente capaz de afastar as irregularidades que motivaram a reprovação de suas contas;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, com fundamento nos artigos 35 da Lei 8.443/92; 143, inciso IV, alínea “b” e § 3º, e 278, § 2º, do Regimento Interno, em não conhecer do recurso de revisão interposto pelo Sr. Antônio Domingos Debastiani, e em determinar seja comunicado ao interessado o teor da presente deliberação, juntamente com reprodução do exame de admissibilidade efetuado pela Secretaria de Recursos.

1. Processo TC-020.436/2009-6 (RECURSO DE REVISÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL)

1.1. Apensos: 000.812/2015-3 (COBRANÇA EXECUTIVA); 000.814/2015-6 (COBRANÇA EXECUTIVA); 000.813/2015-0 (COBRANÇA EXECUTIVA); 000.810/2015-0 (COBRANÇA EXECUTIVA); 000.811/2015-7 (COBRANÇA EXECUTIVA)

1.2. Responsáveis: Antônio Domingos Debastiani (093.918.869-49); Enir Rodrigues de Jesus (02.391.145/0001-96); Enir Rodrigues de Jesus (318.357.161-72); Luiz Antonio Trevisan Vedoin (594.563.531-68); Maria Loedir de Jesus Lara (890.050.741-91); Santa Maria Comercio e Representacao Ltda (03.737.267/0001-54)

1.3. Recorrente: Antônio Domingos Debastiani (093.918.869-49)

1.4. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Feliz Natal - MT

1.5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

1.7. Relator da deliberacao recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa

1.8. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE).

1.9. Representação legal: Almino Afonso Fernandes (3498-B/OAB-MT) e outros, representando Antônio Domingos Debastiani; Ivo Marcelo Spinola da Rosa (13731/OAB-MT), representando Luiz Antonio Trevisan Vedoin e Santa Maria Comercio e Representação Ltda.

1.10. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2053/2019 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos artigos 1º, inciso XVI; 43, inciso I; e 53 da Lei 8.443/92, c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 15, inciso I, alínea “p”; 143, inciso III; 234, 235 e 250, inciso II, todos do Regimento Interno e arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014, em conhecer da presente denúncia; indeferir o pedido de medida cautelar, uma vez ausentes os pressupostos essenciais para sua concessão; no mérito, considerá-la parcialmente procedente, bem como determinar o seu arquivamento e o levantamento do sigilo sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, sem prejuízo de se efetivar as determinações



propostas, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, devendo-se dar ciência aos interessados.

1. Processo TC-018.447/2019-8 (DENÚNCIA)

1.1. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)

1.2. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992)

1.3. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Piraquara - PR

1.4. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.5. Representante do Ministério Público: não atuou

1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.7. Representação legal: não há.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.8.1. dar ciência à Prefeitura Municipal de Piraquara/PR, com fundamento no art. 7º da Resolução – TCU 265/2014, sobre as seguintes impropriedades, identificadas no edital de Chamamento Público adiante descrito, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) a adoção de Chamamento Público - Concurso de Projetos 1/2019, com vistas a celebrar contrato de gestão, do tipo técnica e preço, sem justificativas suficientes e adequadas para a distribuição de peso máximo 80 para a nota técnica e peso máximo 20 para a avaliação do preço, contraria o entendimento consubstanciado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme os Acórdãos 2.251/2017 (Relator: Min. Augusto Sherman), 743/2014 (Relator: Min. Augusto Sherman), 782/2007 (Relator: Min. Augusto Sherman), 503/2008 (Relator: Min. Aroldo Cedraz), 29/2009 (Relator: Min. Raimundo Carreiro), 2.017/2009 (Relator: Min. Augusto Sherman), 1.488/2009 (Relator: Min. Augusto Sherman), 327/2010 (Relator: Min. Benjamin Zymler) e 1782/2007 (Relator: Min. Augusto Sherman), dentre outros.

ACÓRDÃO Nº 2054/2019 - TCU – Plenário

Considerando que a presente Representação, datada de 19/12/1996, foi formulada por servidores do TCU diante da situação de sonegação de documentos por parte do Gerente-Geral da agência do Banco do Brasil S.A., em Santiago do Chile, na oportunidade da realização de auditoria na unidade;

2. Considerando que, por meio da Decisão 015/97-TCU-Plenário, de 29/1/1997, esta Corte fixou prazo de 15 (quinze) dias para que o Presidente do Banco do Brasil, sob pena de aplicação de multa, encaminhasse ao Tribunal cópias dos dois últimos trabalhos produzidos pela Auditoria Interna do Banco, na agência situada em Santiago do Chile, e comunicou ao Ministro de Estado da Fazenda acerca da supramencionada fixação de prazo, para adoção das medidas cabíveis, assim como autorizou a remessa de cópia da Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentaram, ao Presidente do Banco do Brasil para conhecimento e adoção de providências que evitassem situações como a verificada (Peça 1, p. 10);

3. Considerando que o Banco do Brasil apresentou Pedido de Reexame, apreciado pelo TCU, por meio da Decisão 230/98-TCU-Plenário, que conheceu do recurso e negou-lhe provimento, e fixou novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias para que o Presidente do Banco do Brasil cumprisse a determinação contida na Decisão 015/97-TCU-Plenário (Peça 2, p. 14);

4. Considerando que, irresignados, o Banco do Brasil e o seu Presidente, Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira, impetraram no Supremo Tribunal Federal (STF), o Mandado de Segurança 23.168/DF, requerendo a suspensão da Decisão 230/98-TCU-Plenário e da Decisão 207/98-TCU-Plenário, que trata de assunto correlato ao contido nestes autos, referente ao TC 625.524/1996-9, já arquivado;

5. Considerando que, a Suprema Corte concedeu medida liminar suspendendo a eficácia dessas Decisões até o exame do mérito da ação, ao tempo que informou ao Presidente desta Corte acerca da liminar concedida e solicitou informações sobre a matéria (Peça 3, p. 15-18);



6. Considerando que, com o deferimento da medida liminar, por meio do Despacho datado de 8/9/1998, o então Ministro Relator no TCU, Humberto Guimarães Souto, determinou o sobrestamento deste processo até o julgamento de mérito da ação no STF, incumbindo a unidade técnica responsável (2ª Secex) do dever de seu acompanhamento;

7. Considerando que o sobrestamento foi mantido, mesmo após proposta da então 2ª Secex no sentido de arquivamento do feito (Peça 2, p. 41-43), em razão de manifestação do MPTCU (Peça 4, p. 25-26), sob o fundamento de ainda persistir o interesse do Tribunal em ver a questão tratada resolvida para o futuro, uma vez que foi posta em juízo (Despacho 26/2/2009, do Ministro Raimundo Carreiro - Peça 4, p. 27);

8. Considerando o deslinde do Mandado de Segurança supracitado, que veio a ocorrer em 13/5/2019, com decisão exarada pela Relatora, Ministra Rosa Weber, do STF, no sentido de: a) extinguir o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 485, inciso VI, do CPC, quanto ao segundo impetrante, o Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira; e b) no tocante ao impetrante remanescente, Banco do Brasil, denegar a segurança e revogar a medida liminar implementada (Peça 7, p. 28);

9. Considerando o exame técnico sobre o conteúdo do julgamento do Mandado de Segurança 23.168/DF, das questões discutidas no Pedido de Reexame da Decisão 015/97-TCU-Plenário, bem como da proposta de arquivamento dos autos no TCU, após expedição de determinação à Segecex para que oriente suas unidades subordinadas acerca das matérias, conforme estabelecido no art. 16, inciso VI, do Regimento Interno do TCU – RI/TC, uma vez extintas as razões para a manutenção do sobrestamento do presente processo e ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 250, I, do RI/TCU);

10. Considerando que passados cerca de 23 anos dos fatos que motivaram a Representação e a inexistência de oportunidade e de conveniência em dar prosseguimento ao feito, notadamente porque as análises pertinentes dos relatórios de auditoria requisitados deveriam ter ocorrido ainda no contexto dos trabalhos de fiscalização realizados naquela agência do Banco do Brasil, localizada na cidade de Santiago-Chile;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso III, 169, inciso III, 237, inciso V, do Regimento Interno, quanto ao processo a seguir relacionado, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em:

1. Processo TC-019.186/1996-7 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessados: Banco do Brasil S.A. (00.000.000/0001-91); Humberto Guimaraes Souto (065.892.356-00)

1.2. Órgão/Entidade: Banco do Brasil S.a.

1.3. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinan).

1.6. Representação legal: Alexandre Bocchetti Nunes (93294/OAB-RJ) e outros, representando Banco do Brasil S.A.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.7.1. determinar à Segecex, com fundamento no art. 16, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, que oriente suas unidades subordinadas nos termos abaixo indicados:

1.7.1.1. a disponibilização de documentos e informações, inclusive relatórios da Auditoria Interna, requisitados pelo TCU a empresas públicas ou sociedades de economia mistas, em sede de ações de controle efetivadas pelo Tribunal, independe de deliberação prévia de seu Conselho de Administração, devendo o prazo determinado para seu cumprimento ser rigidamente observado pela gestão da organização;



1.7.1.2. não deve o responsável por empresa pública ou sociedade de economia mista alegar sigilo bancário ou comercial no intuito de se furtar da obrigação de apresentar informações e documentos quando requeridos pelo Tribunal, sendo que, especificamente quanto ao sigilo bancário, este deve ser observado somente quanto aos dados individuais dos clientes e das respectivas contas, e, ainda assim, apenas quando não esteja sob análise de operação subsidiada por recursos públicos, inexistindo o sigilo nesta hipótese;

1.7.1.3. a não observância das orientações contidas nos subitens anteriores por responsável de unidade jurisdicionada é irregularidade passível de Representação ao Tribunal, nos termos do art. 237, incisos V e VI, e 246, do Regimento Interno do TCU;

1.7.2. arquivar o presente processo, com fundamento no art. 250, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal;

1.7.3. dar ciência do presente Acórdão, bem como do Relatório e o Voto que fundamentam, ao Banco do Brasil S.A;

ACÓRDÃO Nº 2055/2019 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 43 da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente; indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção; bem como determinar o seu arquivamento após as comunicações processuais devidas, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-021.675/2019-8 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de São Sebastião do Anta - MG

1.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2056/2019 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 43 da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção, considerá-la improcedente e determinar as ciências sugeridas pela unidade técnica, com posterior arquivamento do feito.

1. Processo TC-022.415/2019-0 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Princesa Isabel - PB

1.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.



ACÓRDÃO Nº 2057/2019 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 43 da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 143, inciso III; 235, parágrafo único, e 237, parágrafo único, do Regimento Interno, em não conhecer da representação adiante indicada em razão do não preenchimento dos requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, bem como determinar o seu arquivamento, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-025.110/2019-5 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Órgão/Entidade: Casa da Moeda do Brasil
 - 1.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
 - 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
 - 1.5. Representação legal: Marco Antonio Ciqueira e outros, representando Lockerblind Blindagens Especiais Ltda.
 - 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2058/2019 - TCU - Plenário

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 43 da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, bem como determinar o seu arquivamento, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-027.578/2019-4 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Órgão/Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
 - 1.2. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
 - 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou
 - 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
 - 1.5. Representação legal:
 - 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 19/2019 – Plenário

Relator – Ministro RAIMUNDO CARREIRO

ACÓRDÃO Nº 2059/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, inciso V, alínea “e”, e 183, inciso I, alínea d, do Regimento Interno/TCU, em Prorrogar por mais 360 (trezentos e sessenta) dias, contando a partir do término do prazo inicialmente concedido e independerá de notificação da parte, para cumprimento o item 9.2 do Acórdão 2938/2018-TCU-Plenário, de 12/12/2018, aonde foi instituído Grupo de Trabalho Interministerial, consoante Decreto 9.826/2019 (peça 197, p. 4).

1. Processo TC-019.364/2017-2 (SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL)
 - 1.1. Solicitante: Casa Civil da Presidência da República
 - 1.2. Órgão/Entidade: Fundo Constitucional do Distrito Federal
 - 1.3. Relator: Ministro Raimundo Carreiro



- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública (SecexDefes).
- 1.6. Representação legal: Allan Lúcio Sathler e outros, representando Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.
- 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 26/2019 – Plenário
Relatora – Ministra ANA ARRAES

ACÓRDÃO Nº 2060/2019 - TCU - Plenário

Trata-se de representação apresentada pela empresa Almeida Gomes Engenharia, Incorporações e Construções Eireli, com pedido de medida cautelar, em razão de possíveis irregularidades na licitação referente a Ata de Registro de Preços 2019/00740, conduzida pelo Banco do Brasil, cujo objeto é o registro de preços para contratação de serviços comuns de engenharia para instalações, realocações e adequações dos edifícios corporativos e imóveis de interesse do Banco do Brasil no estado de São Paulo, dividido em 3 lotes, com fornecimento de material e mão-de-obra, no regime de empreitada por preço global.

Considerando que a empresa representante alega ter sido indevidamente desclassificada dos lotes 1 e 2 do certame, em decorrência da apresentação de proposta supostamente inexecutável;

considerando que a representante requer a suspensão da licitação e anulação dos atos posteriores à sua desclassificação;

considerando que estão presentes os requisitos de admissibilidade constantes no art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU;

considerando que o exame realizado pela unidade técnica apontou plausibilidade jurídica nas alegações da representante, porém, ante outras circunstâncias relacionadas à necessidade dos serviços a serem contratados, concluiu por dar continuidade ao certame, haja vista a presença do perigo na demora reverso;

considerando que não se vislumbra interesse público na nulidade do certame ou no retorno à fase de aceitação de propostas, uma vez que tal medida poderia trazer prejuízos ao Banco do Brasil, posto que já está em andamento demanda para início de serviços decorrentes das atas assinadas;

considerando que há razoabilidade na decisão de considerar inexecutável a proposta da licitante, pois em resposta a diligência a proponente informou ter retificado planilha anteriormente enviada, com ajuste da produtividade apresentada para patamares bem inferiores às referências do mercado, quando, na realidade, o coeficiente de produtividade da mão de obra deve refletir de fato o tempo necessário para uma pessoa realizar um serviço, e não ser alterado com o objetivo único de diminuir o preço do serviço;

considerando o pedido da representante de ingresso como parte interessada no processo;

considerando a inexistência de direito subjetivo que caracterize razão legítima para intervir no processo no âmbito do TCU, eis que esta Corte tem por missão constitucional a defesa do interesse público e não do privado, o que impede a admissão da representante como parte no processo e o exercício de prerrogativas processuais próprias;

os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, de acordo com os pareceres emitidos nos autos e com fundamento nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno, c/c o art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016, em:

- a) conhecer desta representação e considerá-la parcialmente procedente;
- b) indeferir a medida cautelar pleiteada;
- c) indeferir o pedido formulado pela empresa Almeida Gomes Engenharia, Incorporações e Construções Eireli, de ser considerada parte interessada nos autos, mas lhe autorizando, caso requeira,



vista e cópia das peças do processo;

d) dar ciência desta deliberação à representante e ao Banco do Brasil S/A.

1. Processo TC-013.162/2019-5 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Classe de Assunto: VI.

1.2. Representante: Almeida Gomes Engenharia, Incorporações e Construções Eireli (CNPJ 05.324.519/0001-49).

1.3. Unidade: Banco do Brasil S.A.

1.4. Relatora: ministra Ana Arraes

1.5. Representante do Ministério Público: não atuou

1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.7. Representação legal: Karina Bronzon de Castilho (OAB/DF 20.971), representando Almeida Gomes Engenharia, Incorporações e Construções Eireli.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2061/2019 - TCU - Plenário

Trata-se de representação formulada pela empresa Fonseca e Telles pinturas em Geral Eireli acerca de possíveis irregularidades em pagamentos relativos ao Contrato 5/2019, celebrado entre a empresa e o Instituto Federal do Espírito Santo – Ifes – Campus Colatina.

O representante alega, em síntese, que: celebrou o Contrato 5/2019 com o jurisdicionado em 10/5/2019, mas até o momento não recebeu quaisquer pagamentos pelos serviços prestados; os pagamentos pelos serviços prestados referentes aos meses de junho e julho de 2019, primeiro e segundo mês do contrato, nos valores de R\$ 37.288,82 (Nota Fiscal 179/2019) e R\$ 45.507,03 (Nota Fiscal 193/2019), ainda não foram realizados; a contratante, por meio de mensagem à contratada, informou que iria atrasar o pagamento por quatro meses; foi emitida nota de empenho no valor de R\$ 1.000,00 e não com o valor contratado.

O representante requer, dentre outras medidas, a concessão de medida liminar para determinar o imediato pagamento das notas fiscais.

Considerando que, diante dos argumentos trazidos aos autos, não se verifica o predomínio de interesse público apto a justificar o exercício da competência fiscalizatória desta Corte de Contas, mas sim um conflito entre a contratada e a instituição pública contratante;

considerando que não cabe ao Tribunal de Contas da União a solução de controvérsia envolvendo direito subjetivo de empresa particular frente à Administração Pública;

considerando o disposto no art. 103, §1º, da Resolução TCU 259/2014, segundo o qual, o exame de admissibilidade das denúncias e representações deverá levar em conta a existência de interesse público no trato da suposta ilegalidade apontada;

considerando que é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a competência da Corte está adstrita à observância do interesse público, conforme asseverado, dentre outros, pelos Acórdãos 1.621/2011 - 1ª Câmara (Rel. Min. Valmir Campelo), 2.471/2011 - 2ª Câmara (Rel. Min. André de Carvalho), 1.462/2010 - Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer), e 1.631/2010 – Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler);

os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, de acordo com os pareceres emitidos nos autos e com fundamento no art. 143, inciso III, do Regimento Interno, em:

a) não conhecer da presente representação, pois ausentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235, c/c o art. 237, parágrafo único, do Regimento Interno e no art. 103, §1º, da Resolução TCU 259/2014, restando, por consequência, prejudicada a análise da medida cautelar requerida;

b) dar ciência do presente acórdão à representante e ao Instituto Federal do Espírito Santo – Ifes;



c) arquivar o presente processo.

1. Processo TC-027.357/2019-8 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Classe de Assunto: VII.

1.2. Representante: Fonseca e Telles Pinturas em Geral Eireli (CNPJ 16.972.514/0001-49).

1.3. Unidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo.

1.4. Relatora: ministra Ana Arraes.

1.5. Representante do Ministério Público: não atuou.

1.6. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.7. Representação legal: não há.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 24/2019 – Plenário

Relator – Ministro BRUNO DANTAS

ACÓRDÃO Nº 2062/2019 - TCU - Plenário

Considerando se tratar de representação em face do Pregão Eletrônico 21/2019 conduzido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que tem por objeto contratação de empresa especializada na prestação de serviços na área de saúde ocupacional para realizar Exame Médico Periódico (EMP), com emissão de atestado de saúde ocupacional (ASO), de servidores do quadro de pessoal permanente da entidade;

Considerando que a representação questiona decisão do pregoeiro que declarou vencedora do certame a empresa Mais Saúde Centro de Atendimento de Serviços Médicos Ltda;

Considerando a informação de que o Coordenador de Recursos Materiais, autoridade competente para homologar o pregão, decidiu não acatar a decisão do pregoeiro que habilitou e, em seguida, declarou vencedora a empresa Mais Saúde, tendo determinado sua inabilitação e o consequente retorno do pregão à fase de análise de propostas;

Considerando que tal decisão acarreta a perda de objeto da representação, e por consequência, da cautelar, visto que a aventada irregularidade não se materializou;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, arts. 143, inciso III; 235 c/c o art. 237, VII e parágrafo único, todos do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerar prejudicada a análise, por perda de objeto; indeferir por consequência a medida cautelar pleiteada; e em dar ciência desta deliberação ao IBGE e ao representante, juntamente com a instrução (peça 20), de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-022.234/2019-5 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

1.2. Relator: Ministro Bruno Dantas

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.5. Representação legal: não há.

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 20/2019 – Plenário

Relator – Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

ACÓRDÃO Nº 2063/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por



unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos III e V, alínea “a”, 169, inciso V, 234 e 235, do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente denúncia, para, no mérito, considerá-la prejudicada, vez que a matéria refere-se a fatos ocorridos entre 15 e 21 anos atrás; que as diligências realizadas não lograram obter a documentação necessária ao desenvolvimento do feito; e que, em consequência, restaram inviáveis as apurações e o eventual exercício do contraditório; promovendo-se, em seguida, o arquivamento do processo, de acordo com a proposta formulada pela SecexEducação nas peças 35 e 36.

1. Processo TC-034.350/2016-0 (DENÚNCIA)

1.1. Denunciante: Identidade preservada (art. 55 da Lei 8.443/1992)

1.2. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Cristópolis/BA

1.3. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação (SecexEduc).

1.6. Representação legal: não há.

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.7.1. retirar a chancela de sigilo que recai sobre a matéria e classificar este acórdão como público;

1.7.2. dar ciência deste acórdão e da instrução de peças 35/36 ao denunciante e à Prefeitura Municipal de Cristópolis/BA.

ACÓRDÃO Nº 2064/2019 - TCU - Plenário

VISTOS e relacionados estes autos de monitoramento do cumprimento das determinações constantes dos subitens 9.8, 9.9 e 9.10 do Acórdão 292/2017 – Plenário.

Considerando que por meio do referido acórdão este Tribunal examinou representação formulada pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, a partir de fiscalização efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, relativa a convênios e outros ajustes firmados entre o Estado de Sergipe e a Sociedade de Estudos Múltiplos Ecológicos e Artes – Semear, com destaque para o Chamamento Público 1/2009, do qual originou contrato firmado para a execução do Projovem Urbano, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011,

Considerando que naquela oportunidade este Tribunal, além de determinar a instauração de tomada de contas especial, determinou, por meio do subitem 9.8 daquele acórdão, que a Secretaria de Estado de Educação de Sergipe adotasse providências com vistas à devolução de saldos da conta corrente ao Fnde objeto de sequestro judicial, e no subitem 9.9 que o Estado de Sergipe informasse as providências, no prazo ali fixado, visando à devolução dos valores remanescentes sequestrados por conta de decisões judiciais, bem como no subitem 9.10 determinou ao Fnde que realizasse detido exame sobre a execução financeira do Projovem no âmbito das prestações de contas a cargo do Estado de Sergipe, de 2009 a 2011,

Considerando que a tomada de contas especial foi instaurada para apurar irregularidades específicas apontadas na representação, relativas a despesas executadas no âmbito do programa, vindo a ser autuado o TC 006.559/2017-4,

Considerando que, autuado o presente monitoramento, em primeira etapa foi apurado o cumprimento apenas da determinação constante do subitem 9.9, conduzindo o Tribunal a prolatar o Acórdão 1.929/2018 – Plenário, por meio do qual foi fixado novo e improrrogável prazo de 30 (trinta) dias com vistas ao cumprimento integral da determinação contida no subitem 9.8 do Acórdão 292/2017 – Plenário, dirigida à Secretaria de Estado de Educação de Sergipe, e novo e improrrogável prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento do subitem 9.10, de responsabilidade do Fnde,

Considerando que o Secretário de Educação do ente federativo encaminhou cópia de guia de



recolhimento, a crédito do Fnde, no valor de R\$ 370.518,74, datada de 5/12/2018, correspondente aos valores atualizados dos bloqueios judiciais de recursos do Projovem, nos exercícios referidos, em referência ao subitem 9.9 do Acórdão 292/2017,

Considerando que em atendimento ao disposto no subitem 9.10 daquele acórdão o Fnde enviou notas técnicas 25 e 26 de 2018, nas quais foram consignadas conclusões de que os responsáveis não conseguiram comprovar a regular aplicação dos recursos financeiros do Projovem Urbano nos exercícios de 2009 e 2010, conduzindo à impugnação total dos valores, nos montantes de, respectivamente, R\$ 6.210.000,00 e R\$ 9.301.584,24, recomendando-se a instauração de tomada de contas especial,

Considerando que quanto ao exercício de 2011 o Fnde informou o não recebimento dos recursos por parte do Estado de Sergipe,

Considerando que as respostas, embora apresentadas de forma intempestiva, porquanto fora do prazo por último fixado, atenderam satisfatoriamente aos itens determinados, de maneira que a SecexEducação, ao instruir o feito às peças 57/58, concluiu que poderiam ser consideradas atendidas as determinações remanescentes, com consequente encerramento e apensamento destes autos ao processo originador, dando-se ciência ao Ministério da Educação,

Considerando que segundo as notas técnicas do Fnde houve impugnação total de valores relativos às prestações de contas do Projovem de 2009 e 2010,

Considerando que para o exercício de 2010 este Tribunal instaurou TCE para apuração de débito envolvendo parte dos valores empregados, de modo que por ocasião do ingresso de nova TCE com impugnação total de valores, originada do Fnde, faz-se necessário o cotejo, pela unidade técnica especializada deste Tribunal, entre os processos ingressados e aquele autuado em conversão da representação, para eventualmente expurgar valores que porventura representem duplicidade, de modo a evitar a caracterização, sobre as parcelas já tratadas na TCE convertida pelo TCU, de eventual *bis in idem*, cabendo, portanto, recomendação à secretaria deste Tribunal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de tagColegiado, por unanimidade, em:

a) considerar atendidas as determinações constantes dos subitens 9.8 e 9.10 do Acórdão 292/2017 – Plenário, sem prejuízo das recomendações indicadas neste acórdão à unidade técnica deste Tribunal, para acompanhamento dos desdobramentos decorrentes das medidas adotadas;

b) apensar os presentes autos ao processo originador deste monitoramento, qual seja, ao TC 003.701/2014-0;

c) dar ciência deste acórdão ao Fnde/Ministério da Educação.

1. Processo TC-006.568/2017-3 (MONITORAMENTO)

1.1. Responsável: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (00.378.257/0001-81)

1.2. Órgão/Entidade: Governo do Estado de Sergipe

1.3. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Educação (SecexEduc).

1.6. Representação legal:

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.7.1. recomendar à SecexEducação que:

1.7.1.1. acompanhe a tramitação dos processos relativos às contas ou tomadas de contas especiais dos recursos do Projovem Urbano, exercício de 2009 e 2010, referidas nas notas técnicas 25 e 26 do Fnde (peça 53), incluindo o cumprimento dos prazos legais regulamentares para instauração e remessa da tomada de contas especial a este Tribunal;

1.7.1.2. por ocasião do recebimento das tomadas de contas especiais, realize o cotejo entre os débitos apurados pelo Fnde com aqueles objeto da TCE instaurada por este Tribunal para tratar de parte dos valores (TC 006.559/2017-4), de maneira a evitar *bis in idem*, por ocasião de eventuais



citações a serem realizadas nos processos de TCE recebidos daquela autarquia.

ACÓRDÃO Nº 2065/2019 - TCU - Plenário

VISTOS e relacionados estes autos de monitoramento quanto ao cumprimento de determinação constante da letra “b” do Acórdão 381/2019 – TCU – Plenário, proferido sobre o TC-027.330/2017-6, atinente a denúncia a respeito de possíveis irregularidades na execução, pelo Município de São João de Piabas/PA, do Convênio 699/2011, firmado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, tendo por objeto a construção de quadra coberta com palco – Projeto FNDE – na escola Dircélia Koury Palmeira, cuja execução foi estimada em R\$ 489.704,64,

Considerando que, ao apreciar o mérito do TC-027.330/2017-6 via Acórdão 381/2019 – TCU – Plenário (peça 2), este Tribunal deliberou, por intermédio do item “b” daquele julgado, por encaminhar os elementos daquela denúncia ao FNDE, determinando àquela autarquia que se manifestasse, à luz da referida documentação e de outros elementos de que dispusesse, acerca da regularidade da execução físico-financeira do Convênio FNDE 699/2011, bem como, se fosse o caso, informasse as providências adotadas com vistas à proteção do Erário Federal e ao cumprimento da legislação e regulamentos que regem a gestão dos convênios, assim como os eventuais resultados obtidos com a adoção de tais medidas, devendo todos esses informes serem acompanhados da competente documentação comprobatória;

Considerando que, em atendimento à notificação acerca da referida deliberação, o FNDE informou que: (a) o Convênio 699/2011 teve sua vigência expirada em 7/2/2019, constatando-se, mediante consulta ao Sistema Integrado de Monitoramento, Execução e Controle do Ministério da Educação – SIMEC, que a obra que constitui seu objeto se encontra inacabada, com índice de execução física de 71,18% (fl. 1, peça 14, fl. 1, peça 4, e peça 9); (b) também de acordo com informações constantes do SIMEC, os gestores da Prefeitura Municipal de São João de Piabas/PA foram notificados quanto à omissão no dever legal de prestar as contas relativas ao Termo de Compromisso PAC2 699/2011 (fls. 1/2, peça 14, fls. 1/2, peça 4, e peça 11); (c) nos termos da Resolução FNDE 3/2018, aquela autarquia estaria autorizada a pactuar novos termos de compromisso com gestores interessados em retomar obras que tiveram sua execução interrompida em decorrência do término de vigência do instrumento anteriormente firmado, desde que o ente federado manifeste expressamente tal intenção e atenda às exigências para tanto, aí incluída a declaração de que “deverá prestar contas dos recursos outrora recebidos”, alertando para o aspecto de os gestores municipais e estaduais terem até 25 de setembro próximo para solicitações da espécie (fls. 2, peça 14, fls. 2, peça 4); (d) até aquele momento (22/5/2019), ainda não havia solicitação, pelo Município de São João de Piabas/PA, de nova pactuação para a retomada da obra objeto do Termo de Compromisso PAC2 699/2011 (fls. 2, peça 14, e fls. 2, peça 4);

Considerando o registro da SecexEducação de que o FNDE está atento à situação do Convênio 699/2011, que ainda não teve as contas prestadas, mas que pode ser submetido a novo ajuste para finalização das obras, podendo, então, considerar-se que aquela autarquia vem adotando as providências cabíveis a seu cargo (fls. 2, peça 14);

Considerando, então, o posicionamento daquela unidade instrutiva quanto a poder ser considerada cumprida a determinação constante do item “b” do Acórdão 381/2019 – TCU – Plenário, encerrando-se este feito, mediante seu apensamento definitivo ao TC-027.330/2017-6 (fls. 2, peça 14);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, por unanimidade, em:

a) considerar cumprida a determinação constante do item “b” do Acórdão 381/2019 – TCU – Plenário, nos termos do item 32.5.1 dos Padrões de Monitoramento, aprovados pela Portaria Segecex 27/2009;

b) determinar o encaminhamento de cópia deste Acórdão, bem como da instrução constante da peça 14, ao FNDE e à Prefeitura Municipal de São João de Piabas/PA;



c) apensar definitivamente este feito ao TC-027.330/2017-6, nos termos do inc. II do art. 5º da Portaria Segecex 27/2009.

1. Processo TC-015.367/2019-3 (MONITORAMENTO)
- 1.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
- 1.2. Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de São João de Piabas/PA.
- 1.3. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
- 1.5. Unidade Técnica: SecexEducação.
- 1.6. Representação legal: não há.

ACÓRDÃO Nº 2066/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ACORDAM, por unanimidade, considerando as informações constantes da instrução da SecexAgroAmbiental (peça 18), em:

- a) considerar “em cumprimento” os subitens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 1.317/2017-TCU-Plenário;
- b) autorizar a SecexAgroAmbiental a proceder novo monitoramento das deliberações consideradas em cumprimento;
- c) dar ciência deste Acórdão, acompanhado da instrução à peça 18, à Superintendência Regional do Incra no Estado de Sergipe;
- d) encerrar o presente processo, por meio de seu apensamento definitivo ao TC-013.612/2016-6, nos termos do inciso I do art. 169 do Regimento Interno do TCU c/c o art. 37 da Resolução-TCU 259/2014.

1. Processo TC-017.468/2017-5 (MONITORAMENTO)
- 1.1. Responsável: Gilson dos Anjos Silva (343.928.235-04)
- 1.2. Órgão/Entidade: Superintendência Regional do Incra no Estado de Sergipe
- 1.3. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti
- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente.
- 1.6. Representação legal: não há.

RELAÇÃO Nº 21/2019 – Plenário

Relator – Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER COSTA

ACÓRDÃO Nº 2067/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, inciso V, alínea a, e 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de encaminhar cópia da instrução da unidade técnica e desta deliberação ao Comitê Paralímpico Brasileiro, de acordo com o parecer da SecexTrab:

1. Processo TC-013.919/2016-4 (ACOMPANHAMENTO)
- 1.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
- 1.2. Órgão/Entidade: Comitê Paralímpico Brasileiro – CPB.
- 1.3. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa



- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Trabalho e Entidades Paraestatais (SecexTrab).
- 1.6. Representação legal: Paulo Victor Barchi Losinskas (306109/OAB-SP) e outros, representando Comitê Paraolímpico Brasileiro.
- 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2068/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 143, inciso III, alínea a, 235, parágrafo único, 237, parágrafo único, e 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, em não conhecer da presente representação, por não preencher requisito de admissibilidade previsto no caput do referido art. 235 do RI/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014, e encaminhar cópia desta deliberação ao representante e ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, de acordo com o parecer da unidade técnica:

1. Processo TC-021.686/2019-0 (REPRESENTAÇÃO)
- 1.1. Representante: Horti Gourmet Alimentos Ltda. (26.307.521/0001-80).
- 1.2. Órgão/Entidade: Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA.
- 1.3. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
- 1.6. Representação legal: Henrique Marchini, OAB/RS 51.297.
- 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2069/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 143, incisos III e V, alínea a, 235, 237, inciso VII, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU e no art. 7º da Resolução/TCU 265/2014 em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, e encaminhar cópia desta deliberação ao Sítio Roberto Burle Marx – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan e à sociedade empresarial Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda., promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, sem prejuízo de dar ciência da seguinte falha, de acordo com o parecer da unidade técnica:

1. Processo TC-022.308/2019-9 (REPRESENTAÇÃO)
- 1.1. Representante: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
- 1.2. Órgão/Entidade: Sítio Roberto Burle Marx – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan.
- 1.3. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
- 1.6. Representação legal: não há.
- 1.7. Ciência:
 - 1.7.1. ao Sítio Roberto Burle Marx – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada no Pregão Eletrônico 1/2019, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:
 - 1.7.1.1. rejeição indevida da intenção do recurso apresentado pela licitante Viveiro Campo



Lindo Comércio de Plantas Ltda., um vez que o juízo de admissibilidade das intenções de recurso deve avaliar tão somente a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), constituindo afronta à jurisprudência do Tribunal a denegação fundada em exame prévio de questão relacionada ao mérito do recurso, conforme entendimento consolidado na jurisprudência desse Tribunal, a exemplo do Acórdão 694/2014 – Plenário (relator: Min. Valmir Campelo), entre outros.

ACÓRDÃO Nº 2070/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 143, incisos III e V, alínea a, 235, parágrafo único, 237, parágrafo único, e 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014, em não conhecer da presente representação, por não preencher requisito de admissibilidade previsto no caput do art. 235 do RI/TCU, promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, de acordo com o parecer da unidade técnica, sem prejuízo de encaminhar cópia desta deliberação ao representante, bem como cópia dos autos ao Tribunal de Contas do Distrito Federal:

1. Processo TC-022.394/2019-2 (REPRESENTAÇÃO)
 - 1.1. Representante: Fino Sabor Indústria e Comércio Ltda. (00.354.138/0001-99).
 - 1.2. Órgão/Entidade: Secretaria de Estado da Fazenda, Planejamento, Orçamento e Gestão do Distrito Federal.
 - 1.3. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
 - 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
 - 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
 - 1.6. Representação legal:
 - 1.7. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

RELAÇÃO Nº 24/2019 – Plenário

Relator – Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

ACÓRDÃO Nº 2071/2019 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Plenário, ACORDAM, por unanimidade, nos termos dos arts. 143, I, “a”, e 218 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 246, de 2011, em dar quitação ao Sr. Josidan Góis Cunha (CPF 059.960.823-49), diante do integral recolhimento da multa imputada pelo Acórdão 2.989/2013 prolatado pelo Plenário do TCU, na Sessão Ordinária de 6/11/2013 (Ata nº 43/2013), de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

Valor original da multa: R\$ 5.000,00 / Data de origem da multa: 6/11/2013

Valores recolhidos (em R\$)	Datas dos recolhimentos
1.433,66	02/12/2013
100,00	28/04/2015
100,00	25/05/2015
100,00	30/06/2015
100,00	28/07/2015
100,00	26/08/2015
100,00	30/09/2015
100,00	03/11/2015



Valores recolhidos (em R\$)	Datas dos recolhimentos
100,00	03/12/2015
100,00	06/01/2016
100,00	02/02/2016
100,00	02/03/2016
100,00	04/04/2016
100,00	03/05/2016
100,00	25/05/2016
100,00	04/07/2016
100,00	28/07/2016
100,00	25/08/2016
100,00	07/10/2016
100,00	28/10/2016
100,00	07/12/2016
100,00	12/01/2017
100,00	12/01/2017
100,00	13/03/2017
100,00	04/04/2017
100,00	12/06/2017
100,00	28/06/2017
100,00	31/07/2017
100,00	31/08/2017
100,00	29/09/2017
100,00	30/10/2017
100,00	29/11/2017
100,00	07/02/2018
100,00	07/02/2018
1.037,42	08/07/2019

1. Processo TC-014.981/2010-6 (AUDITORIA)

1.1. Apensos: TC-006.307/2013-2 (SOLICITAÇÃO); TC-013.967/2015-0 (SOLICITAÇÃO); TC-006.782/2013-2 (SOLICITAÇÃO); TC-023.475/2016-1 (SOLICITAÇÃO); TC-010.423/2013-3 (SOLICITAÇÃO); TC-007.547/2013-7 (SOLICITAÇÃO); TC-000.701/2014-9 (SOLICITAÇÃO) e TC-007.144/2014-8 (SOLICITAÇÃO).

1.2. Responsáveis: Joaquim Guedes Martins Neto (CPF 246.136.573-34); Josidan Gois Cunha (CPF 059.960.823-49); José Wanks Meireles Sales (CPF 008.440.986-04) e Marcílio de Sá Batista (CPF 389.391.424-20).

1.3. Interessado: Congresso Nacional (vinculador).

1.4. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit.

1.5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

1.6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

1.7. Unidade Técnica: Secretaria Geral de Processos – Serviço de Controle dos Efeitos de Deliberações (Seproc-Secef).

1.8. Representação legal:

1.8.1. Eduardo Pragmácio de Lavor Telles (OAB/CE 2.331), entre outros, representando Joaquim Guedes Martins Neto;

1.8.2. Luiz Cláudio de Almeida Abreu (OAB/DF 301), entre outros, representando José Wanks Meireles Sales;

1.8.3. Marlon Carvalho Cambraia (OAB/CE 14.333) e Reno Porto Cesar Bertosi (OAB/CE



18.902), representando Marcílio de Sá Batista; e

1.8.4. Sergio Rebouças (OAB/CE 18.383), entre outros, representando Josidan Gois Cunha;

1.9. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.

ACÓRDÃO Nº 2072/2019 - TCU – Plenário

Considerando que os presentes autos tratam de solicitação formulada pela Procuradoria da República em Pernambuco, a partir do Procedimento Preparatório nº 1.26.000.001206/2019-11, solicitando a cópia digitalizada integral do processo instaurado no âmbito do TCU para apurar as eventuais irregularidades nas obras de navegabilidade do Rio Capibaribe no Recife – PE;

Considerando que o processo mencionado na aludida solicitação consistiria no TC 008.664/2016-1 autuado no âmbito do Fiscobras-2016 para cuidar de auditoria realizada sobre o então Ministério das Cidades (atual Ministério do Desenvolvimento Regional) e a Secretaria de Cidades do Estado de Pernambuco (Secid-PE), além da Caixa Econômica Federal (Caixa), em face das obras de implantação dos Corredores de Transporte Público Fluvial no Recife – PE;

Considerando que, por meio do Acórdão 2.382 prolatado em 14/9/2016, o Plenário do TCU determinou, entre outras medidas, a oitiva da Secid-PE, da Caixa e do então Ministério das Cidades, além do Consórcio ETC & Brasília Guaíba, diante dos indícios de irregularidade no correspondente empreendimento, estando o referido processo na Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana) para a emissão do seu pronunciamento técnico;

Considerando que, por intermédio do despacho em 12/4/2019, o Ministro-Relator determinou que a unidade técnica adotasse as medidas necessárias para autuar o específico processo administrativo de produção de conhecimento em apartado do aludido TC 008.664/2016-1 (por cópia integral), providenciando o integral acesso eletrônico da Procuradoria da República em Pernambuco ao referido processo administrativo de produção de conhecimento (autuado por intermédio da cópia do TC 008.664/2016-1), além de determinar o retorno do referido processo administrativo de produção de conhecimento ao Ministro-Relator, após ter providenciado o aludido acesso eletrônico em prol da Procuradoria da República em Pernambuco;

Considerando que a Secretaria de Gestão de Processos (Seproc) autuou o presente processo para a concessão da cópia integral do TC 008.664/2016-1 em favor da Procuradoria da República em Pernambuco, informando-a, por meio de mensagem eletrônica em 12/8/2019 (Peça 202), que o suscitado TC 021.755/2019-1 já estaria com a cópia integral do TC 008.664/2016-1 e poderia ser acessado pela mencionada Procuradoria da República;

Considerando que, por meio de mensagem eletrônica em 14/8/2019 (Peça 202), o Sr. Hélder Vinícius dos Anjos Ribeiro, como assessor do 17º Ofício da Procuradoria da República em Pernambuco, noticiou que teria conseguido o acesso ao presente processo e a obtenção da cópia integral do referido TC 008.664/2016-1;

Considerando, diante disso, que não mais subsistiriam providências a serem adotadas no âmbito do presente processo, podendo ele, portanto, ser arquivado;

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, nos termos dos arts. 143, V, “a”, 169, V, do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução nº 246, de 2011, em arquivar o presente processo, diante do cumprimento das medidas cabíveis, sem prejuízo de prolatar a seguinte determinação, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-021.755/2019-1 (SOLICITAÇÃO)

1.1. Interessado: Procuradoria da República em Pernambuco.

1.2. Órgão/Entidade: Caixa Econômica Federal; então Ministério das Cidades; Secretaria das Cidades do Estado de Pernambuco.

1.3. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.



- 1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.
- 1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Gestão de Processos (Seproc).
- 1.6. Representação legal: não há.
- 1.7. Determinar que a Seproc adote as seguintes medidas:
 - 1.7.1. envie a cópia do presente Acórdão à Procuradoria da República em Pernambuco, para ciência; e
 - 1.7.2. archive o presente processo.

ACÓRDÃO Nº 2073/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 000.630/2012-8.
2. Grupo I – Classe – I – Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsáveis: Emanuel Leite Borges (CPF 029.015.442-15), José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15), Mauro Ernesto Campos Lima (CPF 160.271.757-53), Rogério Araújo de Miranda Lobo (CPF 606.659.556-34) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).
 - 3.2. Recorrentes: José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).
4. Órgãos/Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal:
 - 8.1. Adriana Barbosa Felix (OAB/DF 32.396), Adriana Buccolo de Oliveira Campos (OAB/SP 176.433), Edgard Hermelino Leite Junior (OAB/SP 92.114 e OAB/PR 38.422), Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499), Giuseppe Giamundo Neto (OAB/SP 234.412), Laila Abud (OAB/SP 249.243), Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (OAB/SP 36.434), Maria Luíza Baillo Targá (OAB/DF 29.880), Noélie Regina de Oliveira Guerino (OAB/DF 27.017), Renata Santos Barbosa Catão (OAB/SP 205.412-B) e outros, representando Camter Construções e Empreendimentos S.A. (procuração e substabelecimentos às peças 8, 11, 12 e 41).
 - 8.2. Bruno Silva Campos (OAB/DF 17.509), Elísio de Azevedo Freitas (OAB/DF 18.596) e Gustavo Felipe Costa e Silva (OAB/MG 105.657), representando Luís Munhoz Prosel Junior (procuração e substabelecimento às peças 112 e 182).
 - 8.3. Alexander Andrade Leite (OAB/DF 29.136), Breno Luiz Moreira Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291), Eduardo Montalvão Machado (OAB/SP 298.135 e OAB/SE 476-B), Gabriela Veloso Holanda (OAB/DF 60.681), João Paulo Gomes Almeida (OAB/DF 37.155), Luiz Carlos Braga de Figueiredo (OAB/DF 16.010), Marcelo Montalvão Machado (OAB/DF 34.391, OAB/SE 4.187 e OAB/SP 357.553), Natália Peppi Cavakanti (OAB/SP 297.369 OAB/DF 47.471), Natália Souza dos Santos (OAB/DF 41.733), Pedro Teixeira Chaves (OAB/RO 895), Ricardo César Mandarinino Barretto (OAB/DF 34.716 e OAB/SP 365.604), Samuel Mezzalira (OAB/SP 257.984), Saul Totuinho Leal (OAB/DF 22.941) e Vivian Fróes Fiuza Rodrigues (OAB/DF 37.093), representando Júlio Augusto Miranda Filho (procuração e substabelecimentos às peças 120, 150, 151 e 276).
 - 8.4. Camilla Hoffmann da Rosa (OAB/RS 82.513), Carolina Corrêa do Amaral Ribeiro (OAB/PR 41.613), Erika Camargo Gerhardt (OAB/RO 1.911 e OAB/SP 137.008), Gustavo Dandolini (OAB/RO 3.205), Luiz Felipe da Silva Andrade (OAB/RO 6.175), Raduan Celso Alves de Oliveira



Nobre (OAB/RO 5.893) e Richard Campanari (OAB/RO 2.889), representando Emanuel Leite Borges (procuração à peça 212).

8.5. Michel Fernandes Barros (OAB/RO 1790) e Washington Ferreira Mendonça (OAB/RO 1.946), representando José Ribamar da Cruz Oliveira (procuração à peça 214).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial, ora em fase de Recursos de Reconsideração interpostos por José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho e Luís Munhoz Prosel Junior e pela empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. contra o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo relator e com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/7/1992, em:

9.1. conhecer dos Recursos de Reconsideração em exame, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo em seus exatos termos a deliberação recorrida;

9.2. dar ciência desta decisão aos recorrentes e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Rondônia, fazendo remissão, no caso desse último destinatário, ao Ofício 0547/2016-TCU/SECEX-RO, de 11/7/2016 (peça 200).

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2073-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2074/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 010.372/2014-8.

2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Acompanhamento.

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessado: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

3.2. Responsáveis: Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68), Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34) e Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00).

4. Órgãos/Entidades: Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Amazonas Energia) e Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras).

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

8. Representação Legal:

8.1. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (procurações e substabelecimento às peças 50, 65 e 85).

8.2. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Andère Cruz (OAB/MG 68.004),

Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Igor Folena Dias da Silva (OAB/DF 52.120), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Willamy Moreira Frota (procurações e substabelecimentos às peças 52, 60 a 62 e 82).

8.3. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Camilo Gil Cabral (procurações e substabelecimento às peças 51, 53 e 81).

8.4. Ronaldo Santana Macêdo (OAB/AM 6.536), representando Raimundo Lazaro Pereira Garcia (procuração à peça 54).

8.5. Cássio Victor Silva Benatti (CPF 009.930.651-47), Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Daysa Leite Omena Canuto (OAB/AL 10.825), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Valter Luiz Cardeal de Souza (procuração e substabelecimentos às peças 64, 75 e 84).

8.6. Alexandre Gonçalves Filho (CPF 669.891.751-68), José Renato Pinto da Fonseca (CPF 101.951.901-06), Maria Cristina Lopes Girão Moreira (CPF 150.725.091-68) e Sidnei Furlan (CPF 778.378.518-20), representando a Agência Nacional de Energia Elétrica (procurações às peças 16, 79 e 97).

8.7. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Luiz Henrique Hamann (procuração à peça 86).

8.8. Danilo Carvalho Freire (OAB/MG 162.033), Leonardo Jose Melo Brandão (OAB/MG 53.684) e Nathalia Gisela Moreira Alves (OAB/MG 146.634), representando a Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (procuração à peça 101).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Acompanhamento autuado com o objetivo de apurar a responsabilidade de gestores da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. por ter sido celebrado, em 1º/6/2006, o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1.902/2006 sem prévia estipulação de preço certo e definido, a despeito do que rege o art. 55, inciso III, da Lei 8.666, de 21/6/1993;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68), excluindo-o da presente relação processual;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos demais responsáveis em epígrafe, Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, Camilo Gil Cabral, Valter Luiz Cardeal de Souza, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota, exceto no que tange à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do TCU nos presentes autos, a qual deve ser reconhecida, impedindo a imposição de qualquer sanção a esses cinco agentes;

9.3. dar ciência dessa decisão:

9.3.1. à Amazonas Distribuidora de Energia S/A, à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. e à Petróleo Brasileiro S.A., com destaque para o entendimento de que, no âmbito do Contrato OC 1.902/2006 celebrado com a Companhia de Gás do Amazonas, a mera estimativa dos preços afetos à parcela de transporte e aos ramais termelétricos (subitens 8.1.2.1 e 8.1.3.2 da Cláusula Oitava da referida avença), com estipulação de possibilidade de recálculo destes preços em momento futuro, após a apuração dos gastos efetivamente incorridos na implantação do sistema de transporte e dos ditos ramais termelétricos (subitens 8.1.2.1.3 e 8.1.3.3 daquela mesma Cláusula Oitava), contrariou o disposto no art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, além de não se coadunar com os arts. 45 e 69, inciso



III, da Lei 13.303, de 30/6/2016, especialmente pelo fato de as empresas contratadas não terem sido alcançadas pelos reflexos desse recálculo, que acabou sendo absorvido pelo consumidor de energia elétrica;

9.3.2. à Companhia de Gás do Amazonas (Cigás), à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia (MME), à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) do Senado Federal e à Comissão de Minas e Energia (CME) da Câmara dos Deputados;

9.4. determinar à SeinfraElétrica que providencie, por intermédio de seu dirigente, em conformidade com o art. 169, **caput** e inciso V, do Regimento Interno do TCU, o encerramento dos presentes autos no sistema informatizado de controle de processos desta Corte de Contas.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2074-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2075/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 006.773/2002-9.

2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração.

3. Recorrente: Fernando Brendaglia de Almeida (CPF 051.558.488-65).

4. Órgãos/Entidades: Instituto Brasileiro de Frutas – Ibraf (64.709.983/0001-12); Marketing Coop. Ltda. (00.974.484/0001-70).

4.1. Interessado: Ministério da Agricultura e do Abastecimento.

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos.

8. Representação legal: Pedro Eloi Soares (OAB/RJ 52.318 e OAB/DF 1586-A).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Recurso de Reconsideração interposto por Fernando Brendaglia de Almeida em face do Acórdão 1.114/2017 - Plenário, por meio do qual suas contas foram julgadas irregulares, com condenação em débito, tendo em vista a não aprovação da prestação de contas dos recursos recebidos mediante o Convênio MA/SDR 11/1997;

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

9.1. com fundamento nos art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, e art. 285, **caput**, do Regimento Interno/TCU, conhecer do Recurso de Reconsideração para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a deliberação recorrida;

9.2. dar ciência do presente acórdão ao recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2075-34/19-P.



13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2076/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 012.643/2005-4.

2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Responsáveis: Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Aristides Leite França (CPF 308.775.557-53), Breno Marinho Junqueira (CPF 275.150.957-68), Carlos Alberto Nunes de Freitas (CPF 462.931.167-04), Celso Ferreira (CPF 011.553.507-15), Clóvis Harly de Deus Ribeiro (CPF 029.305.688-95), Dimas Fabiano Toledo (CPF 100.434.467-87), Expedito Carlos Barsotti (CPF 060.209.778-97), Fernando Sá de Sá Rego (CPF 160.900.207-53), Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), Jose Roberto Cesaroni Cury (CPF 773.129.538-91), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49), José Reginaldo de Castro Domingos (CPF 145.517.646-04), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), Lucimar Altomar Güttler (CPF 385.252.837-20), Luiz Antônio Buonomo de Pinho (CPF 796.018.717-72), Luiz Carlos dos Santos (CPF 043.738.808-59), Luiz Fernando Silva de Magalhães Couto (CPF 098.637.967-00), Luiz José Bacha Rizzo (CPF 632.961.797-04), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Marcos Henrique Souza de Magalhães (CPF 433.479.087-91), Mario Jorge Toschi Lima Rocha (CPF 370.077.697-72), Mauro Arantes Júnior (CPF 006.879.457-63), Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (CPF 316.283.207-10), Márcio Flório (CPF 310.819.327-91), Paulo Cezar Travassos de Mello Vaz (CPF 535.950.847-72), Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), Rodrigo Botelho Campos (CPF 449.009.456-68), Rogerio Brant Martins Chaves (CPF 296.968.287-72), Rosangela Rodrigues (CPF 714.512.507-20), Rui Costa Van Der Putt (CPF 742.489.528-15), Tadeu Rigo (CPF 613.363.199-68), Vanderlei Mário Muniz (CPF 360.774.107-72), Vera Christina Beiruth Prado (CPF 667.362.857-04) e M.I. Montreal Informática Ltda. (CNPJ 42.563.692/0001-26).

4. Órgãos/Entidades: Furnas Centrais Elétricas S.A.

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria do TCU no Estado do Rio de Janeiro (SEC/RJ).

8. Representação Legal: Antonio Henrique Medeiros Coutinho (OAB/DF 34.308), Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073), Douglas Fernandes de Moura (OAB/DF 24.625), Eduardo Rodrigues Lopes (OAB/DF 29.283), Eduardo Stênio Silva Sousa (OAB/DF 20.327), João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A), Luís Justiniano de Arantes Fernandes (OAB/DF 2.193/A), Mabel Lima Tourinho (OAB/DF 16.486), Paulo Roberto Gomes (CPF 352.325.877-49) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria realizada em Furnas Centrais Elétricas S.A., com o objetivo de subsidiar os trabalhos das Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito denominadas “CPMI dos Correios” e “CPMI do Mensalão”, bem como da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal denominada “CPI dos Bingos”;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 27 da Lei 8.443, de 16/7/1992, combinado com o art. 218 do Regimento Interno/TCU, e no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 278, parágrafo único, da Lei 13.105, de 16/3/2015, com o art. 174 do Regimento Interno do TCU e com o art. 3º, § 2º, da Resolução-TCU 178, de 24/8/2005, em:



9.1. rever de ofício o Acórdão 100/2013-TCU-Plenário, para tornar insubsistente a multa aplicada em seu item 9.8.5 ao responsável Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), eis que esse responsável havia falecido antes de ser proferida a mencionada deliberação;

9.2. expedir quitação em favor dos Srs. Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49) e Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), tendo em vista o recolhimento das multas que lhes foram imputadas nestes autos de Auditoria;

9.3. dar ciência dessa decisão aos herdeiros do Sr. Heitor Herberto Sales e aos responsáveis arrolados no subitem 9.2 **supra**;

9.4. remeter os autos à Secretaria das Sessões para que seja sorteado relator do novo Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Luiz Antônio Buonomo de Pinho (peça 770).

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2076-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2077/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.454/2019-5.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Administrativo.

3. Interessado: Tribunal de Contas da União.

4. Órgãos/Entidades: Administração Pública Federal (Diversos).

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti).

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de proposta de auditoria;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. autorizar que seja realizada a ação fiscalizatória proposta pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) com a concordância da Coordenação-Geral de Controle Externo de Gestão de Processos e Informações (Copin);

9.2. restituir os presentes autos à referida Coordenação-Geral para adoção das providências a seu cargo.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2077-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.



ACÓRDÃO Nº 2078/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.596/2013-5.
 - 1.1. Apenso: 003.662/2017-9; 022.180/2016-8; 016.363/2016-7; 001.421/2015-8.
 2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (Denúncia).
 3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Identidade Preservada (art. 55, Caput, da Lei N. 8.443/1992) (019.164.077-81)
 - 3.2. Responsáveis: Luiz Carlos da Silva (171.801.209-87); Paulo Roberto Rocha Kruger (186.859.949-34); Universidade Federal do Paraná (75.095.679/0001-49); Zaki Akel Sobrinho (359.063.759-53); Álvaro Pereira de Souza (600.130.019-49).
 - 3.3. Recorrente: Zaki Akel Sobrinho (359.063.759-53).
 4. Órgão/Entidade: Universidade Federal do Paraná.
 5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Aroldo Cedraz.
 6. Representante do Ministério Público: não atuou.
 7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Gestão de Processos (Seproc).
 8. Representação legal:
 - 8.1. Claudismar Zupiroli (12250/OAB-DF), representando Zaki Akel Sobrinho.
 - 8.2. Fausto Pereira de Lacerda Filho (5491/OAB-PR) e outros, representando Luiz Carlos da Silva e Paulo Roberto Rocha Kruger.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se apreciam Embargos de Declaração opostos por Zaki Akel Sobrinho contra o Acórdão 1406/2018-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los;
 - 9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante e aos demais interessados.
10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2078-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2079/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.673/2014-4.
 - 1.1. Apenso: 029.240/2014-0
 2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Atos de Admissão (revisão de ofício)
 3. Interessada: Silvia Andrea Cupertino (780.127.161-00).
 4. Órgão: Senado Federal.
 5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
 6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.



7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).

8. Representação legal: João Paulo Amaral Rodrigues (OAB-DF 24.867), representando Silvia Andrea Cupertino.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de revisão de ofício do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, alusivo a admissões de pessoal promovidas pelo Senado Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 71, inciso III, da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso V, 39, inciso I, e 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 260, § 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. rever parcialmente, de ofício, o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, para, tornando-o sem efeito em relação à sra. Silvia Andrea Cupertino, cancelar o registro do ato número de controle 30734703-01-2014-000148-4;

9.2. determinar ao Senado Federal, com fulcro nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal, que acompanhe os desdobramentos da Ação Ordinária 17965-88.2012.4.01.3400, proposta junto à 22ª Vara Federal de Brasília, e, sobrevindo decisão judicial transitada em julgado denegatória do pleito formulado pela sra. Silvia Andrea Cupertino, adote as medidas regularizadoras pertinentes, dando imediata ciência a esta Corte a respeito;

9.3. determinar o sobrestamento da análise da legalidade, para fins de registro, do ato de admissão da sra. Silvia Andrea Cupertino até o trânsito em julgado do processo judicial acima referido;

9.4. dar ciência desta deliberação à interessada;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, para conhecimento, à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria da República no Distrito Federal (2º Ofício de Servidor Público e Concursos), ao juízo da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2079-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

ACÓRDÃO Nº 2080/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.894/2004-9.

1.1. Apenso: 007.266/2013-8.

2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de reexame (Relatório de Auditoria).

3. Recorrentes: Aristóteles Bassin (270.900.867-04); José Carlos Parreira Paiva (851.863.417-20); Sérgio dos Santos Arantes (335.417.367-04).

4. Órgão/Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstat).

8. Advogados constituídos nos autos:



8.1. Carlos Roberto Siqueira Castro (20.015/OAB-DF) e outros, representando Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes;

8.2 Carolina Bastos Lima Brum (135.073/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (confirmado em sede de embargos de declaração pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário), proferido em autos de auditoria na Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, destinada a avaliar os indícios de irregularidades nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, objeto do Contrato 567.2.004.02-3, firmado com a empresa Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A, indicados no levantamento de auditoria do Fiscobras 2004,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pelos Srs. Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes, com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, aos recorrentes.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2080-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

ACÓRDÃO Nº 2081/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.973/2017-9

2. Grupo II – Classe IV – Tomada de Contas Especial.

3. Responsáveis: Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. (CNPJ 68.809.300/0001-50), Francisco Cordero Donha Filho (CPF 050.000.918-09), Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 16.629.693/0001-16), Marte Engenharia Ltda. (CNPJ 32.225.757/0001-70) e Paulo Roberto Telles Villas (CPF 277.273.517-68).

4. Unidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

6. Representante do Ministério Público: subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica).

8. Representação legal:

8.1. Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB/DF 27.154) e outros representando a Integral Engenharia Ltda.;

8.2. Mariana de Mello Vaz Albuquerque (OAB/RJ 119.926) e outros representando Furnas Centrais Elétricas S.A.;

8.3. Arthur Magno e Silva Guerra (OAB/MG 79.195) representando Francisco Cordero Donha



Filho;

8.4. João Joaquim Martinelli (OAB/RJ 139.475) e outros representando a Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. e Marte Engenharia Ltda.;

8.5. Victor Lima Duque Estrada (OAB/DF 47.887) e outros representando Paulo Roberto Telles Villas.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta tomada de contas especial, instaurada em cumprimento ao subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-Plenário em razão de sobrepreço no Contrato 8000001197, firmado entre Furnas Centrais Elétricas S.A. (Furnas) e a empresa Integral Engenharia Ltda. para relocação do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica, no âmbito do empreendimento Aproveitamento Hidroelétrico Simplício, entre os estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alínea “c” e § 3º, 19, 23, inciso III, 26, 28, incisos I e II, 57 e 61 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 214, inciso III, alínea “a”, e 215 a 217 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas das empresas Integral Engenharia Ltda. e Marte Engenharia Ltda.;

9.2. condenar os responsáveis abaixo listados ao recolhimento aos cofres de Furnas Centrais Elétricas S.A. dos débitos indicados a seguir, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das datas referidas até o pagamento:

9.2.1. Integral Engenharia e Marte Engenharia, solidariamente:

DATA	VALOR (R\$)
31/01/2010	4.255.055,34

9.2.2. Integral Engenharia:

DATA	VALOR (R\$)
31/01/2010	1.232.987,90

9.3. aplicar à empresa Marte Engenharia Ltda. multa individual de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), e à empresa Integral Engenharia Ltda. multa de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), a serem recolhidas aos cofres do Tesouro Nacional, com atualização monetária calculada da data deste acórdão até o pagamento, se efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência dos respectivos encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. dar ciência desta deliberação aos procuradores-chefes da Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.



12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2081-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

ACÓRDÃO Nº 2082/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 004.355/2013-0.

1.1. Apensos: 001.736/2015-9; 004.657/2017-9

2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame em Relatório de Auditoria

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47)

3.2. Responsáveis: Angélica Rangel Zanetti Bastos (096.535.717-10); Clovis Lascosque (480.761.807-59); Companhia Docas do Espírito Santo-Codesa (27.316.538/0001-66); Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72)

3.3. Recorrentes: Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47); Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72).

4. Órgão/Entidade: Companhia Docas do Espírito Santo.

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor).

8. Representação legal: Tathiane Vieira Viggiano Fernandes, OAB/DF 27.154 e outros, representando Estacon Infraestrutura S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedidos de reexame interpostos pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A. e por Fernando Elias Siqueira Rangel, contra o Acórdão 606/2017-Plenário, proferido no âmbito da auditoria realizada na Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) para fiscalizar o edital do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) Eletrônico 1/2012-Codesa, cujo objeto foi contratação das obras de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame, interposto por Fernando Elias Siqueira Rangel, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. conhecer do pedido de reexame, interposto pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A., para, no mérito, dar-lhe provimento parcial e reduzir o montante do sobrepreço objeto da determinação veiculada no item 9.4.1 da decisão recorrida de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38;

9.3. determinar o retorno destes autos ao relator *a quo*, para que sejam atualizadas as informações acerca da execução do contrato, firmado entre a Codesa e a Empresa Estacon Infraestrutura S.A, com vistas a verificar se os comandos do Acórdão 606/2017-Plenário foram cumpridos e avaliar a necessidade de instauração de TCE para cobrança de eventuais valores pagos indevidamente à contratada;

9.4. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e à Companhia Docas do Espírito Santo.



10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2082-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2083/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.743/2019-8.
 - 1.1. Apenso: 021.240/2019-1
2. Grupo I – Classe de Assunto: II – Solicitação do Congresso Nacional
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional oriunda da Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados atinente ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras);

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

9.1. conhecer da presente Solicitação, atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso I, da Lei 8.443/92, c/c o art. 232, inciso III, do Regimento Interno, e art. 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução TCU 215/2008;

9.2. informar à Presidência da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados que:

9.2.1. foram autuados, neste Tribunal, os seguintes processos de controle externo que tratam do objeto desta solicitação, qual seja, o “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o MPF/PR e a Petrobras:

9.2.1.1. TC 005.557/2019-4, denúncia acerca da legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

9.2.1.2. TC 005.840/2019-8, representação formulada pelo MP/TCU solicitando apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” e o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e autoridades dos EUA guardam conformidade com o ordenamento jurídico pátrio;

9.2.1.3. TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados solicitando apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”;

9.2.1.4. TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás; e

9.2.1.5. TC 007.825/2019-6, solicitação de informações acerca do Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, com proposta de



apensamento ao TC 005.557/2019-4;

9.2.2. a Proposta de Fiscalização e Controle (PFC) 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, e tão logo apreciado pelo Tribunal, dar-se-á notícia quanto ao seu resultado;

9.2.3. por força da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568 – Paraná, encontram-se suspensos todos os efeitos do “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o Ministério Público Federal/PR e a Petrobras, inclusive com o bloqueio da conta corrente na qual os recursos do acordo estão depositados e a suspensão da constituição da fundação privada que deveria gerir esses recursos;

9.3. estender ao TC 005.557/2019-4 os atributos definidos no art. 5º da Resolução-TCU 215/2008, com fulcro no art. 14, inciso III, desse normativo;

9.4. sobrestar a apreciação do presente processo até que seja apreciado o processo TC 005.557/2019-4, cujos resultados são necessários ao integral cumprimento da solicitação, com fundamento no art. 47 da Resolução-TCU 259/2014, c/c o art. 6º, inciso I, da Resolução-TCU 215/2008.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2083-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2084/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.743/2016-1.

1.1. Apenso: 030.324/2016-5

2. Grupo I – Classe de Assunto: V Monitoramento

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessado: CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. (07.496.584/0001-87).

4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviárias e Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

8. Representação legal:

8.1. Igor Felli Araujo de Sousa (41.605/OAB-DF) e outros, representando CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda.

8.2. Rosimeire Gaudad Sardinha Carneiro e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do monitoramento do cumprimento das determinações constantes do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fulcro nos arts. 157; 183, parágrafo único; 276, caput e § 3º; todos do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. considerar parcialmente cumpridos os itens 9.2.1 a 9.2.5, e respectivos subitens, bem assim a parte inicial do item 9.2.6, todos do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;



9.2. considerar prejudicado o cumprimento da parte final do item 9.2.6 e dos itens 9.2.7, 9.2.8, todos do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;

9.3. determinar à Infraero que, no prazo máximo de 48 horas dos pagamentos, informe o TCU a respeito dos valores que vierem a ser pagos à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. em decorrência do Contrato 024.ST/2004-0061;

9.4. determinar à SeinfraRodoviaAviação que avalie se os valores efetivamente pagos à CDN, que vierem a ser informados em cumprimento ao item 9.3 acima, encontram-se dentro do valor limite obtido a partir da aplicação dos parâmetros estabelecidos pelo Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, representando a esse Tribunal, caso necessário; e

9.5. informar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. acerca da perda de efeito da medida cautelar adotada por intermédio do item 9.2 do Acórdão 535/2014-Plenário.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2084-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2085/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 007.825/2019-6.

2. Grupo II – Classe de Assunto: V - Solicitação

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgão/Entidade: não há.

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação formulada pela liderança do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na Câmara dos Deputados atinente ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa pública Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras);

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

9.1. não conhecer da presente solicitação, nos termos do § 2º, do art. 232, do Regimento Interno;

9.2. dar ciência desta deliberação ao interessado.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2085-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.



13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2086/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.459/2019-6.

1.1. Apenso: 043.230/2018-0

2. Grupo I – Classe de Assunto:

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgão/Entidade: Superintendência Regional Nordeste do INSS.

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Microsens S/A em face de supostas irregularidades constantes do Pregão Eletrônico 5/2018, conduzido pela Superintendência Regional Nordeste do Instituto Nacional do Seguro Social, o qual teve por objeto registro de preços para material de consumo, com valor total de R\$ 4.892.863,00 referentes aos itens homologados em favor da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática Eireli,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar procedente a representação;

9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, haja vista a ausência dos elementos necessários para sua adoção;

9.3. determinar à Superintendência Regional do Nordeste do INSS, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que, em relação ao fornecimento de materiais falsificados pela empresa Smart Distribuidora de Suprimentos, informe ao TCU, no prazo de sessenta dias, o resultado das apurações dos procedimentos administrativos instaurados pelas gerências executivas de Feira de Santa e Santo Antônio de Jesus; e

9.4. comunicar ao Instituto Nacional de Seguridade Social e ao representante que o conteúdo desta deliberação poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2086-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2087/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.775/2011-4.

1.1. Apenso: 018.400/2009-6

2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria)

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Interessados: Agência Nacional de Energia Elétrica (02.270.669/0001-29); Congresso



Nacional (vinculador); Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (09.637.556/0001-68)

3.2. Responsáveis: Eurides Luiz Mescolotto (185.258.309-68); Ronaldo dos Santos Custódio (382.173.090-00)

3.3. Recorrente: Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (00.073.957/0013-00).

4. Órgão/Entidade: Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraEle).

8. Representação legal:

8.1. André Fonseca Roller (20.742 /OAB-DF) e outros, representando Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu.

8.2. José Renato Pinto da Fonseca e outros, representando Agência Nacional de Energia Elétrica.

8.3. Fabiano Marcos Zwicker (16035/OAB-SC) e outros, representando Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes pedidos de reexame pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (Eletrosul) contra o Acórdão 1.194/2018-Plenário, que apreciou relatório de auditoria realizada nas obras de implantação do Complexo Hidrelétrico São Bernardo/SC – Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) de Barra do Rio Chapéu, João Borges, Itararé e Pinheiro,

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela Eletrosul, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, conferindo a seguinte redação ao subitem 9.1 do Acórdão 1.194/2018-Plenário:

“9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 5.800.823,48 (cinco milhões, oitocentos mil, oitocentos e vinte e três reais e quarenta e oito centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;”

9.2. dar ciência desta deliberação à recorrente e aos demais interessados.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2087-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2088/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 029.322/2016-2.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Revisão de ofício em aposentadoria

3. Interessados/Responsáveis:



- 3.1. Interessados: Gildomira Castro de Atayde (115.388.641-34).
4. Órgão/Entidade: Senado Federal.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pensão militar, considerada legal por meio do Acórdão 6.342/2017-2ª Câmara,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator e com fundamento na Constituição Federal, art. 71, IX, na Lei 8.443/1992, arts. 1º, 39, II, e no Regimento Interno deste Tribunal, art. 260, § 2º, em:

9.1. rever de ofício o Acórdão 6.342/2017, da Segunda Câmara, para considerar ilegal e cancelar o registro do ato inicial de concessão de aposentadoria de Gildomira Castro de Atayde;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos pela interessada, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;

9.3. determinar ao Senado Federal, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que:

9.3.1. dê ciência à sra. Gildomira Castro de Atayde do inteiro teor desta deliberação no prazo de quinze dias e faça juntar o comprovante de notificação a estes autos nos quinze dias subsequentes;

9.3.2. faça cessar os pagamentos decorrentes do ato impugnado no prazo de quinze dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;

9.3.3. cadastre novo ato, livre das irregularidades apontadas, no prazo de trinta dias;

9.3.4. informe a este Tribunal as providências adotadas, no prazo de quarenta e cinco dias;

9.4. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que:

9.4.1. dê início aos procedimentos para revisão de ofício da aposentadoria da servidora Geisa Marli Soares Ribeiro;

9.4.2. acompanhe o cumprimento das determinações contidas no subitem 9.3.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2088-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2089/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.527/2018-0.

1.1. Apenso: 005.706/2019-0

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação

3. Representante/Interessado

3.1. Representante: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico do Tribunal de Contas da União (SecexDesenvolvimento)

3.2. Interessado: Caixa Econômica Federal

4. Unidade jurisdicionada: Secretaria Executiva do Ministério do Turismo

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler

6. Representante do Ministério Público: não atuou



7. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (SecexDesenvolvimento)

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação decorrente de auditoria feita pela Controladoria-Geral da União nas contas anuais ordinárias da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo – exercício de 2015 (TC 001.162/2017-9),

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fulcro no art. 276, § 1º, do RITCU, referendar, até o pronunciamento deste Tribunal a respeito do mérito da representação, a medida cautelar adotada pelo relator por meio do despacho contido na peça 30 destes autos, transcrito no relatório que acompanha este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes no mencionado despacho;

9.2. dar ciência desta deliberação à Secretaria Executiva do Ministério do Turismo e à Caixa Econômica Federal; e

9.3. retornar os presentes autos à SecexDesenvolvimento para adoção das providências cabíveis e prosseguimento do feito.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2089-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2090/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.668/2012-4.

2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de Reexame (Representação)

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Interessados: Branes Negócios e Serviços S.A. (15.463.923/0001-57); Caixa Econômica Federal (00.360.305/0653-11); IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada (33.372.251/0001-56)

3.2. Recorrentes: Branes Negócios e Serviços S.A. (15.463.923/0001-57); Caixa Econômica Federal (00.360.305/0653-11); IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada (33.372.251/0001-56).

4. Órgão/Entidade: Caixa Participações S.A.

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

5.1. Relator da Deliberação recorrida: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinan).

8. Representação legal:

8.1. Nathália Castro de Pina e outros, representando Caixa Econômica Federal.

8.2. Carlos Magno Martins Vieira Mascarenhas e outros, representando Branes Negócios e Serviços S/A.

8.3. Celso Cintra Mori (23.639/OAB-SP) e outros, representando IBM Brasil-Indústria Máquinas



e Serviços Limitada e Caixa Participações S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos pela Caixa Econômica Federal e pelas sociedades empresárias Branes Negócios e Serviços S/A e IBM Brasil - Indústria Máquinas e Serviços Ltda. contra o Acórdão 894/2015-Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, com fulcro nos artigos 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer dos pedidos de reexame, para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistentes os subitens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário;

9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, no prazo de 60 dias, após o desfazimento do contrato Siges 5.014/2012, em cumprimento ao subitem 9.4 do Acórdão 1797/2019-Plenário, encaminhe à Secex/Finan informações acerca da pertinência e da eventual manutenção da participação acionária da Caixa e da CaixaPar na empresa Branes Negócios e Serviços S/A;

9.3. determinar à Secex/Finan que monitore o cumprimento da determinação acima e represente a este Tribunal caso identifique indícios de irregularidades;

9.4. dar ciência deste Acórdão às recorrentes.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2090-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2091/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 024.964/2010-7.

1.1. Apenso: 020.159/2006-0; 025.731/2014-9; 002.698/2015-3.

2. Grupo I – Classe de Assunto I: Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial)

3. Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Responsáveis: Carlos Augusto de São José (CPF 001.400.901-34); Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Erico Paulo Siegmar Weidle (CPF 018.007.520-91); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Mauro Luiz Rabelo (CPF 222.761.901-59); Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34); e Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87).

3.2. Recorrentes: Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87).

4. Entidade: Centro de Seleção e Promoção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB).

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Guilherme Machado de Oliveira (OAB/DF 43.626); Guilherme Henrique de Sá Mendes (OAB/DF 15.731/E); Breno Luiz M Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291); Paulo José



Machado Corrêa (OAB/DF 14.515).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de recursos de reconsideração em face do Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo,

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

9.1 conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Edeijavá Rodrigues Lira e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, funcionários da Fundação Universitária de Brasília (Fubra), e pelas Sras. Crea Antônia de Almeida Faria, Maria Osita Gomes Bezerra e Romilda Guimarães Macarini, funcionárias do Centro de Promoção e Seleção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB), com fundamento no art. 285 do Regimento Interno;

9.2 dar provimento parcial ao recurso interposto por Romilda Guimarães Macarini;

9.3 negar provimento aos recursos interpostos por Crea Antônia de Almeida Faria, Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Maria Osita Gomes Bezerra;

9.4 reformar o Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário, alterando o item 9.6 para que passe a apresentar a seguinte redação:

“9.6. aplicar individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, II, do Regimento Interno para:

Responsável	Valor da multa
<i>a Sra. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87), diretora-geral do Cespe</i>	<i>R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais)</i>
<i>a Sra. Crea Antonia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49), diretora administrativa</i>	<i>R\$ 10.000,00 (dez mil reais)</i>
<i>o Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34), diretor administrativo, diretor executivo e vice-diretor-geral e de logística</i>	<i>R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)</i>
<i>a Sra. Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53), supervisora do núcleo de pessoal</i>	<i>R\$ 3.000,00 (três mil reais)</i>

fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;”

9.5 dar ciência da presente deliberação aos recorrentes;

9.6 remeter cópia deste acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Distrito Federal e à Procuradora da República Eliana Pires Rocha.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2091-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2092/2019 – TCU – Plenário



1. Processo nº TC 025.218/2015-8
2. Grupo II – Classe de Assunto – VII - Monitoramento em Relatório de Levantamento (FISC Segurança 2015)
3. Interessados/Responsáveis: Guilherme Cals Theophilo (Secretário da Senasp)
4. Órgão/Entidade: Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça e Segurança Pública e outros
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública - SecexDefesa
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de monitoramento do Acórdão nº 1.943/2016-TCU-Plenário, a respeito de Relatório de Levantamento efetivado com vistas a elaboração do Relatório Sistemático de Fiscalização da Segurança Pública 2015 (FiscSegurança2015), cujo objeto é o aprimoramento do controle externo exercido por este Tribunal no setor e o oferecimento de subsídios aos trabalhos das Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas Legislativas.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, nos termos do art. 243 e 250, III, *in fine*, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

- 9.1. em relação ao Acórdão 1.943/2016-TCU-Plenário:
 - 9.1.1. declarar a perda de objeto da determinação descrita no subitem 9.1;
 - 9.1.2. considerar não implementadas as recomendações referidas nos subitens 9.2.1, 9.2.2.1 e 9.2.2.2;
 - 9.1.3. considerar prejudicada a recomendação descrita no subitem 9.3;
- 9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e com base no princípio da eficiência administrativa, ficando no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, determinar:
 - 9.2.1. à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que, com base na atribuição prevista no art. 50, §2º, da Lei Complementar 101/2000, estabeleça no Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP) padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança Pública e nas correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas), para efeito de consolidação das contas públicas, em conformidade com o disposto nos arts. 50 e 51 da LC 101/2000;
 - 9.2.2. à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que:
 - 9.2.2.1. nos termos do art. 13, inciso VI, da Lei 13.675/2018, c/c art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, defina formalmente a periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País;
 - 9.2.2.2. nos termos dos arts. 10, inciso VI, 35 e 36, da Lei 13.675/2018, c/c art. 23, inciso V, do Decreto 9.662/2019, adote medidas para assegurar maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, notadamente por meio da completa operacionalidade, integração, disponibilidade e universalização do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp);
 - 9.2.2.3 nos termos do art. 36, inciso II, da Lei 13.657/2018, c/c art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, adote providências para atualizar as bases de estudos e pesquisas de interesse da PNSPDS disponibilizadas na *Internet* e no Sinesp;



9.2.3. à Secretaria do Tesouro Nacional e à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), que, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da ciência desta deliberação, informem a este Tribunal sobre as providências adotadas e os resultados obtidos em atendimento às determinações expedidas no subitem 9.2 deste Acórdão;

9.3. determinar à Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública (SecexDefesa) que monitore as medidas ora determinadas, por meio dos respectivos processos de contas anuais;

9.4 dar ciência deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.4.1 aos Ministros de Estado da Economia e da Justiça e Segurança Pública;

9.4.2 ao Secretário do Tesouro Nacional e ao Secretário da Senasp;

9.4.3 ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2092-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2093/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 026.312/2016-6.

2. Grupo I – Classe de Assunto VII: Denúncia

3. Interessados: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

4. Órgão: Defensoria Pública da União (DPU).

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (SecexAdministração).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Denúncia acerca de possíveis irregularidades ocorridas na Defensoria Pública da União (DPU), no que concerne à alocação de servidores requisitados, terceirizados e estagiários em vagas do quadro servidores do órgão,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer a presente denúncia por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno;

9.2 determinar o arquivamento do presente processo, fazendo-se a devida comunicação ao denunciante, haja vista as nomeações realizadas pela Defensoria Pública da União, no prazo de validade do concurso regido pelo Edital n.º 1 de 13/4/2015.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2093-34/19-P.

13. Especificação do quórum:



13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2094/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 027.194/2019-1.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação – Referendo de cautelar.

3. Representante: Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. (CNPJ 09.312.196/0001-24).

4. Entidade: Universidade Federal da Bahia.

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

8. Representação legal:

8.1. Thomas Nicolas Chryssocheris (237917/OAB-SP) e outros, representando Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. EPP, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU, em face da licitação promovida pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pregão Eletrônico n. 11/2019, em que se aprecia, para fins de referendo, medida cautelar expedida pelo Relator,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. referendar a medida cautelar concedida por meio do despacho acostado à peça 30 e as demais decisões prolatadas naquela ocasião;

9.2. retornar o processo à Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, para as providências cabíveis.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2094-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2095/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 004.527/2017-8

2. Grupo II – Classe V – Acompanhamento.

3. Responsável: Gilberto Alves (CPF 120.076.501-00).

4. Unidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.



7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCOM.

8. Representação legal: Mauro Porto (OAB/DF 12.878) e outros representando Gilberto Alves; Varlone Batista Sampaio (CPF 699.097.171-15) e outros representando a Anatel.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido o processo de acompanhamento autuado em função de autorização expressa no subitem 9.4 do Acórdão 3.023/2014-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge, com o fito de apurar eventuais responsabilidades quanto às irregularidades verificadas na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) relativas ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa e quantificar o débito, se for o caso.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 169, inciso V, 241, 242 e 250, inciso I, do Regimento Interno, em:

9.1. acolher as razões de justificativas de Gilberto Alves;

9.2. dar ciência à Anatel de que a falta de uniformidade acerca dos instrumentos aptos a interromper o prazo prescricional em processos que lá tramitam pode acarretar prejuízos na condução dos processos da agência e riscos de inconformidades/irregularidades relacionados à prescrição da pretensão punitiva;

9.3. considerar cumpridas as determinações contidas nos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.023/2014-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge;

9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, à Anatel e à Controladoria-Geral da União;

9.5. arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2095-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2096/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.253/2007-4

1.1. Apenso: TC 023.192/2015-1

2. Grupo I – Classe I – Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

3. Recorrente: Wilson Felicíssimo de Lima (CPF 461.731.291-91).

4. Unidade: Ministério do Desenvolvimento Regional.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro José Mucio Monteiro.

6. Representante do Ministério Público: procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:



VISTO, relatado e discutido este recurso de reconsideração, interposto por Wilson Felicíssimo de Lima, ex-coordenador-geral de Recursos Logísticos substituto do então Ministério das Cidades, contra o Acórdão 671/2015-Plenário, que julgou tomada de contas especial oriunda da conversão de representação de equipe de auditoria deste Tribunal acerca de irregularidades na realização de eventos daquele ministério pela empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do recurso de reconsideração e negar-lhe provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2096-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2097/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.849/2016-9.

1.1. Apenso: 018.756/2014-0.

2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).

3. Recorrente: Ana Zuleide Barroso da Silva (382.277.032-91).

4. Entidade: Universidade Federal de Roraima.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.

7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE).

8. Representação legal:

8.1. Paulo Nicholas de Freitas Nunes (OAB-AL 5.076) e outros e outros, representando Ana Zuleide Barroso da Silva.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia recurso de reconsideração interposto por Ana Zuleide Barroso da Silva, professora da Universidade Federal de Roraima (UFRR), contra o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o tribunal julgou suas contas irregulares e a condenou ao pagamento de débito e multa em razão de prejuízo ao erário decorrente do seu afastamento da UFRR para participar de curso de doutorado na Universidade de Brasília (UnB) cuja titulação foi anulada administrativamente, por plágio da tese doutorado;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento ao presente recurso de reconsideração, para:

9.1.1. anular o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, retornando os autos ao relator *a quo*;

9.1.2. determinar o sobrestamento desta TCE até o trânsito em julgado dos processos que discutem a validade do título de doutorado da recorrente nas esferas judicial e administrativa;



9.1.3. solicitar à UnB que informe ao TCU o resultado da nova comissão instituída por determinação da justiça federal, no âmbito do processo 0001352-47.2014.4.01.4200/RR, para apurar a ocorrência de plágio na tese de doutorado defendida por Ana Zuleide Barroso da Silva;

9.1.4. determinar à unidade de origem que adote as providências necessárias ao acompanhamento dos processos administrativo e judicial que tratam da matéria, com vistas ao prosseguimento do presente feito tão logo eles sejam concluídos

9.2. dar ciência deste acórdão à recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2097-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2098/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 018.509/2018-5.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessado: Município de Uberlândia - MG (18.431.312/0001-15).

4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

8. Representação legal:

8.1. Ana Carolina Abdala Lavrador (96.881/OAB-MG) e outros, representando Município de Uberlândia - MG.

8.2. Alex Zeidan dos Santos (19.546/OAB-DF) e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo município de Uberlândia/MG a respeito de supostas irregularidades no edital de licitação 016/LALI-2/SBUL/2018, promovido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), cujo objeto é a concessão de uso de área, com investimento, para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto de Uberlândia/MG.

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

9.1. considerar improcedente a presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014,

9.2. indeferir a medida cautelar proposta anteriormente, com fulcro no art. 276, § 6º, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista a ausência dos seus fundamentos no caso concreto;

9.3. determinar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da



União, que, doravante, em seus editais de licitação, abstenha-se de exigir apresentação de atestado de visita ao local de execução das obras ou serviços, facultando aos licitantes apresentarem declaração de que conhecem as condições sob as quais o objeto será executado, assumindo total responsabilidade por sua realização, em observância ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/93;

9.4. orientar a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que autue ação de controle específica com o intuito de verificar de maneira mais abrangente os fatos constatados nestes autos;

9.5. dar ciência deste acórdão ao representante e à Infraero; e

9.6. arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2098-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2099/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.107/2015-6.

2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (Relatório de Auditoria).

3. Recorrente: Luiz Roberto Giugni (047.367.558-73), Andrew George William Parsons (052.420.207-92) e Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68).

4. Entidade: Confederação Brasileira de Hipismo/CBH.

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: não atuou.

8. Representação Legal: Wladimir Vinycius de Moraes Camargos (OAB/DF 39.918) e Pedro Henrique Rebello de Mendonça (OAB/RJ 149.272).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, presidente da Confederação Brasileira de Hipismo/CBH, Andrew George William Parsons, presidente do Comitê Paralímpico Brasileiro/CPB e Marcela Frias Pimentel Parsons, executora técnica de convênios da CBH, em face do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário;

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

9.1. conhecer, com fundamento no art. 34, *caput* e § 1º, da Lei 8.443/1992, os embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, Andrew George William Parsons e Marcela Frias Pimentel Parsons;

9.2. no mérito, acolher parcialmente os embargos opostos pelo Sr. Luiz Roberto Giugni para integrar a deliberação recorrida com os fundamentos expostos no voto que fundamenta esta deliberação e para retirar do subitem 9.5 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário a expressão “fracionamento de despesa”;

9.3. no mérito, acolher os embargos opostos pelo Sr. Andrew George William Parsons, alterando o subitem 9.8 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário para consignar o acolhimento de suas



justificativas e o subitem 9.11 do referido acórdão para retirar a multa a ele aplicada e reduzir a multa aplicada à Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons para R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

9.4. no mérito, acolher parcialmente os embargos opostos pela Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons para consignar, no subitem 9.8 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário, a rejeição parcial de suas justificativas;

9.5. os subitens 9.8. e 9.11. do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário passam a ter a seguinte redação:

9.8. acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andrew George William Parsons (052.420.207-92) e pela Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68), em razão da celebração e gestão de convênios entre CPB/CBH (subitens 9.2.7 e 9.2.8 do Acórdão 931/2016 – TCU – Plenário) e acolher parcialmente as razões de justificativa da Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68) em relação à utilização de recursos públicos para viajar em classe executiva;

9.11. aplicar, individualmente, ao Srs. Augusto Cezar do Ó Alexandre (044.145.907-28), Marcelle Azevedo Rodrigues de Souza (138.083.767-75), Antônio Eduardo Alegria Simões (463.922.207-63), Pedro Luiz Cordeiro dos Santos (919.668.178-00), a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 268, inciso I, do Regimento Interno, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e à Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68) no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. de ofício, tornar insubsistente o subitem 9.14 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário; e

9.7. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2099-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2100/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.408/2019-0.

2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Agravo (Denúncia).

3. Recorrente: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: não atuou.

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos este agravo interposto pela **denunciante** contra despacho proferido por este Relator, por meio do qual foi indeferido seu pedido de habilitação como interessada neste processo.



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do presente agravo para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação à agravante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2100-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2101/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 004.959/2015-9.

1.1. Apenso: 020.925/2017-4

2. Grupo: II – Classe IV - Assunto: Tomada de Contas Especial.

3. Responsáveis: Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmar Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda. – EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95), Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31), Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20).

4. Unidade: Município de Aquiraz/CE.

5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: Suprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade técnica: Sec/CE.

8. Representação legal: Hellen Rocha Diniz (OAB/CE 16.362), Eugênio de Araújo Oliveira e Lima (OAB/CE 18.264), Jaime de Moraes Veras Júnior (OAB/CE 16.921), Caio Frota Rodrigues (OAB/CE 21.933), Danielle de Farias Oliveira (OAB/CE 26.779), Danielle Capistrano Rolim Mota (OAB 20.015/CE), Alcimor Aguiar Rocha Neto (OAB/CE 18.457), e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial autuada por determinação do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, com vistas a apurar possíveis fraudes na execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567) celebrado entre o município de Aquiraz/CE e o Ministério do Turismo, tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca em diversos logradouros da cidade,

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

9.1. excluir da relação processual os responsáveis Liana Rangel Borges, Maria Ieda Dantas, Francisco José Maia de Aguiar, Marion Merten, Manoel Carvalho Cidrão, José Cidrão Filho, Jardel Gonçalves da Silva, Daniel Arruda de Jesus, José Edmilson Carvalho Pinheiro, e as empresas Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de Ritelza Cabral Demétrio, Ecmар Demétrio Monte Coelho, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Luiz Eduardo Studart Gomes Junior e da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP em relação à irregularidade atinente à contratação de empresa sem capacidade operacional para execução das obras objeto do Contrato de Repasse 0242055-65/2007;

9.3. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, irregulares as contas de Ritelza Cabral Demétrio, Ecmар Demétrio Monte Coelho, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Luiz Eduardo Studart Gomes Junior e da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP;

9.4. condenar, com fundamento nos arts. 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, solidariamente, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, e a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP ao pagamento das quantias abaixo especificadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que seja comprovado, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora calculados a partir das datas de ocorrência indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

Data ocorrência	Valor (R\$)
14/08/2009	860.611,44
07/12/2009	114.928,56
14/05/2010	229.653,90
21/12/2010	161.843,02
30/03/2011	82.947,00
01/07/2011	212.478,70

9.5. aplicar Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, e à empresa Lest Engenharia Ltda. EPP, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 57, da Lei 8.443/1992, multa individual no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das referidas quantias ao 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;

9.6. aplicar a Ritelza Cabral Demétrio e Ecmар Demétrio Monte Coelho, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, multa individual no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das referidas quantias ao 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;

9.7. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

9.8. declarar a inidoneidade da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP para participar, pelo prazo de cinco anos, de licitação que envolva recursos públicos federais, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/92 c/c o art. 271 do Regimento Interno do TCU; e

9.9. remeter cópia deste Acórdão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do Regimento Interno do TCU, à Procuradoria da República no Estado do Ceará para o ajuizamento das ações que considere cabíveis; e

9.10. dar ciência desta deliberação aos responsáveis.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.



11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2101-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator).
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2102/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC-008.023/2019-0.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.
3. Interessado/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
 - 3.2. Responsáveis: Luiz Carlos Ciochi (374.232.237-00) e Ricardo Medeiros (778.342.088-53).
4. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraEletrica.
8. Representante legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Relatório de Auditoria decorrente de fiscalização realizada na empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., com o objetivo de avaliar a conformidade dos processos de contratação e execução das obras de ampliação e reforço na Subestação de Foz do Iguaçu/PR, referentes ao Contrato 8000010123.

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

9.1. com fundamento no art. 7º da Resolução/TCU 265/2014 e com o intuito de coibir a reincidência de falhas semelhantes, dar ciência à Furnas Centrais Elétricas S.A. que:

9.1.1. as fragilidades no processo de orçamentação, especialmente no tocante à pesquisa de preços de equipamentos (pesquisa de preços somente junto a potenciais fornecedores, ausência de exame crítico de cotações, licitações anteriores, bancos e preços das demais subsidiárias do Grupo Eletrobras, dentre outros) impedem a administração pública de avaliar a vantajosidade da proposta, bem como o custo da contratação, e afrontam ao disposto no art. 31, **caput**, e § 3º, da Lei 13.303/2016; nos arts. 3º, **caput**, 6º, inciso IX, alínea **f**, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993;

9.1.2. a falta de exigência específica e suficiente, na forma de seguros ou garantias, para a autorização de antecipações de pagamentos previstas no Contrato 8000010123, afronta ao disposto no art. 38 do Decreto 93.872/1986; nos arts. 40, inciso XIV, alínea **d**, 65, inciso II, alínea **c**, da Lei 8.666/1993; e nos arts. 31, § 1º, inciso II, alínea **d**, e 81, inciso V, da Lei 13.303/2016;

9.2. encaminhar cópia deste Acórdão à Furnas Centrais Elétricas S.A. e à Eletrobras;

9.3. arquivar os presentes autos, com fundamento no inciso V do art. 169 do RI/TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2102-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.



13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2103/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 020.925/2007-3.

1.1. Apenso: 011.641/2006-3.

2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Embargos de declaração.

3. Recorrente: Paulo de Tarso Lustosa da Costa (000.445.123-68).

4. Entidade: Fundação Nacional de Saúde.

5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: não atuou.

8. Representação legal:

8.1. Adriano Soares Branquinho (19.172/OAB-DF) e outros, representando Paulo de Tarso Lustosa da Costa.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos pelo ex-presidente da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em face do Acórdão 1.214/2019-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares suas contas ordinárias relativas ao exercício de 2006 e aplicou-lhe multa;

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

9.1. conhecer os embargos de declaração, com fulcro nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2103-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2104/2019 - TCU - Plenário

1. Processo nº TC 035.919/2011-6

2. Grupo II - Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (pedido de reexame em representação).

3. Embargante: Banco do Nordeste do Brasil S.A. (07.237.373/0001-20).

4. Órgão: Secretaria de Reordenamento Agrário (SRA/MDA).

5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, em substituição ao Ministro Bruno Dantas.



6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAmbiental).
8. Representação legal:
 - 8.1. Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214.490 e OAB/DF 30.967) e outros, representando Banco do Nordeste do Brasil S.A. (peças 228 e 229)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se apreciam embargos de declaração opostos pelo Banco Nordeste do Brasil S.A. em face do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal deu provimento ao pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para determinar a conversão dos autos em tomada de contas especial e a realização das citações e audiências sugeridas pela unidade instrutora de origem, reformando o Acórdão 1.709/2015-TCU-Plenário, que havia ordenado o arquivamento desta Representação por perda de objeto,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, conhecer e acolher parcialmente os presentes embargos de declaração, para integrar a motivação do acórdão impugnado, conforme a análise consignada no voto que fundamenta este acórdão, mantendo-se inalterada a parte dispositiva do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário;

9.2. dar ciência deste acórdão ao embargante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2104-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

ACÓRDÃO Nº 2105/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.543/2015-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Monitoramento.
3. Responsável: Virgílio Augusto Fernandes Almeida (CPF 130.465.196-72).
4. Órgãos: Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – Sempe-MCTIC e Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (Secex-Desenvolvimento).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de monitoramento das determinações prolatadas pelo Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no bojo do TC 007.006/2010-1, ao apreciar a auditoria de conformidade realizada sobre a então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Sepin-MCTIC: atual Secretaria do Empreendedorismo e



Inovação do MCTIC – Sempe-MCTIC) com o objetivo de verificar a regularidade da gestão na concessão, fiscalização e utilização dos recursos federais provenientes da Lei nº 8.248 (Lei de Informática), de 1991, em prol dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D);

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

9.1. considerar cumpridas as determinações dirigidas à então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações pelos itens 9.2.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.1.5, 9.2.3.2 e 9.2.3.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.2. considerar prejudicado o monitoramento sobre os itens 9.2.3.1.2, 9.2.3.4 e 9.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, pois os subjacentes aspectos seriam melhor avaliados no bojo do monitoramento conduzido sobre o item 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018-TCU-2ª Câmara e, também, no bojo do TC 015.436/2013-6;

9.3. considerar não mais aplicáveis as determinações proferidas pelos itens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, tornando-as insubsistentes, sem a reformulação das propostas originais;

9.4. considerar cumprida a determinação dirigida à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo item 9.5.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.5. considerar descumpridas, sem a necessária justificativa, as determinações dirigidas à então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações pelos itens 9.2.2 e 9.2.3.1.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.6. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Virgílio Augusto Fernandes Almeida, aplicando em desfavor do aludido responsável a multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 268, VII, do RITCU, sob o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.7. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento da dívida fixada por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, com a devida atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.8. determinar, desde logo, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.443, de 1992, o desconto da referida dívida na eventual remuneração do servidor público, nos termos da Lei nº 8.443, de 1992, sem prejuízo de autorizar a subsequente cobrança judicial da dívida fixada por este Acórdão, caso não atendidas as notificações;

9.9. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que, no prazo de 90 (noventa) dias, a Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações, como sucessora da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, comprove o efetivo cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário sobre a integral transferência dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Uniemp;

9.10. determinar que a unidade técnica adote as seguintes medidas:

9.10.1. informe a Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações, como sucessora da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, sobre a interpretação exarada pela RFB a respeito da incidência de prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário proveniente do recolhimento a menor de IPI, ante o início da contagem desse prazo a partir do 1º dia do exercício seguinte ao ano do cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal;

9.10.2. promova a juntada da cópia deste Acórdão ao processo de contas anuais da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e



Comunicações, para o exercício de 2015 (TC 001.157/2017-5), com vistas a promover a análise do descumprimento das deliberações do TCU pelo titular da unidade jurisdicionada em face do conjunto da sua gestão;

9.10.3. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação, à Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações (Sempe-MCTIC) e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); e

9.10.4. promova o definitivo apensamento do presente processo de monitoramento ao TC 007.006/2010-1.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2105-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).

ACÓRDÃO Nº 2106/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 020.941/2019-6.

2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.

3. Consultante: Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do DERACRE.

4. Órgãos: Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE) e Ministério da Agricultura, Agropecuária e Abastecimento (MAPA).

5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAgroambiental).

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de suposta consulta formulada por Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE), sobre o possível significado técnico da palavra “melhoramento” com vistas à autarquia estadual elaborar as peças técnicas necessárias à aplicação dos recursos federais provenientes do Contrato de Repasse nº 850470/2017 destinado ao “*Melhoramento com recuperação de estradas vicinais (ramais) nos Municípios do Estado do Acre*” sob o valor de aproximadamente R\$ 97 milhões aportado pela Caixa Econômica Federal como mandatária da União representada pelo então Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA);

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

9.1. não conhecer da presente consulta, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 264 do RITCU;

9.2. determinar que a unidade técnica adote as seguintes medidas:

9.2.1. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao presidente do DERACRE, para ciência;

9.2.2. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação, além do envio da integral cópia do presente processo, ao Ministério da Agricultura, Pecuária e



Abastecimento para que, se possível, o referido órgão federal competente sobre a gestão do Contrato de Repasse nº 850.470/2017 oriente o aludido presidente do DERACRE em relação ao suscitado questionamento; e

9.2.3 archive o presente processo.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2106-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).

ENCERRAMENTO

A Presidência encerrou a sessão às 17 horas e 22 minutos, da qual foi lavrada esta ata, aprovada pelo Presidente e homologada pelo Plenário.

LORENA MEDEIROS BASTOS CORRÊA
Subsecretária do Plenário

Aprovada em 11 de setembro de 2019.

JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

ANEXO I DA ATA 34, DE 4 DE SETEMBRO DE 2019
(Sessão Ordinária do Plenário)

COMUNICAÇÕES

Comunicação proferida pela Presidência.

COMUNICAÇÃO DA PRESIDÊNCIA

Senhores Ministros,
Senhora Procuradora-Geral,

Comunico a Vossas Excelências que, consoante o disposto no art. 71, § 4º, da Constituição Federal, encaminhei ao Presidente do Congresso Nacional, por meio do Aviso nº 538-GP/TCU de 30/08/2019, o **Relatório de Atividades do Tribunal de Contas da União** referente ao **2º trimestre de 2019**.

Nesta oportunidade, faço distribuir exemplares do Relatório, bem como do respectivo *folder* com os principais indicadores do período. Ambos incluem o *QR-Code* para acesso à versão digital disponível no Portal TCU, que contém *hiperlinks* para informações complementares, como trabalhos em destaque, inteiro teor das deliberações, além de serviços disponíveis ao cidadão.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 04 de setembro de 2019.

JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

Comunicação do Ministro Augusto Nardes, lida pela Presidência.

COMUNICAÇÃO AO PLENÁRIO

Senhor Presidente,
Senhores Ministros,
Senhora Ministra,
Senhora Procuradora-Geral,

Trago ao Plenário uma comunicação especial, uma homenagem ao servidor Jesse Andros Pires de Castilho que se aposentou na última segunda-feira.

No breve período em que estive no nosso Gabinete, Jesse se integrou completamente ao nosso time, demonstrou a qualidade profissional que já conhecíamos e angariou a amizade de todos, motivos pelos quais certamente fará muita falta no Tribunal. Na nossa vida pessoal essa relação há de continuar.

Natural de Taubaté, dono de inteligência fora do comum, foi o primeiro lugar na Academia da Força Aérea Brasileira onde formou-se Oficial Intendente (Administração), posteriormente formou-se também em Engenharia Civil na FESP e Contabilidade no CEUB. Fez Curso de Pós-Graduação na FGV em São Paulo e Mestrado em Economia na UnB.

Após 26 anos na Força Aérea Brasileira, ingressou no TCU onde emprestou o seu talento por outros 26 anos, exercendo quase todas as funções mais relevantes do Tribunal, havendo atuado com Auditor, Assessor na Secex, Diretor, Secretário e Assessor de Ministro.

Quando assumi a presidência do Tribunal, em 2013, indiquei, a pedido do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Jesse para exercer o cargo de Secretário de Controle Interno do CJF-Conselho da Justiça Federal, onde ficou por 4 anos, havendo realizado excelente trabalho.

Hoje, cabe um agradecimento especial e formal por ter se desincumbido de forma tão brilhante dessa relevante missão específica, mas também por ter, durante toda a sua vida funcional, zelado pela dignidade e honradez no exercício profissional.

Por fim, desejo que esta nova etapa de sua vida seja plena de realizações e que possa desfrutar de muita saúde, paz e felicidade juntos aos seus amigos e familiares, podendo dedicar parte do seu precioso tempo nas atividades que adora, dentre as quais curtir os filhos, Daniela, Raquel e Saulo, viajar, degustar os melhores vinhos e torcer pelo seu valoroso Corinthians.

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Ministro



Comunicação proferida pelo Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

COMUNICAÇÃO

Senhor Presidente do TCU,
Senhora Ministra e Senhores Ministros,
Senhora Procuradora-Geral do MPTCU,

Peço licença para, cordialmente, registrar a recente aposentadoria de Esmeralda Alves de Souza em 2/9/2019.

Esmeralda tomou posse como técnica administrativa na secretaria do TCU, em 29/03/1990, e, entre outras dedicadas funções, atuou como Oficial de Gabinete junto ao Ministro Benjamin Zymler.

Buscando, sempre, o contínuo aperfeiçoamento acadêmico-profissional, Esmeralda conquistou a sua graduação em Direito e exerceu as suas funções com inegável esmero na redação oficial dos textos técnicos, angariando, assim, o respeito e a admiração de todos os seus amigos e colegas de trabalho, com a sua personalidade amável, inteligente e comunicativa.

Casada com o respeitável auditor federal Leonardo Spiandorello Ricciardi, Esmeralda dignificou o exercício do cargo na secretaria do TCU e, certamente, conquistou o orgulho de toda a sua família e, saudosamente, do seu pai (Jaime Alves de Souza) e da sua mãe (Dona Glória), coroando a vitoriosa migração dos seus pais para Brasília, em 1960, a partir de Rui Barbosa, com a criação em Jequié – BA, e de Ibiraci – MG, com a criação em Ceres – GO.

Tendo, pois, tomado posse no seu cargo, em 1990, com o seu filho Paulinho no colo, Esmeralda vai passar, agora, à aposentadoria e, com a Graça de Deus, continuará a saborear o brilhante caminhar do valoroso advogado e dedicado filho: Paulo Rubem.

Registro o agradecimento, então, Senhor Presidente, pelo louvável e prestimoso trabalho empreendido por Esmeralda Alves de Souza junto ao meu Gabinete e, especialmente, junto à secretaria do TCU, ao longo desses mais de 29 anos, enviando, enfim, os meus sinceros votos de êxito e sucesso nessa nova etapa da sua vida em plena harmonia com a sua digníssima família.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de setembro de 2019.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO

ANEXO II DA ATA 34, DE 4 DE SETEMBRO DE 2019
(Sessão Ordinária do Plenário)

ACÓRDÃOS PROFERIDOS DE FORMA UNITÁRIA

Relatórios e Votos ou Propostas de Deliberação emitidos pelo respectivo relator, bem como os Acórdãos de nºs 2073 a 2106, aprovados pelo Plenário.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC 000.630/2012-8.

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).

Órgãos/Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).



Responsáveis: Emanuel Leite Borges (CPF 029.015.442-15), José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15), Mauro Ernesto Campos Lima (CPF 160.271.757-53), Rogério Araújo de Miranda Lobo (CPF 606.659.556-34) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).

Recorrentes: José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).

Representação legal: Adriana Barbosa Felix (OAB/DF 32.396), Adriana Buccolo de Oliveira Campos (OAB/SP 176.433), Edgard Hermelino Leite Junior (OAB/SP 92.114 e OAB/PR 38.422), Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499), Giuseppe Giamundo Neto (OAB/SP 234.412), Laila Abud (OAB/SP 249.243), Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (OAB/SP 36.434), Maria Luíza Baillo Targá (OAB/DF 29.880), NoéIle Regina de Oliveira Guerino (OAB/DF 27.017), Renata Santos Barbosa Catão (OAB/SP 205.412-B) e outros, representando Camter Construções e Empreendimentos S.A. (procuração e substabelecimentos às peças 8, 11, 12 e 41); Bruno Silva Campos (OAB/DF 17.509), Elísio de Azevedo Freitas (OAB/DF 18.596) e Gustavo Felipe Costa e Silva (OAB/MG 105.657), representando Luís Munhoz Prosel Junior (procuração e substabelecimento às peças 112 e 182); Alexander Andrade Leite (OAB/DF 29.136), Breno Luiz Moreira Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291), Eduardo Montalvão Machado (OAB/SP 298.135 e OAB/SE 476-B), Gabriela Veloso Holanda (OAB/DF 60.681), João Paulo Gomes Almeida (OAB/DF 37.155), Luiz Carlos Braga de Figueiredo (OAB/DF 16.010), Marcelo Montalvão Machado (OAB/DF 34.391, OAB/SE 4.187 e OAB/SP 357.553), Natália Peppi Cavakanti (OAB/SP 297.369 OAB/DF 47.471), Natália Souza dos Santos (OAB/DF 41.733), Pedro Teixeira Chaves (OAB/RO 895), Ricardo César Mandarin Barretto (OAB/DF 34.716 e OAB/SP 365.604), Samuel Mezzalira (OAB/SP 257.984), Saul Totuinho Leal (OAB/DF 22.941) e Vivian Fróes Fiuza Rodrigues (OAB/DF 37.093), representando Júlio Augusto Miranda Filho (procuração e substabelecimentos às peças 120, 150, 151 e 276); Camilla Hoffmann da Rosa (OAB/RS 82.513), Carolina Corrêa do Amaral Ribeiro (OAB/PR 41.613), Erika Camargo Gerhardt (OAB/RO 1.911 e OAB/SP 137.008), Gustavo Dandolini (OAB/RO 3.205), Luiz Felipe da Silva Andrade (OAB/RO 6.175), Raduan Celso Alves de Oliveira Nobre (OAB/RO 5.893) e Richard Campanari (OAB/RO 2.889), representando Emanuel Leite Borges (procuração à peça 212); e Michel Fernandes Barros (OAB/RO 1790) e Washington Ferreira Mendonça (OAB/RO 1.946), representando José Ribamar da Cruz Oliveira (procuração à peça 214).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ADEQUAÇÃO DA BR-364/RO, TRECHO CANDEIAS DO JAMARI/RO – PORTO VELHO/RO. SUPERFATURAMENTO EM VIRTUDE DE ADITAMENTOS DE SERVIÇOS COM PREÇOS EXCESSIVOS. CITAÇÃO. REVELIA DE UM DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES CENTRADAS NA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE E DE CULPA, NA NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO, NA NÃO OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DE PREÇOS CONSTANTES DO SICRO, NA OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CONTRATUAL EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NA DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR O MÉRITO DO JULGADO. RECURSOS CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS QUANTO AO MÉRITO.

RELATÓRIO

Início este Relatório transcrevendo, com alguns ajustes de forma e fundamentado no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei 8.443, de 16/7/1992, parte da instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos deste Tribunal de Contas (Serur) e autuada como peça 268:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por José Ribamar da Cruz Oliveira (peça 243), Júlio Augusto Miranda Filho (peça 242), Luís Munhoz Prosel Junior (peça 226) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (peça 225) contra o Acórdão 1637/2016-TCU-Plenário (peça 191).

1.1. A deliberação recorrida, mantida pelo Acórdão 2781/2016-TCU-Plenário, proferido por força da oposição de embargos de declaração, apresenta o seguinte teor:

9.1. declarar revel o Sr. Rogério Araújo de Miranda Lôbo (606.659.556-34), nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, excluindo-o da relação processual;

9.2. julgar irregulares as contas da empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. (05.500.018/0001-76) e dos Srs. José Ribamar da Cruz Oliveira (076.076.283-04), Emanuel Leite Borges (029.015.442-15), Júlio Augusto Miranda Filho (826.270.968-34), Mauro Ernesto Campos Lima (160.271.757-53) e Luís Munhoz Prosel Júnior (459.516.676-15), com fundamento no art. 16, inciso III, alínea ‘c’ e § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, dessa lei, e condená-los, em solidariedade, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

9.2.1. responsáveis solidários: Emanuel Leite Borges, Júlio Augusto Miranda Filho, Mauro Ernesto Campos Lima, Luís Munhoz Prosel Júnior e Camter Construções e Empreendimentos S.A.:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
27.569,59	13/11/2009
559.449,41	13/11/2009
306.575,30	13/11/2009
19.462,45	13/11/2009
247.501,72	8/12/2009
15.712,26	8/12/2009
215.984,67	8/12/2009
13.420,18	8/12/2009
24.499,05	30/12/2009
240.343,51	30/12/2009
145.568,89	30/12/2009

9.2.2. responsáveis solidários: José Ribamar da Cruz Oliveira, Mauro Ernesto Campos Lima, Luís Munhoz Prosel Júnior e empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A.:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
3.567,99	13/11/2009
72.911,17	13/11/2009
39.954,94	13/11/2009
2.536,48	13/11/2009
32.256,07	8/12/2009
2.047,73	8/12/2009
28.148,56	8/12/2009
1.749,01	8/12/2009
3.192,88	30/12/2009
31.323,17	30/12/2009
18.971,51	30/12/2009



9.3. aplicar individualmente aos responsáveis abaixo indicados a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir discriminados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, sob pena de cobrança judicial do valor atualizado monetariamente, na forma da legislação em vigor, desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento:

Responsável	Valor da Multa
José Ribamar da Cruz Oliveira	R\$ 40.000,00
Luís Munhoz Prosel Júnior	R\$ 340.000,00
Mauro Ernesto Campos Lima	R\$ 340.000,00
Emanuel Leite Borges	R\$ 300.000,00
Júlio Augusto Miranda Filho	R\$ 300.000,00
Camter Construções e Empreendimentos S.A.	R\$ 1.000.000,00

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno do TCU, o pagamento das dívidas em até trinta e seis parcelas mensais e consecutivas, se solicitado pelo responsável, fixando o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada parcela os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor, além de informar aos responsáveis que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do RITCU;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Rondônia, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno, para adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

2. No âmbito do TC 006.094/2004-7, que cuidou de relatório de levantamento de auditoria nas obras tratadas nos presentes autos, foi constatado que a ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários deu margem à contratação do objeto da licitação com alguns itens de serviço com subpreços e outros com sobrepreços. Ante essa constatação, foi proferido o Acórdão 1245/2004-TCU-Plenário, contendo a seguinte determinação:

9.1. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que:
(...)

9.1.2. sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, mantenha estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no Contrato nº 22 UNIT/01/2002-00 em relação à vantagem originalmente ofertada pela empresa vencedora, de forma a evitar que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos;

2.1. Por ocasião do monitoramento desse acórdão, já no âmbito do TC 003.088/2005-4, apenso aos presentes autos, verificou-se que a determinação citada havia sido descumprida em razão da celebração de aditivos (4º e 5º termos aditivos, assinados, respectivamente, em 17/5/2006 e 7/12/2006) que acresceram ao objeto do contrato quantitativos de serviços com sobrepreço (peça 3, p. 10-25, do apenso), motivando a adoção de medida cautelar que suspendeu a execução do referido contrato.

2.2. Posteriormente, acatando proposta de encaminhamento da Unidade Técnica, esta Corte prolatou o Acórdão 1367/2007-TCU-Plenário, e revogou parcialmente a cautelar, determinando o prosseguimento da execução contratual, mas mantendo suspensa a execução de 22% do saldo contratual até que o desconto inicialmente pactuado fosse definitivamente incorporado à avença ou até que houvesse deliberação definitiva desta Corte de Contas.



2.3. Para dar cumprimento à decisão desta Corte, o DNIT promoveu em dezembro de 2007 o 6º termo aditivo ao contrato em tela, por meio do qual foi promovida a repactuação do ajuste com desconto de 0,71%, equivalente ao montante de R\$ 428.497,49. Ocorre que, de acordo com as deliberações anteriores deste Tribunal, tal desconto não foi suficiente para suprimir por completo o superfaturamento verificado em razão dos acréscimos de itens contratados com preços unitários superiores aos de mercado.

2.4. Para esclarecimento do que restou superfaturado no contrato em tela, verificou-se quando da fiscalização inicial que os itens CBUQ Blinder foi contratado a R\$ 87,82, enquanto a referência desse item no Sicro era de R\$ 48,46, e CBUQ capa de rolamento, com preço contratual de R\$ 87,73 e de referência de R\$ 54,54.

2.5. Tais itens, cujos preços apresentavam, como visto, consideráveis sobrepreços, sofreram acréscimos nos 4º e 5º termos aditivos, respectivamente, de 437% e 36,22%, passando o primeiro de 16.632 toneladas para 89.336 toneladas e o segundo de 65.582 toneladas para 89.336 toneladas, mantidos os preços contratuais.

2.6. Em razão de tais atos foram promovidas as oitivas do Diretor-Geral do DNIT, do Superintendente da 22ª Regional do DNIT nos estados de Rondônia e Acre e da empresa contratada. Da análise das respostas esta Corte, prolatando o Acórdão 1329/2009-TCU-Plenário, decidiu pela realização de audiência dos gestores do DNIT.

2.7. Da análise das razões de justificativa apresentadas a Unidade Técnica propôs, em virtude de indícios da ocorrência de dano ao erário, a conversão dos autos em tomada de contas especial, efetivada pelo Tribunal por meio do Acórdão 3103/2011-TCU-Plenário (peça 1), no qual restou determinada a citação de diversos responsáveis.

2.8. Efetivadas as citações e analisadas pela Unidade Técnica as alegações de defesa (peça 44), os autos foram encaminhados para o Ministério Público/TCU, tendo seu Representante sugerido a citação de outros agentes do DNIT que, em seu entender, também teriam contribuído para a ocorrência do dano ao erário (peça 50).

2.9. Em despacho acostado à peça 53 o Relator **a quo** autorizou a citação de alguns nomes sugeridos pelo MP/TCU, além de determinar a citação do então Coordenador da 22ª Região do DNIT, que teria aprovado a 1ª revisão de projeto em fase de obras, restituindo os autos à Unidade Técnica.

2.10. Efetivadas as novas citações e analisadas as alegações de defesa, foi proposto pela Unidade Técnica, com ajustes constantes do Parecer do D. Representante do **Parquet** especializado, o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis com imputação de débito e aplicação de multa.

2.11. Acompanhando, em relação aos responsáveis que ora figuram como recorrentes, os pareceres constantes dos autos, esta Corte prolatou o acórdão recorrido.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 247-250), ratificados à peça 255 pelo Exmo. Ministro-Relator Aroldo Cedraz, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1637/2016-TCU-Plenário.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação dos recursos.

4.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

- a) se agiu com culpa José Ribamar da Cruz Oliveira;
- b) se há nulidade no acórdão recorrido;
- c) se a aprovação de revisão de projeto em fase de obras pode causar dano ao erário;
- d) se os pareceres técnicos que subsidiaram a assinatura do termo aditivo afastam a irregularidade praticada por Luís Munhoz Prosel Junior, subscritor do 5º Termo Aditivo;
- e) se a inobservância dos preços constantes do Sicro pressupõe sobrepreço;
- f) se houve desequilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública; e
- g) se a multa aplicada à contratada, em comparação àquelas aplicadas aos gestores do DNIT, é desproporcional.

5. José Ribamar da Cruz Oliveira.

5.1. Sustenta o recorrente que as alterações quantitativas aprovadas por meio do 5º termo aditivo decorreram de demandas da comunidade conforme demonstram abaixo-assinados por ele juntados em sua defesa.



5.2. Descreve o recorrente todo o trâmite percorrido pelo processo de aditivo (peça 243, p. 5-7), enfatizando que não cometeu qualquer irregularidade apta a justificar sua condenação por esta Corte, eis que todas as instâncias do DNIT, inclusive na sede da entidade em Brasília, aprovaram a assinatura do 5º Termo Aditivo.

5.3. Ademais, o recorrente cita precedente desta Corte no qual é afastada a responsabilidade de agente público que teria agido com base em parecer técnico eivado de vício de difícil constatação.

5.4. Por fim, o recorrente questiona a exclusão de responsabilidade dos membros da Diretoria Colegiada e do Diretor-Geral do DNIT e a manutenção da sua culpabilidade, afirmando que aqueles agentes afastados dos autos por esta Corte tiveram condutas idênticas às suas ou, ainda, mais gravosas, já que analisaram e aprovaram o aditivo.

Análise

5.5. O recorrente, assim como na fase processual anterior, não traz argumentos e/ou elementos para tentar demonstrar a licitude dos atos por ele praticados, apenas discorrendo sobre o trâmite do termo aditivo por ele assinado no âmbito do DNIT.

5.6. Ocorre que, independentemente dos atos praticados pelos demais agentes da Autarquia, a responsabilidade do recorrente resta devidamente demonstrada nos presentes autos, pois foi alertado pelo Tribunal, antes da assinatura do 5º Termo Aditivo, acerca do sobrepreço dos itens que foram majorados.

5.7. Ademais, sua responsabilidade não está limitada pela atuação de outras instâncias administrativas, já que, na condição de Superintendente do DNIT e subscritor do 5º Termo Aditivo, tinha a responsabilidade de assegurar a correção de todos os atos necessários à assinatura do ajuste, conforme bem destacou a Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito (peça 177, p. 19):

161. (...) O responsável teve participação direta, no âmbito da 22ª UNIT-RO/AC, na formalização do 5º Termo Aditivo ao Contrato 22.1.0.00.0001/2002-DNIT, pois além de ter sido o signatário do instrumento (peça 68, pg. 47), participou das fases anteriores, aprovando o 2º Relatório de Revisão em Fase de Obras (peça 68, pg. 10 e 13). Ao agir assim, o responsável contribuiu para o descumprimento do item 9.1.2 Acórdão 1.245/2004-Plenário e para o dano ao erário decorrente desse aditivo.

162. Não se pode considerar que a assinatura de termos aditivos de contratos sejam atos ‘meramente administrativos’, uma vez que encerra verdadeiro ato decisório de gestão, atraindo para o seu subscritor a responsabilidade por eventuais irregularidades decorrentes da providência adotada.

163. Cabe acrescentar que o ato de aprovação não pode ser considerado meramente formal, sem poder decisório. Nos termos do Acórdão 343/2007-Plenário, a lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes na conformação do ato também é um método de controle, sendo que a assinatura é condição de eficácia e de vinculação de responsabilidade de seu autor.

164. Quanto ao fato de ter agido amparado por informações técnicas, cabe esclarecer que o parecer técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar sua correção, até mesmo para corrigir eventuais disfunções e, portanto, não afasta, por si só, a responsabilidade da autoridade hierarquicamente superior por atos considerados irregulares, conforme consignado no Acórdão nº 206/2007-Plenário. Como verificado anteriormente, não se tratava de irregularidade de difícil detecção.

165. Assim, concluindo-se a análise realizada, propõe-se rejeitar integralmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Ribamar da Cruz Oliveira, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a ele atribuídas.

5.8. Quanto ao alegado tratamento não isonômico entre o recorrente e os membros da Diretoria Colegiada do DNIT, argumento também utilizado pelo recorrente Júlio Augusto Miranda Filho, cabe esclarecer que aqueles agentes não foram considerados responsáveis pelo débito apurado nos presentes autos em virtude de a atribuição de se manifestar acerca das revisões de projetos em fase de obras e de assinar termos aditivos no âmbito da Autarquia ser das Superintendências regionais, o que afasta a possibilidade de tratamento isonômico.

5.9. Sobre essa questão, assim se posicionou o Tribunal ao afastar a responsabilidade do então Diretor-Geral, um dos membros da Diretoria Colegiada, ao prolatar o Acórdão 3103/2011-TCU-Plenário:

Considerando os argumentos trazidos à baila pelo Sr. Luiz Antônio Pagot, em suas razões de justificativa.

Considerando a manifestação da unidade instrutiva, no sentido de que o Sr. Luiz Antônio Pagot, na condição de Diretor Geral do DNIT, não poderia ter gerência sobre todos os termos aditivos firmados em todas as Superintendências Regionais do DNIT.

Considerando que todos os aditivos foram firmados pelos Superintendentes regionais em exercício, de modo que a formalização do ato não compete ao Diretor Geral do DNIT.



Considerando a proposta da unidade técnica, a qual contou com anuência da Sr^a. Diretora e do Sr. Secretário da Secex-RO, de se acolher parcialmente as razões de justificativas trazidas aos autos, devendo ser retirada a responsabilidade do Sr. Luiz Antônio Pagot do presente processo.

(...)

Considerando, por fim, a proposta de conversão dos autos em TCE, assim como a citação dos responsáveis e a retirada do Sr. Luiz Antônio Pagot como responsável no presente processo.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 47 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso V, 'g', e 252, **caput**, do Regimento Interno do TCU, em acolher parcialmente as razões de justificativa do Senhor Luiz Antônio Pagot, rejeitar as razões de justificativa do Senhor José Ribamar da Cruz Oliveira, (...).

5.10. Dessa forma, os argumentos recursais não têm o condão de alterar o **decisum** guerreado.

6. Nulidade.

6.1. Argumenta o recorrente Júlio Augusto Miranda Filho que o acórdão vergastado padece de nulidade absoluta, eis que o Relator **a quo** não teria enfrentado as questões de mérito trazidas por ele em suas alegações de defesa, apenas se posicionando de acordo com as propostas alvitadas pela Unidade Técnica e pelo Representante do **Parquet** Especializado.

6.2. Dessa forma, teria havido verdadeira negativa de prestação jurisdicional, eis que ausente a necessária manifestação em respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Análise

6.3. Sem razão o recorrente. Ocorre que a fundamentação do acórdão vergastado com base em manifestações dos órgãos técnicos é lícita, comum e usual não só nesta Corte de Contas, mas também no âmbito do Poder Judiciário, que pode fundamentar suas decisões nos pareceres elaborados por representantes do Ministério Público.

6.4. Ademais, não só se referiu às manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público como expressamente as incorporou às suas razões de decidir conforme manifestação constante de seu voto assim redigida:

20. Inicio minha apreciação do presente processo antecipando que acompanharei as conclusões da unidade técnica e do MP/TCU, as quais incorporo às minhas razões de decidir, divergindo tão somente da condenação do Sr. Rogério Araújo de Miranda Lôbo.

6.5. Ademais, saliente-se que tanto a instrução da Unidade Técnica quanto o parecer do Ministério Público foram integralmente transcritos no Relatório que fundamenta a deliberação recorrida, não havendo razões para o recorrente questionar a ausência de análise de suas alegações de defesa, que foram minuciosamente enfrentadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal.

7. Causa do dano ao erário.

7.1. Afirma o recorrente Júlio Augusto Miranda Filho que as irregularidades a ele atribuídas pelo Tribunal não causaram qualquer dano ao erário. Nesse sentido, afirma ter assinado a aprovação da 1ª revisão de projeto em fase de obras e que tal ato não tem o condão de lesar os cofres públicos, o que só se verificou com a assinatura dos termos aditivos e os efetivos pagamentos à contratada, ponderando que, quando assinado esse último ato por parte do Superintendente Regional, ele sequer ocupava o cargo de Coordenador da 22ª Unit/RO/AC.

7.2. Ademais, afirma que realizou tal aprovação não em virtude de vontade pessoal, mas por força das atribuições do cargo que ocupava à época.

Análise

7.3. Novamente o recorrente se equivoca. Ocorre que a 1ª Revisão do Projeto em Fase de Obras foi o ato que, contrariando deliberação anterior desta Corte acerca do risco de se causar dano ao erário decorrente de 'jogo de planilha', haja vista a existência de itens contratuais contratados com valores acima dos preços de mercado, subsidiou a assinatura do 4º Termo Aditivo.

7.4. Não é correto o entendimento de que somente o termo aditivo deu causa ao dano ao erário, pois para sua assinatura são necessários, nos termos das normas internas do DNIT, a existência de vários outros atos, como a revisão do projeto em fase de obras, demonstrando-se, dessa forma, se tratar de ato administrativo complexo, em que todos aqueles que efetivamente contribuíram para a ocorrência do dano devem ser responsabilizados.

7.5. Por fim não deve prosperar a alegação de que teria agido contra sua vontade na aprovação da 1ª Revisão do Projeto em Fase de Obras, já que sequer tenta demonstrar a veracidade do que alega. Ademais,



mesmo que pudesse demonstrar eventual situação que o obrigasse a opor sua assinatura aprovando a revisão, não haveria razões para fazê-lo ao arrepio da lei e do alerta expedido por esta Corte acerca dos efeitos de eventual alteração contratual.

8. Pareceres técnicos.

8.1. Afirma Luís Munhoz Prosel Junior que os pareceres técnico (peça 189) e jurídico que subsidiaram a assinatura do 5º Termo Aditivo foram categóricos em afirmar que a alteração contratual estava de acordo com o Acórdão 1367/2007-TCU-Plenário, que assim dispôs:

9.1. revogar parcialmente a medida cautelar adotada por este Tribunal, de modo a manter suspensa a execução do percentual de 22% do saldo atual do Contrato 22.1.0.00.0001/2002, celebrado com a empresa Camter - Construções e Empreendimentos S.A., até que o desconto acordado entre as partes seja definitivamente incorporado à avença ou deliberação definitiva favorável desta Corte;

8.2. Dessa forma, entende não poder ser responsabilizado por esta Corte, mormente pela constatação de que eventual erro desses documentos não era de fácil detecção, citando doutrina e jurisprudência do Tribunal em relação ao ato praticado com base em pareceres eivados de erros de difícil constatação.

8.3. Cita, ainda, como documento válido para demonstrar a excludente de ilicitude, trechos de manual de treinamento de servidores desta Corte, de onde extrai o seguinte posicionamento:

Caso o erro seja de difícil detecção pela autoridade superior ou por comissão de licitação ou órgão colegiado não especializado na matéria em questão, o TCU tem entendido que deve ser excluída a responsabilidade daquele que acolhe o parecer. Nessa hipótese, só será responsabilizado o parecerista.

8.4. Acrescenta que também afasta a irregularidade do ato que praticou o princípio da segregação das funções, eis que os pareceres constantes do processo que culminou na assinatura do 5º Termo Aditivo foram confeccionados por órgãos técnicos compostos de especialistas nas áreas consultadas. Cita acórdão desta Corte para afirmar que não se pode exigir dos dirigentes dos órgãos que verifiquem, em cada caso, o cumprimento disposições legais por parte de seus subordinados.

8.5. Afirma, para concluir seu raciocínio, que:

É de se supor que o gestor médio (homem médio) que estivesse no lugar do Recorrente, não teria agido de maneira diferente, isto é, também confiaria nas informações prestadas pelas pessoas competentes! responsáveis por essas atribuições.

8.6. Por fim o mesmo recorrente, Luís Munhoz Prosel Junior, entende que corrobora o entendimento de que o ato por ele praticado e tido por irregular por esta Corte seria isento de questionamentos o fato de este Tribunal ter revogado a medida cautelar por meio do Acórdão 1329/2009-TCU-Plenário, liberando a execução das obras, já que a alteração contratual firmada entre o DNIT e a empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A., repactuando os preços contratados em atendimento ao Acórdão 1367/2007-TCU-Plenário, havia sido entregue ao Tribunal em dezembro de 2007.

8.7. Desse modo, sendo tal documento de conhecimento do Tribunal e as obras sido liberadas, é justo e correto seu entendimento de que a repactuação de preços realizada entre a Autarquia e a contratada suprimiu todas as irregularidades relativas ao eventual jogo de planilhas.

Análise

8.8. Não assiste razão ao recorrente por não ser correto seu entendimento de que os pareceres técnico e jurídico contêm erro de difícil detecção. A irregularidade que poderia ocorrer nos presentes autos, ocasionada por 'jogo de planilhas' e posteriormente efetivada com a participação do recorrente, havia sido constatada pelo Tribunal em auditoria realizada no exercício de 2004 e levada ao conhecimento dos gestores por meio do envio do Acórdão 1245/2004-TCU-Plenário.

8.9. No ano de 2006, por meio de monitoramento, esta Corte verificou que, não obstante tenha determinado a observância do equilíbrio contratual no caso de alterações no referido ajuste, a Autarquia não tinha dado cumprimento ao Acórdão 1245/2004-TCU-Plenário, pois de fato, e ao arrepio da determinação expedida, verificou-se a ocorrência de jogo de planilhas e de dano ao erário por meio de acréscimos de itens contratados com preços superiores aos de mercado.

8.10. Dessa forma, tendo esta Corte não só alertado, como também determinado à entidade, que eventuais acréscimos de itens com sobrepreço contratual não poderiam alterar o equilíbrio inicialmente contratado, o acatamento de pareceres, seja técnico ou jurídico, sem que o gestor se assegurasse de que os preços dos serviços acrescidos haviam sido adequados aos de mercado não deve prosperar.



8.11. Do homem médio, como traz o recorrente em suas razões recursais, se espera, mormente para cumprimento de determinação expedida por este Tribunal, a conferência dos pareceres emitidos por órgãos subordinados, sob pena de responsabilidade.

8.12. Ainda pelas mesmas razões não prospera a alegação de que o princípio da segregação das funções o fez acreditar na correção dos citados pareceres, acrescentando que o poder-dever de supervisão impõe ao recorrente a conferência da correção dos documentos utilizados para subsidiar a tomada de decisão, eis que tais pareceres não vinculam sua atuação.

8.13. Ademais, cabe trazer trecho do voto condutor do acórdão recorrido no qual alegação semelhante do recorrente foi repudiada pelo Tribunal na fase processual anterior, quando assim o Relator **a quo** se manifestou:

55. Concordo com a alegação do responsável de que a decisão foi tomada com base em pareceres, mas tal fato não afasta por si só a responsabilidade do gestor pelos atos irregulares, principalmente em situações como a que ora se examina, em que os preços contratuais estavam muito superiores aos de referência tomados do Sicro: R\$ 87,82 contra R\$ 48,46, para o CBUQ Binder, e R\$ 87,73 contra R\$ 54,54, para o CBUQ Capa de Rolamento.

8.13. Por fim cabe esclarecer, embora já tenha feito esta Corte na fase processual anterior, que as deliberações que o recorrente afirma corroborar suas alegações foram proferidas após a prática do ato irregular e, portanto, não podem ser invocadas pelo recorrente para justificar a alteração contratual que culminou no dano ao erário.

9. Observância dos preços constantes do Sicro.

9.1. Argumenta a empresa contratada, ora recorrente, que à época da contratação e das alterações contratuais tidas por esta Corte como irregulares não era obrigatória a observância do Sicro nas licitações promovidas pela Administração Pública, de modo que se faria necessária, para a apuração de supostos sobrepreços, a análise dos valores contratados, o que afirma nunca ter sido realizada pelo Tribunal, de modo que se presumem adequados os preços contratuais.

Análise

9.2. Sem razão a recorrente. O fato de a Lei de Diretrizes Orçamentárias ter instituído a observância dos preços constantes do Sicro a partir do exercício de 2010 não tem o condão de tornar os preços dele constantes em anos anteriores não condizentes com os valores de mercado.

9.3. Nesse sentido, embora a obrigatoriedade de se observar os preços do Sicro só tenha sido positivada em 2010, tal parâmetro de preços vinha sendo utilizado pelo DNIT e por esta Corte de Contas desde, pelo menos, 2004, ano da prolação do Acórdão 296/2004-TCU-Plenário.

9.4. Outrossim, conforme já decidido por esta Corte (Acórdão 3003/2014-TCU-Plenário), a utilização do Sicro como referencial de preços de obras rodoviárias independe de previsão legal.

9.5. Também sobre tais argumentos esta Corte acompanhou o Voto que fundamenta o acórdão vergastado no qual assim se decidiu:

100. Há muito este Tribunal adota o Sicro como parâmetro de verificação de custos de obras rodoviárias, afigurando-se dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, pois se trata de um sistema oficial. Por isso, não cabe alegar situação de insegurança jurídica quanto ao uso do sistema.

101. Nos processos de fiscalização de obras, presume-se que os referenciais oficiais da Administração refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual sobrepreço ou superfaturamento.

10. Desequilíbrio econômico-financeiro.

10.1. Sustenta a recorrente, então contratada, que, ao contrário do que concluiu esta Corte, o desequilíbrio econômico-financeiro ocorreu em favor da Administração Pública. Para tanto, afirma que os quantitativos foram acrescidos pela Administração Pública e que as obras ficaram paradas também por exigência da contratante, o que lhe gerou aumento de custos que não devem ser por ela custeados.

10.2. Ademais, a recorrente cita precedente desta Corte no sentido de se exigir a efetiva comprovação de aumento de custos da contratada para que a Administração Pública possa proceder a revisão dos valores contratuais em favor do particular.

Análise

10.3. Os argumentos não merecem prosperar. Eventual aumento de custos da recorrente em virtude de fatos atribuídos ao DNIT devem ser objeto de questionamentos junto às instâncias competentes, não tendo esta Corte a atribuição de tutelar interesses privados.



10.4. Há de se ressaltar, ainda, que a alegação é desprovida de qualquer elemento fático ou jurídico que busque comprová-la, havendo apenas afirmações lançadas pela recorrente.

11. Variações normais de preços.

11.1. Sustenta a recorrente que a jurisprudência desta Corte, à época dos fatos tratados nos presentes autos, era firme no sentido de se aceitar diferenças de preços de até 5% como variação normal do mercado, de modo que os preços por ela cotados na licitação, ainda que superiores aos praticados no mercado e constantes do Sicro, devem ser aceitos pela Administração Pública.

11.2. Cita, para corroborar seu entendimento, ‘recentíssima orientação da Corte’ na qual o recorrente afirma que o Tribunal acatou a tese de que diferenças de preços de até 5% não seriam necessariamente tratadas como superfaturamento.

Análise

11.3. Inicialmente cabe esclarecer que o que a recorrente cita como ‘recentíssima orientação da Corte’ na verdade se trata de trecho do Voto que fundamenta o próprio acórdão recorrido e que, obviamente, refuta a tese da variação de preços normal de mercado em casos de jogo de planilhas.

11.4. Como foi citado pelo próprio recorrente em sua peça, segue o trecho do voto que refuta a tese defendida:

91. Também não merece prosperar a alegação de que o superfaturamento apurado equivaleria ao percentual de cerca 5% do valor global do contrato, o que significaria uma variação dos preços de mercado. Entendo que há uma confusão conceitual em tal alegação que deve de pronto ser esclarecida, pois os precedentes do TCU que utilizaram tal raciocínio o fizeram ao tratar de sobrepreço por preços excessivos, em particular, nas condições originalmente contratadas. Nesse sentido, cito o Acórdão 2.333/2011-Plenário. Outros tipos de dano, tal como o superfaturamento por serviços não-executados ou o superfaturamento por jogo de planilha, tal como o caso que ora se examina, não admitem a mesma tese.

92. Enfatizo, ainda assim, que me parece mais acertada a linha adotada em recentes julgados desta Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 1.055/2012-Plenário e 3.095/2014-Plenário, que rejeitam veementemente a alegação de que deva ser admitido qualquer percentual de sobrepreço. Não existe percentual tolerável de sobrepreço global, de forma que somente é admissível contratar obras por valores superiores aos correspondentes obtidos nos sistemas referenciais de preço oficiais se presentes condições extraordinárias, devidamente justificadas no procedimento administrativo, o que não se verifica no presente caso.

93. Importa esclarecer ainda que a imprecisão existente em alguns orçamentos de obras não guarda relação com erro ou fraude. Vale dizer, não há percentual admissível para esses dois últimos. Ilustro tal entendimento com as recentes fraudes que têm sido descortinadas no âmbito da Operação Lava Jato, a qual já considero o maior escândalo de corrupção da história brasileira, em que é narrado o pagamento de propinas de 3% dos valores contratados no esquema. Nesse cenário, não se pode admitir um percentual de 5% de sobrepreço, em particular quando decorre da manipulação deliberada das planilhas orçamentárias da obra e da inclusão de novos serviços que não passaram pelo crivo de um processo licitatório.

12. Proporcionalidade da multa aplicada à então contratada.

12.1. Sustenta a empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. que a multa a ela aplicada, em confronto com as demais penalidades impostas pelo Tribunal nos presentes autos, se mostra absolutamente desproporcional.

12.2. Para tanto, a recorrente recorre às suas conclusões quanto aos argumentos já apresentados, afirmando não ter cometido qualquer irregularidade e não ter se beneficiado ilicitamente à custa do erário, além de afirmar que o próprio acórdão recorrido conclui que a recorrente não teria agido com dolo ou culpa.

12.3. Cita, ainda, doutrina e jurisprudência desta Corte que julga beneficiá-la.

Análise

12.4. Novamente iniciando-se a análise pelo precedente citado pelo recorrente, cabe esclarecer que por meio do Acórdão 1864/2016-TCU-Plenário o valor da multa imputada pelo Tribunal foi reduzida em virtude da redução do valor do débito, em nada se relacionando à alegada ausência de proporcionalidade.

12.5. Ademais, a fixação do valor da multa imposta pelo Tribunal com base no art. 57 da Lei 8.443/1992 deve ser arbitrada em montante de até 100% do valor atualizado do débito, de modo que a multa imposta à recorrente não extrapolou esse patamar.

12.6. Deve a multa, ainda, guardar relação com a gravidade das irregularidades praticadas pelos responsáveis, de modo que, para cada um dos agentes envolvidos nas irregularidades, deve o Tribunal fixar multa compatível com sua conduta. Nesse sentido, sendo a contratada a destinatária dos pagamentos efetuados



com superfaturamento decorrente de jogo de planilhas, o que somente ocorre por conta da variação desarrazoada dos preços dos itens contratadas por ela fixados na fase de licitação, a aplicação de multa em valor superior ao arbitrado para os demais responsáveis, no presente caso, está devidamente justificada.

CONCLUSÃO

13. Da análise anterior conclui-se que:

- a) está devidamente demonstrada nos presentes autos a culpa de José Ribamar da Cruz Oliveira;
- b) não há qualquer nulidade no acórdão recorrido;
- c) a aprovação de revisão de projeto em fase de obras, como requisito para a assinatura de termo aditivo, é uma das causas para a ocorrência de dano ao erário;
- d) os pareceres técnicos que subsidiaram a assinatura do termo aditivo, por conterem erro de fácil constatação e não vincularem o gestor, não afasta a irregularidade praticada por Luís Munhoz Prosel Junior, subscritor do 5º Termo Aditivo;
- e) a inobservância dos preços constantes do Sicro, mormente nos casos de jogo de planilhas, ainda mais quando esta Corte alerta previamente os responsáveis acerca do possível cometimento de irregularidade advinda de acréscimos de serviços com preços superiores aos de referência, pressupõe sobrepreço;
- f) não resta comprovado desequilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública, mas, ao contrário, em seu prejuízo; e
- g) a multa aplicada à contratada, em comparação àquelas aplicadas aos gestores do DNIT, não é desproporcional.

13.1. Dessa forma, deve ser negado provimento aos recursos de reconsideração interpostos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho, Luís Munhoz Prosel Junior e Camter Construções e Empreendimentos S.A. contra o Acórdão 1637/2016-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.”

2. Essa proposta de encaminhamento contou com a anuência do corpo dirigente da unidade técnica (peças 269 e 270) e com a concordância do Ministério Público/TCU, novamente representado nestes autos pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (peça 273), cujo parecer segue colacionado abaixo com os usuais ajustes de formatação:

“Trata-se da tomada de contas especial decorrente de irregularidades na execução do Contrato 22.1.0.00.0001/2002, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit e a empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. (peça 1), cujos principais desdobramentos foram os seguintes:

INSTRUMENTO	DAT A	OBJETO	VALO R (R\$)
Contrato 22.1.0.00.0001/2002 (peça 28, pp. 88/96, destes autos) (apenso, peça 9, pp. 2/9)	26/7/ 2002	Realização de serviços de duplicação (33,26 km) e de restauração (30,56 km) na Rodovia BR-364/RO, subtrecho Candeias do Jamari – Porto Velho (peça 1).	48.199. 842,45
4º Termo Aditivo (peça 29, pp. 186/97, destes autos) (apenso, peça 10, pp. 13/24)	17/5/ 2006	Aumento de valor contratual (preços iniciais), ‘autorizado pela Diretoria Colegiada/Dnit, conforme Relato 439/2006, de 27/4/2006, constante da Ata 29/2006, de 3/5/2006, e aprovação às fls. 490.’	+ <u>11.252.559,36</u> 59.452.401,81
5º Termo Aditivo (peça 29, pp. 230/3, destes autos) (apenso, peça 38, pp. 9/12)	7/12/ 2006	Aumento de valor contratual (preços iniciais), ‘autorizado pela Diretoria Colegiada/Dnit, conforme Relato 1.413/2006, de 10/11/2006, às fls. 556/557, constante da Ata 62/2006,	+ <u>605.082,75</u> 60.057. 484,56



		de 14/11/2006, e aprovação às fls. 558.'	
6º Termo Aditivo (apenso, peça 6, pp. 1/6)	6/12/2007	Repactuação entre o Dnit e a Camter, em atendimento ao Acórdão 1.367/2007 – Plenário, ‘incluindo, onde couberem, os preços novos unitários, autorizado pela Diretoria Colegiada do Dnit, em reunião realizada em 4/12/2007, e Ata 49/2007.’	– <u>428.497,49</u> 59.628. 987,18

O Contrato 22/2002 foi objeto de atenção desta Corte, inicialmente, nos autos do TC-006.094/2004-7 (Fiscobras 2004), no âmbito do qual sobreveio o Acórdão 1.245/2004 – Plenário, que assim decidiu (peça 2, p. 41, do processo apenso):

‘9.1. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit que:

9.1.1. doravante observe, nas transferências de contrato, o entendimento assentado no Acórdão 1.108/2003 - Plenário - TCU, cumulado com o prescrito no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993;

9.1.2. sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, mantenha estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no Contrato 22 Unit/01/2002-00 em relação à vantagem originalmente ofertada pela empresa vencedora, de forma a evitar que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos;

9.2. dar ciência da presente deliberação à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à 22ª Unidade de Infraestrutura Terrestre/RO - Dnit e à empresa CAMTER - Construções e Empreendimentos Ltda.;’

A existência de sobrepreço no contrato original foi abordada pelo ministro-relator no âmbito do Acórdão 1.329/2009 – Plenário (processo apenso, peça 7, pp. 18/9), que o atribuiu aos quantitativos aditivados, conforme excerto do aludido voto (grifos nossos – apenso, peça 7, pp. 5/17):

‘60. Feitos todos os ajustes indicados neste voto, a taxa de sobrepreço remanescente é de 10,84% [nas citações, constou 10,8037%], correspondendo ao valor absoluto de R\$ 5.855.313,54. Desde logo, chamo a atenção para o fato de que tal sobrepreço concentra-se fortemente em apenas dois itens, quais sejam, os de CBUQ, binder e capa de rolamento. Esses itens respondem por 87,34% do valor absoluto do sobrepreço total. Todos os demais preços contratuais compensam-se entre si gerando sobrepreço de apenas R\$ 741.275,89.

61. Este último resultado mostra que, se os dois itens retrocitados fossem excluídos do contrato, todos os demais itens remanescentes, sem exceção, produziram uma taxa de sobrepreço de apenas 1,59%, totalmente insuficiente para caracterizar, com a convicção necessária, a existência de manipulação da planilha ou de tendência altista dos preços contratuais. Lembro que esta última taxa não é, em absoluto, definitiva, apresentando ainda elevada sensibilidade aos ajustes necessários no Sicro. Com efeito, praticamente todos os ajustes reclamados pela contratada considerados válidos foram introduzidos de modo incompleto sobre os itens mais importantes da planilha, uma vez que o objetivo aqui não foi rever todo o trabalho da Secob, mas apenas alcançar posição propícia a uma rápida decisão, como requer a gravidade e urgência da matéria em estudo.

62. Por isso, deixou-se de computar o adicional da mão de obra em quase todas as composições, o mesmo acontecendo para as correções relativas ao transporte e ao fator de chuva, embora se tenha avaliado o impacto mais relevante dos dois últimos fatores. Como dito, o adicional à mão de obra não foi aplicado nas composições referenciais pelo seu baixo impacto. Mas, note-se que, excluídos os itens de CBUQ, o referido adicional poderia vir a fazer diferença.

63. Outro fator não menos importante capaz de desaconselhar que se tome como débito o sobrepreço disperso nos itens da planilha que não os de CBUQ: parte dos preços inquinados deriva da licitação, contra a qual não pesam indícios no processo tendentes à sua invalidação ou desconsideração. Embora a Secob diga que o orçamento referencial da licitação já se encontrava com sobrepreço de 6,4%, verifica-se que tal percentual é menor que o atribuído ao contrato após os aditivos. Além do mais, essa taxa seria ainda menor se fossem feitos os ajustes apontados neste voto, não sendo demais vaticinar que o sobrepreço imputado ao orçamento referencial desapareceria ou mesmo se tornaria negativo.

64. Assim, no que diz respeito aos custos oriundos da fase licitatória, não procede computar o sobrepreço neles detectado para o excesso global, uma vez que o problema surge na alteração posterior da planilha, quando

pode acontecer, inclusive de forma deliberada, a seletividade de itens com margens mais favoráveis à contratada, tornando relevantes os eventuais desequilíbrios localizados dispersamente na planilha original. Por isso mesmo, está já bem consolidado na jurisprudência desta Corte o entendimento de que os acréscimos de serviços sobreprecificados serão remunerados pelo seu preço de mercado, a ser aferido pelos meios idôneos disponíveis.

65. Isso posto, pode-se concluir que praticamente todo o desequilíbrio verificado no contrato em análise decorre dos itens de CBUQ, cumprindo analisá-los com mais detença. Os preços contratuais estão bastante acima dos custos de referência tomados do Sicro: R\$ 87,82 contra R\$ 48,46, para o CBUQ Binder, e R\$ 87,73 contra R\$ 54,54, para o CBUQ Capa de Rolamento. O surpreendente é que tais preços são oriundos do processo licitatório. Mais surpreendente ainda é que o edital da licitação previa preços bem maiores que aqueles finalmente contratados: R\$ 141,44 e R\$ 147,69. Há poucas dúvidas sobre os preços referenciais utilizados pela Secob para esses serviços, que sofreram apenas pequenos ajustes neste Voto. A própria contratada, ao pretender demonstrar que o orçamento do Dnit encontrava-se plenamente compatível, estimou os preços dos itens de CBUQ em R\$ 54,44 e R\$ 57,12, respectivamente.

66. Porém, como já explicado anteriormente, o sobrepreço derivado desses itens provém apenas das quantidades acrescidas pelos aditivos, dado o equilíbrio global de que gozava a planilha original. Tais acréscimos foram radicais. Ao final da segunda revisão, o quantitativo de CBUQ Binder aumentou de 16.632 t para 89.336 t (acrécimo de 437%) [em verdade, para 54.610 t, em vez de 89.336 t, conforme verificou este representante do Ministério Público de Contas – peça 6, p. 27, processo apenso], e o de CBUQ Capa passou de 65.582 para 89.336 (aumento de 36,22%), modificações que colocam em dúvida a validade do projeto original da obra. Esses aumentos de volume foram acordados sem qualquer modificação dos preços contratuais, como se a discrepância dos preços contratuais fosse do total desconhecimento de ambas as partes.

67. Ocorre que a jurisprudência desta Corte tem condenado alterações indiscriminadas como essa, sem o mínimo compadecimento com os gritantes desequilíbrios financeiros, normalmente arcados pela contratante pública, que tais alterações são capazes de gerar. Por isso mesmo, a posição dominante é a de que, havendo necessidade legítima de alteração do projeto ocasionando aumento de quantitativo de item comprovadamente sobreprecificado, as quantidades acrescidas deverão ser remuneradas pelo preço de mercado, aferido de alguma fonte confiável. É o que postula o Acórdão 1.755/2004 – Plenário, cujo voto condutor traz a seguinte diretiva nas revisões de contratos de obras públicas: (...)’

Em apertada síntese, as citações solidárias de servidores do Dnit e da empresa contratada alcançaram os fatos controvertidos e os responsáveis a seguir (ofícios citatórios às peças 105/11 e 173):

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	VALOR (R\$)/DATA	IRREGULARIDADE
Emanuel Leite Borges , Superintendente Regional Substituto do Dnit/RO-AC (signatário do 4º Termo Aditivo, peça 29, pp. 186/96);	27.569,59, de 13/11/2009	celebração do 4º Termo Aditivo ao Contrato
Júlio Augusto Miranda Filho , Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC (aprovação da 1ª Revisão de Projeto em Fase de Obras, peça 67, p. 16);	559.449,41, de 13/11/2009	22.1.0.00.0001/2002-Dnit, o que propiciou, por meio do acréscimo de itens com preços supervalorizados e da supressão de serviços com valores unitários depreciados, a ocorrência de superfaturamento, com infração ao disposto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como no item 9.1.2 do Acórdão 1.245/2004-TCU-Plenário;
Rogério Araújo de Miranda Lobo , Assessor Técnico (engenheiro signatário do Parecer Técnico 37/2006-CGCont, peça 67, pp. 9/12);	306.575,30, de 13/11/2009	
Mauro Ernesto Campos Lima , Coordenador/CGCTR/DTI/Dnit (aprovação do Parecer Técnico 37/2006-CGCont, peça 67, p. 18);	19.462,45, de 13/11/2009	
Luís Munhoz Prosel Júnior , Coordenador-Geral de Construção Rodoviária (aprovação do Parecer Técnico 37/2006-CGCont, peça 67, p. 18);	247.501,72, de 8/12/2009	
	15.712,26, 8/12/2009	
	215.984,67, 8/12/2009	
	13.420,18, 8/12/2009	
	24.499,05, de 30/12/2009	
	240.343,51, de 30/12/2009	
	145.568,89, de 30/12/2009	

Camter Construções e Empreendimentos S.A. (empresa contratada, peça 29, pp. 186/96)			
José Ribamar da Cruz Oliveira , Superintendente Regional (signatário do 5º Termo Aditivo e responsável pela aprovação da 2ª Revisão de Projeto em Fase de Obras, peças 29, pp. 230/2, e 68, p. 13);	3.567,99, de 13/11/2009		celebração do 5º Termo Aditivo ao Contrato
Rogério Araújo de Miranda Lobo , Assessor Técnico (engenheiro signatário do Parecer Técnico 183/2006-CGCont, peça 68, pp. 15/20);	72.911,17, de 13/11/2009		22.1.0.00.0001/2002-
Mauro Ernesto Campos Lima , Coordenador/CGCTR/DTI/Dnit (aprovação do Parecer Técnico 183/2006-CGCont, peça 68, p. 21);	39.954,94, de 13/11/2009		Dnit, o que propiciou, por meio do acréscimo de itens com preços supervalorizados e da supressão de serviços com valores unitários depreciados, a ocorrência de superfaturamento, com infração ao disposto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como no item 9.1.2 do Acórdão 1.245/2004-TCU-Plenário.
Luís Munhoz Prosel Júnior , Coordenador-Geral de Construção Rodoviária (aprovação do Parecer Técnico 183/2006-CGCont, peça 68, p. 21);	2.536,48, de 13/11/2009		
Camter Construções e Empreendimentos S.A. (empresa contratada, peça 29, pp. 230/2)	32.256,07, de 8/12/2009		
	2.047,73, de 8/12/2009		
	28.148,56, de 8/12/2009		
	1.749,01, de 8/12/2009		
	3.192,88, de 30/12/2009		
	31.323,17, de 30/12/2009		
	18.971,51, de 30/12/2009		

Por meio do Acórdão 1.637/2016 – Plenário, esta Corte rejeitou integralmente as alegações de defesa aduzidas pela Camter (peças 148 e 190) e pelos srs. Emanuel Leite Borges (peça 152), José Ribamar da Cruz Oliveira (peça 165), Mauro Ernesto Campos Lima (peça 168), Luís Munhoz Prosel Júnior (peças 170, 184 e 189) e Júlio Augusto Miranda Filho (peças 172 e 188) e decidiu, entre outras medidas (peça 191):

‘9.2. julgar irregulares as contas da empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. (05.500.018/0001-76) e dos Srs. José Ribamar da Cruz Oliveira (076.076.283-04), Emanuel Leite Borges (029.015.442-15), Júlio Augusto Miranda Filho (826.270.968-34), Mauro Ernesto Campos Lima (160.271.757-53) e Luís Munhoz Prosel Júnior (459.516.676-15), com fundamento no art. 16, inciso III, alínea ‘c’ e § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, dessa lei, e condená-los, em solidariedade, ao pagamento das quantias a seguir especificadas (...):

9.2.1. responsáveis solidários: Emanuel Leite Borges, Júlio Augusto Miranda Filho, Mauro Ernesto Campos Lima, Luís Munhoz Prosel Júnior e Camter Construções e Empreendimentos S.A.:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência	Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
27.569,59	13/11/2009	215.984,67	9 8/12/200
559.449,41	13/11/2009	13.420,18	9 8/12/200
306.575,30	13/11/2009	24.499,05	09 30/12/20
19.462,45	13/11/2009	240.343,51	09 30/12/20
247.501,72	8/12/2009	145.568,89	09 30/12/20
15.712,26	8/12/2009	-	-

9.2.2. responsáveis solidários: José Ribamar da Cruz Oliveira, Mauro Ernesto Campos Lima, Luís Munhoz Prosel Júnior e empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A.:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência	Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência

			Ocorrência
3.567,99	13/11/2009	28.148,56	9 8/12/200
72.911,17	13/11/2009	1.749,01	9 8/12/200
39.954,94	13/11/2009	3.192,88	09 30/12/20
2.536,48	13/11/2009	31.323,17	09 30/12/20
32.256,07	8/12/2009	18.971,51	09 30/12/20
2.047,73	8/12/2009	-	-

9.3. aplicar individualmente aos responsáveis abaixo indicados a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir discriminados (...):

Responsável	Valor da Multa
José Ribamar da Cruz Oliveira	R\$ 40.000,00
Luís Munhoz Prosel Júnior	R\$ 340.000,00
Mauro Ernesto Campos Lima	R\$ 340.000,00
Emanuel Leite Borges	R\$ 300.000,00
Júlio Augusto Miranda Filho	R\$ 300.000,00
Camter Construções e Empreendimentos S.A.	R\$ 1.000.000,00

(...)'

Mediante o Acórdão 2.781/2016 – Plenário (peça 230), os embargos opostos pelo sr. Emanuel Leite Borges não foram conhecidos, por serem intempestivos, e foram rejeitados os embargos manejados pelos srs. José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho e Mauro Ernesto Campos Lima contra o Acórdão 1.637/2016 – Plenário (peça 230).

O Acórdão 1.454/2017 – Plenário (peça 266), por sua vez, não conheceu do recurso de reconsideração interposto pelo sr. Emanuel Leite Borges (peça 244), por ser intempestivo e por não apresentar fatos novos.

Nesta feita, examinam-se os recursos de reconsideração manejados pela Camter Construções (peça 225) e pelos srs. Luís Munhoz Prosel Junior (peça 226), Júlio Augusto Miranda Filho (peça 242) e José Ribamar da Cruz Oliveira (peça 243) contra o Acórdão 1.637/2016 – Plenário (peça 191).

A Secretaria de Recursos – Serur, em pareceres uniformes, opina pelo conhecimento e pelo não provimento dos apelos (peças 268/70).

Presentes os autos no Ministério Público de Contas, o sr. Júlio Augusto Miranda Filho apresentou, em 27/9/2018, os memoriais às peças 271 e 272.

II

A unidade técnica especializada refutou adequadamente as razões recursais, cuja essência se reproduz a seguir (peça 268):

a) em relação ao sr. José Ribamar da Cruz Oliveira, ex-Superintendente da 22ª Regional do Dnit nos Estados de Rondônia e Acre:

a.1) independentemente dos atos praticados pelos demais agentes da autarquia, a responsabilidade do recorrente resta devidamente demonstrada nos presentes autos, pois foi alertado pelo Tribunal, antes da assinatura do 5º Termo Aditivo, acerca do sobrepreço dos itens que foram majorados;

a.2) sua responsabilidade não está limitada pela atuação de outras instâncias administrativas, visto que, na condição de Superintendente do Dnit e subscritor do 5º TA, tinha a responsabilidade de assegurar a correção de todos os atos necessários à assinatura do ajuste, conforme bem destacou a Secex/RO (peça 177, p. 19):

‘161. (...) O responsável teve participação direta, no âmbito da 22ª UNIT-RO/AC, na formalização do 5º Termo Aditivo ao Contrato 22.1.0.00.0001/2002-DNIT, pois, além de ter sido o signatário do instrumento (peça 68, pg. 47), participou das fases anteriores, aprovando o 2º Relatório de Revisão em Fase de Obras (peça 68, pg. 10 e 13). Ao agir assim, o responsável contribuiu para o descumprimento do item 9.1.2 Acórdão 1.245/2004-Plenário e para o dano ao erário decorrente desse aditivo.



162. Não se pode considerar que a assinatura de termos aditivos de contratos sejam atos ‘meramente administrativos’, uma vez que encerra verdadeiro ato decisório de gestão, atraindo para o seu subscritor a responsabilidade por eventuais irregularidades decorrentes da providência adotada.

163. Cabe acrescentar que o ato de aprovação não pode ser considerado meramente formal, sem poder decisório. Nos termos do Acórdão 343/2007-Plenário, a lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes na conformação do ato também é um método de controle, sendo que a assinatura é condição de eficácia e de vinculação de responsabilidade de seu autor.

164. Quanto ao fato de ter agido amparado por informações técnicas, cabe esclarecer que o parecer técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar sua correção, até mesmo para corrigir eventuais disfunções e, portanto, não afasta, por si só, a responsabilidade da autoridade hierarquicamente superior por atos considerados irregulares, conforme consignado no Acórdão nº 206/2007-Plenário. Como verificado anteriormente, não se tratava de irregularidade de difícil detecção.

165. Assim, concluindo-se a análise realizada, propõe-se rejeitar integralmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Ribamar da Cruz Oliveira, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a ele atribuídas.’

a.3) os membros da Diretoria Colegiada do Dnit não foram considerados responsáveis pelo débito apurado nos presentes autos em virtude de a atribuição de se manifestar acerca das revisões de projetos em fase de obras e de assinar termos aditivos no âmbito da autarquia ser das superintendências regionais, o que afasta a possibilidade de tratamento isonômico;

a.4) o TCU, ao afastar a responsabilidade do então Diretor-Geral, um dos membros da Diretoria Colegiada, assim se posicionou no âmbito do Acórdão 3.103/2011-Plenário [peça 1]:

‘Considerando os argumentos trazidos à baila pelo Sr. Luiz Antônio Pagot, em suas razões de justificativa.

Considerando a manifestação da unidade instrutiva, no sentido de que o Sr. Luiz Antônio Pagot, na condição de Diretor Geral do DNIT, não poderia ter gerência sobre todos os termos aditivos firmados em todas as Superintendências Regionais do DNIT.

Considerando que todos os aditivos foram firmados pelos Superintendentes regionais em exercício, de modo que a formalização do ato não compete ao Diretor Geral do DNIT.

Considerando a proposta da unidade técnica, a qual contou com anuência da Sr^a. Diretora e do Sr. Secretário da Secex-RO, de se acolher parcialmente as razões de justificativas trazidas aos autos, devendo ser retirada a responsabilidade do Sr. Luiz Antônio Pagot do presente processo.

(...)

Considerando, por fim, a proposta de conversão dos autos em TCE, assim como a citação dos responsáveis e a retirada do Sr. Luiz Antônio Pagot como responsável no presente processo.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 47 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso V, ‘g’, e 252, **caput**, do Regimento Interno do TCU, em acolher parcialmente as razões de justificativa do Senhor Luiz Antônio Pagot, rejeitar as razões de justificativa do Senhor José Ribamar da Cruz Oliveira, (...).’

b) quanto ao sr. Júlio Augusto Miranda Filho, então Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC:

b.1) a fundamentação do acórdão vergastado com base em manifestações dos órgãos técnicos [Secex e MP de Contas] é lícita, comum e usual não só nesta Corte, mas também no âmbito do Poder Judiciário, que pode fundamentar suas decisões nos pareceres elaborados por representantes do Ministério Público;

b.2) o acórdão recorrido não só se referiu às manifestações da unidade técnica e do Ministério Público, como expressamente as incorporou às suas razões de decidir, conforme fragmento do voto [peça 192, p. 3]:

‘20. Início minha apreciação do presente processo antecipando que acompanharei as conclusões da unidade técnica e do MP/TCU, as quais incorporo às minhas razões de decidir, divergindo tão somente da condenação do Sr. Rogério Araújo de Miranda Lôbo.’

b.3) tanto a instrução da unidade técnica quanto o parecer do Ministério Público foram integralmente transcritos no relatório que fundamenta a deliberação recorrida [peça 193], não havendo razões para o recorrente questionar a ausência de análise de suas alegações de defesa, que foram minuciosamente enfrentadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal;

b.4) aprovada pelo sr. Júlio Augusto [peça 67, p. 16], a 1ª Revisão do Projeto em Fase de Obras foi o ato que subsidiou a assinatura do 4ª Termo Aditivo, contrariando deliberação anterior desta Corte acerca do risco de

se causar dano ao erário decorrente de ‘jogo de planilha’, haja vista a existência de itens contratuais contratados com valores acima dos preços de mercado [Acórdão 1.245/2004 – Plenário, peça 2, p. 41, do processo apenso];

b.5) para a assinatura do termo aditivo é necessária, nos termos das normas internas do Dnit, a existência de vários outros atos, como a revisão do projeto em fase de obras, demonstrando se tratar, dessa forma, de ato administrativo complexo, em que todos aqueles que efetivamente contribuíram para a ocorrência do dano devem ser responsabilizados;

b.6) o sr. Júlio Augusto sequer tenta demonstrar a veracidade da sua alegação de que teria agido contra sua vontade na aprovação da 1ª Revisão do Projeto em Fase de Obras. Mesmo que pudesse demonstrar eventual situação que o obrigasse a opor sua assinatura aprovando a revisão, não haveria razões para fazê-lo ao arrepio da lei e do alerta expedido por esta Corte acerca dos efeitos de eventual alteração contratual;

c) sobre o sr. Luís Munhoz Prosel Junior, ex-Coordenador-Geral de Construção Rodoviária:

c.1) não é correto o entendimento do recorrente de que os pareceres técnico e jurídico contêm erro de difícil detecção. A irregularidade ocasionada por ‘jogo de planilhas’ e posteriormente efetivada com a participação do sr. Luís Munhoz foi identificada pelo TCU em auditoria realizada no exercício de 2004 e levada ao conhecimento dos gestores por meio do envio do Acórdão 1.245/2004-Plenário [peça 2, p. 41, do processo apenso];

c.2) no ano de 2006, por meio de monitoramento, esta Corte verificou que, não obstante tenha determinado a observância do equilíbrio contratual no caso de alterações no referido ajuste, a autarquia não tinha dado cumprimento ao Acórdão 1.245/2004-Plenário. Ao arrepio da determinação expedida, verificou-se a ocorrência de jogo de planilhas e de dano ao erário por meio de acréscimos de itens contratados com preços superiores aos de mercado;

c.3) dessa forma, como esta Corte alertou e determinou à entidade que eventuais acréscimos de itens com sobrepreço contratual não poderiam alterar o equilíbrio inicialmente contratado, não deve prosperar o acatamento de pareceres, seja técnico ou jurídico, sem que o gestor se assegurasse de que os preços dos serviços acrescidos haviam sido adequados aos de mercado;

c.4) do homem médio, espera-se a conferência dos pareceres emitidos por órgãos subordinados, sob pena de responsabilidade, mormente para cumprimento de determinação expedida por este Tribunal;

c.5) não prospera a alegação de que o princípio da segregação das funções fez o sr. Luís Munhoz acreditar na correção dos citados pareceres. O poder-dever de supervisão impõe ao recorrente a conferência da correção dos documentos utilizados para subsidiar a tomada de decisão, eis que tais pareceres não vinculam sua atuação;

c.6) nos termos do voto condutor do acórdão recorrido [peça 192, p. 8]:

‘55. Concorde com a alegação do responsável de que a decisão foi tomada com base em pareceres, mas tal fato não afasta por si só a responsabilidade do gestor pelos atos irregulares, principalmente em situações como a que ora se examina, em que os preços contratuais estavam muito superiores aos de referência tomados do Sicro: R\$ 87,82 contra R\$ 48,46, para o CBUQ Binder, e R\$ 87,73 contra R\$ 54,54, para o CBUQ Capa de Rolamento.’

c.7) a deliberação que o recorrente afirma corroborar suas alegações [Acórdão 1.329/2009-Plenário, que revogou a medida cautelar e liberou o reinício imediato da obra: processo apenso, peça 7, pp. 18/9], foi proferida após a prática do ato irregular e, portanto, não pode ser invocada para justificar a alteração contratual que culminou com o dano ao erário;

d) relativamente à Camter Construções e Empreendimentos S.A.:

d.1) o fato de a Lei de Diretrizes Orçamentárias ter instituído a observância dos preços constantes do Sicro a partir do exercício de 2010 não tem o condão de tornar os preços dele constantes em anos anteriores não condizentes com os valores de mercado. Nesse sentido, embora a obrigatoriedade de se observarem os preços do Sicro só tenha sido positivada em 2010, tal parâmetro de preços vinha sendo utilizado pelo Dnit e por esta Corte de Contas desde, pelo menos, 2004, ano da prolação do Acórdão 296/2004-Plenário;

d.2) conforme já decidido pelo TCU (Acórdão 3.003/2014-Plenário), a utilização do Sicro como referencial de preços de obras rodoviárias independe de previsão legal;

d.3) o voto que fundamenta o acórdão vergastado assim tratou da matéria:

‘100. Há muito este Tribunal adota o Sicro como parâmetro de verificação de custos de obras rodoviárias, afigurando-se dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, pois se trata de um sistema oficial. Por isso, não cabe alegar situação de insegurança jurídica quanto ao uso do sistema.



101. Nos processos de fiscalização de obras, presume-se que os referenciais oficiais da Administração refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual sobrepreço ou superfaturamento.'

d.4) alega-se desequilíbrio econômico-financeiro em favor do Poder Público, visto que os quantitativos foram acrescidos pela Administração Pública e que as obras ficaram paradas também por exigência da contratante, o que teria gerado aumento de custos [para a empresa] que não devem ser por ela custeados. Ocorre que eventual aumento de custos da recorrente em virtude de fatos atribuídos ao Dnit devem ser objeto de questionamento junto às instâncias competentes, não tendo esta Corte a atribuição de tutelar interesses privados;

d.5) a Camter cita precedente desta Corte no sentido de se exigir a efetiva comprovação de aumento de custos da contratada para que a Administração Pública possa proceder à revisão dos valores contratuais em favor do particular, mas a alegação é desprovida de qualquer elemento fático ou jurídico que busque comprová-la, havendo apenas afirmações lançadas pela recorrente;

d.6) a recorrente sustenta que a jurisprudência desta Corte, à época dos fatos tratados nos presentes autos, era firme no sentido de se aceitarem diferenças de preços de até 5% como variação normal do mercado, de modo que os preços por ela cotados na licitação, ainda que superiores aos praticados no mercado e constantes do Sicro, devem ser aceitos pela Administração Pública. Assim, cita 'recentíssima orientação da Corte', na qual, segundo o recorrente, o Tribunal teria acatado a tese de que diferenças de preços de até 5% não seriam necessariamente tratadas como superfaturamento. Entretanto:

d.6.1) na verdade, o que a recorrente cita como 'recentíssima orientação da Corte' corresponde a trecho do voto que fundamenta o próprio acórdão recorrido e que, obviamente, refuta a tese da variação de preços normal de mercado em casos de jogo de planilhas, a saber [peça 192, pp. 15/6]:

'91. Também não merece prosperar a alegação de que o superfaturamento apurado equivaleria ao percentual de cerca de 5% do valor global do contrato, o que significaria uma variação dos preços de mercado. Entendo que há uma confusão conceitual em tal alegação que deve de pronto ser esclarecida, pois os precedentes do TCU que utilizaram tal raciocínio o fizeram ao tratar de sobrepreço por preços excessivos, em particular, nas condições originalmente contratadas. Nesse sentido, cito o Acórdão 2.333/2011-Plenário. Outros tipos de dano, tal como o superfaturamento por serviços não-executados ou o superfaturamento por jogo de planilha, tal como o caso que ora se examina, não admitem a mesma tese.

92. Enfatizo, ainda assim, que me parece mais acertada a linha adotada em recentes julgados desta Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 1.055/2012-Plenário e 3.095/2014-Plenário, que rejeitam veementemente a alegação de que deva ser admitido qualquer percentual de sobrepreço. Não existe percentual tolerável de sobrepreço global, de forma que somente é admissível contratar obras por valores superiores aos correspondentes obtidos nos sistemas referenciais de preço oficiais se presentes condições extraordinárias, devidamente justificadas no procedimento administrativo, o que não se verifica no presente caso.

93. Importa esclarecer ainda que a imprecisão existente em alguns orçamentos de obras não guarda relação com erro ou fraude. Vale dizer, não há percentual admissível para esses dois últimos. Ilustro tal entendimento com as recentes fraudes que têm sido descortinadas no âmbito da Operação Lava Jato, a qual já considero o maior escândalo de corrupção da história brasileira, em que é narrado o pagamento de propinas de 3% dos valores contratados no esquema. Nesse cenário, não se pode admitir um percentual de 5% de sobrepreço, em particular quando decorre da manipulação deliberada das planilhas orçamentárias da obra e da inclusão de novos serviços que não passaram pelo crivo de um processo licitatório.'

d.7) iniciando-se a análise pelo precedente citado pela Camter (Acórdão 1.864/2016-Plenário), o valor da multa imputada pelo Tribunal naqueles autos foi reduzido em virtude da diminuição do valor do débito. A redução, portanto, naquele processo, em nada se relacionou com a ora alegada ausência de proporcionalidade entre a multa aplicada à Camter e as demais penalidades impostas pelo Tribunal nos presentes autos;

d.8) a fixação do valor da multa imposta pelo Tribunal com base no art. 57 da Lei 8.443/1992 deve ser arbitrada em montante de até 100% do valor atualizado do débito, de modo que a multa imposta à recorrente não extrapolou esse patamar;

d.9) a multa deve guardar relação com a gravidade das irregularidades praticadas pelos responsáveis. Para cada um dos agentes envolvidos nas irregularidades, deve o Tribunal fixar multa compatível com sua conduta. No presente caso, a aplicação de multa em valor superior ao arbitrado para os demais responsáveis está devidamente justificada. A Camter foi a destinatária dos pagamentos efetuados com superfaturamento decorrente de jogo de planilhas, o que somente ocorreu por conta da variação desarrazoada dos preços dos itens contratados por ela fixados na fase de licitação;



- e) as conclusões da Serur são, pois, as seguintes:
- ‘a) está devidamente demonstrada nos presentes autos a culpa de José Ribamar da Cruz Oliveira;
 - b) não há qualquer nulidade no acórdão recorrido;
 - c) a aprovação de revisão de projeto em fase de obras, como requisito para a assinatura de termo aditivo, é uma das causas para a ocorrência de dano ao erário;
 - d) os pareceres técnicos que subsidiaram a assinatura do termo aditivo, por conterem erro de fácil constatação e não vincularem o gestor, não afasta a irregularidade praticada por Luís Munhoz Prosel Junior, subscritor do 5º Termo Aditivo;
 - e) a inobservância dos preços constantes do Sicro, mormente nos casos de jogo de planilhas, ainda mais quando esta Corte alerta previamente os responsáveis acerca do possível cometimento de irregularidade advinda de acréscimos de serviços com preços superiores aos de referência, pressupõe sobrepreço;
 - f) não resta comprovado desequilíbrio econômico-financeiro em favor da Administração Pública, mas, ao contrário, em seu prejuízo; e
 - g) a multa aplicada à contratada, em comparação àquelas aplicadas aos gestores do Dnit, não é desproporcional.’

Nos memoriais apresentados após a conclusão da instrução da unidade técnica especializada, a argumentação essencial do sr. Júlio Augusto Miranda Filho, então Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC, é de que houve erro de julgamento por parte do TCU, por não levar em consideração as circunstâncias atenuantes das supostas condutas consideradas irregulares e por não enfrentar cada uma das questões de mérito por ele trazidas, consoante razões que seguem, em suma (peças 271 e 272):

- a) a disparidade entre os critérios utilizados para imputar débito ao sr. Júlio Augusto e para dispensar os ex-diretores da Diretoria Colegiada do Dnit se mostrou especialmente injusta e na contramão dos critérios objetivos de responsabilização que norteiam os julgamentos do TCU, ferindo de morte o princípio constitucional da isonomia e o princípio processual da paridade de armas;
- b) a justificativa utilizada, no âmbito do Acórdão 3.103/2011-Plenário [peça 1], para excluir a responsabilidade dos ex-diretores acima mencionados foi a de que ‘as decisões tomadas por tal Diretoria têm como base os subsídios técnicos fornecidos pela Superintendência Regional’, de modo que o mesmo critério também deve ser aplicado ao ora recorrente;
- c) a boa-fé do recorrente resta demonstrada no presente processo, sobretudo no que diz respeito aos encaminhamentos feitos com base nos subsídios técnicos fornecidos pelos departamentos responsáveis, incluindo parecer jurídico da Procuradoria Federal Especializada;
- d) não se cogita de que aqueles outros responsáveis venham a ser citados e tenham as suas contas julgadas irregulares. O que se requer é que o Tribunal reconheça a igualdade de condições em que respondem os ex-diretores e o ora recorrente, na medida em que todos agiram com base nos subsídios técnicos fornecidos pelos departamentos responsáveis, para que o ora recorrente possa, assim, ser excluído da presente TCE, como foram aqueles outros gestores, por questão de isonomia;
- e) se existe o reconhecimento desse E. Tribunal de que o débito é decorrente da celebração dos termos aditivos ao contrato em tela e de que não há necessidade de citação dos ex-diretores que autorizaram a ‘celebração’ desses aditivos, qual seria o fundamento legal para se chamar aos autos o ora recorrente, que não participou de nenhum ato ‘diretamente’ relacionado à celebração dos mencionados ajustes?;
- f) o voto condutor do acórdão recorrido incorreu também em erro de julgamento na medida em que os argumentos utilizados para condenar os atos praticados pelo recorrente não encontram guarida nos fatos analisados;
- g) isso porque o acórdão recorrido aponta a existência de nexo de causa e efeito direto entre a conduta adotada pelo recorrente e a assinatura do 4º termo aditivo, ao mesmo tempo em que delimita a sua atuação apenas à aprovação da revisão de projeto do qual resultou a avença;
- h) não se pode atribuir responsabilidade direta por efeito futuro gerado por causa anterior da qual ele eventualmente resulta, a menos que, **ad argumentandum tantum**, todos os demais atos praticados posteriormente também pudessem ser atribuídos ao ora recorrente, o que não se verifica no presente caso, inclusive em face da sua ausência [exoneração do cargo] no momento da assinatura do 4º termo aditivo;
- i) dessa forma, incabível falar-se em responsabilização direta do ora recorrente, na medida em que, agindo de acordo com as atribuições que o cargo dele exigia, apenas deu início a procedimento sujeito a posterior análise, revisão e aprovação, cujos supostos vícios poderiam ainda ter sido sanados antes que fosse consumada a avença. Daí, sim, advém a responsabilidade direta daqueles que consumaram o ato, ora objeto de



questionamento por essa Egrégia Corte de Contas;

j) para fins de responsabilização direta, as alegações de defesa apresentadas pelo ora recorrente se prestaram a demonstrar ao TCU que, por razões de fato e de direito, sobre os atos praticados à época pelo ora recorrente, na condição de Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC, não recaem as irregularidades e/ou ilegalidades apontadas pela unidade técnica responsável pela instrução do presente processo, que deram ensejo à citação do ora recorrente;

k) o recorrente tomou conhecimento da instauração da presente TCE e somente foi citado pelo Tribunal em 2015, ou seja, quase dez anos após os fatos questionados;

l) o recorrente reconheceu o dever que lhe cabe de apresentar razões de defesa [peças 172 e 188] em resposta à citação [peça 107] que lhe foi dirigida pelo Tribunal e, em sede preliminar, suscitou incidente de ilegitimidade passiva, porque as supostas irregularidades ora atribuídas ao recorrente não procedem do ponto de vista fático-processual. Do recorrente não se poderia esperar conduta diversa da que foi por ele adotada na condição de Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC. Todos os atos por ele praticados estão vinculados às atribuições advindas do cargo que exercia à época e não representam, em momento algum, a vontade pessoal do recorrente e não há nexo de causalidade direta entre o suposto dano ao erário e os atos praticados pelo recorrente, relativamente ao contrato **sub examine**, que possam atribuir-lhe responsabilidade pela presente TCE;

m) o ora recorrente reconhece a responsabilidade que lhe era cabível no tocante às atribuições do cargo que ocupava, todavia, não se resigna com o entendimento adotado no sentido de atribuir-lhe responsabilidade direta sobre suposto dano ao erário, ante a convicção de que essa responsabilidade não é absoluta, haja vista a necessidade de reconhecimento, por parte do Tribunal, de que tal responsabilidade possui, na verdade, presunção de eficácia limitada às condições em que os fatos foram vivenciados pelo recorrente, ausente a má-fé;

n) assim, respaldado por pareceres técnico e jurídico devidamente fundamentados, o recorrente não estava obrigado a ter domínio técnico e/ou jurídico sobre a matéria, e como tal não se poderia dele exigir que avaliasse todos os aspectos, de tal modo a afastar eventuais falhas, tampouco caberia decidir de forma unilateral sobre a questão, haja vista a designação de funcionários qualificados para tanto;

o) o recorrente podia tão só avaliar os aspectos formais do que lhe foi apresentado, e estes, à vista das manifestações favoráveis e devidamente fundamentadas, pareciam estar atendidos. Nesse sentido, eventuais análises técnicas, revisões e aprovações de terceiros que foram consideradas irregulares - fato de terceiro - não podem gerar responsabilidades ao recorrente, na medida em que não comprometem a lisura da supervisão por este empreendida;

p) as conclusões dessas análises técnicas supostamente irregulares não representam ato de vontade pessoal direta do recorrente;

q) em relação ao encaminhamento, pelo recorrente, de análises técnicas que foram reexaminadas pela unidade técnica e passaram a ser consideradas como supostas irregularidades, a jurisprudência do TCU tem se mostrado sensível às questões enfrentadas pelos gestores quando se veem em situações como a do ora recorrente, em que, em razão das atribuições do cargo que ocupam, são levados a impulsionar análises técnicas que posteriormente podem vir a ser questionadas pelos órgãos de controle;

r) a aprovação e o encaminhamento das análises técnicas oriundas dos departamentos responsáveis foram precedidos de consulta à Procuradoria Federal Especializada;

s) o ora recorrente apenas assinou encaminhamentos que lhe cabia assinar na condição de Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC, não tendo participado da elaboração e da celebração do 4º Termo Aditivo ao contrato em tela, ao contrário da citação que recebeu [peça 107] e da forma como o acórdão recorrido equivocadamente relaciona sua conduta ao resultado inquinado;

t) portanto, é totalmente improcedente a tentativa de imputar-se ao ora recorrente a responsabilidade pelo simples fato de ter encaminhado para instância superior a análise técnica e jurídica de setores especializados e dos servidores designados para essa função;

u) com a devida vênia, mostra-se totalmente desarrazoada a rejeição das alegações de defesa, com a consequente condenação em débito e a respectiva aplicação de multa, na medida em que a questão não possui nexo de causalidade direto com os atos praticados pelo recorrente, que apenas cumpriu com as obrigações a que estava vinculado em razão do cargo ocupado no âmbito do Dnit, tornando-se impossível a atribuição de responsabilidade direta ao recorrente;

v) o recorrente não pode ser responsabilizado diretamente por atos anteriores à celebração/assinatura do 4º termo aditivo, tendo em vista que, antes de sua celebração, eventuais irregularidades poderiam ter sido



verificadas e corrigidas, pois transcorreram ‘sessenta dias’ entre a sua exoneração do cargo [31/3/2006] e a celebração do referido termo [17/5/2006];

w) nenhum ato do recorrente deu causa ao suposto dano ao erário em questão, pois não há nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo recorrente e a conduta em relação à qual foi chamado a responder pelo ofício de citação [peça 107];

x) os atos praticados pelo recorrente se restringem a encaminhamento dos trabalhos e das análises técnicas realizadas pelo departamento competente, com vistas à posterior análise final e decisória, na qual não possui participação direta, pois foi exonerado meses antes, em 31/3/2006, do cargo que ocupava;

y) em nenhum momento o ora recorrente chegou a participar diretamente da elaboração, da análise ou da aprovação do 4º Termo Aditivo [celebrado em 17/5/2006, peça 29, pp. 186/97]. Sequer coube ao recorrente avaliar diretamente ou por delegação a minuta do referido termo. Portanto, não existe qualquer elemento que leve à constatação de que os atos praticados pelo recorrente na condição de Coordenador-Geral foram ‘essenciais’ à decisão final pela assinatura do 4º termo aditivo, para que se justifique a citação na presente TCE;

z) no presente caso, não há nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo recorrente na condição de Coordenador-Geral até a data de sua exoneração e a posterior celebração do 4º termo aditivo ao contrato;

aa) não se pode alegar que o verdadeiro ato impugnado pelo TCU na presente TCE - assinatura do 4º termo aditivo - originou-se da conduta adotada pelo recorrente, tampouco que, após os atos praticados pelo ora recorrente, a conduta questionada não poderia mais ser evitada;

bb) nestes termos, mostra-se temerária a participação do recorrente nesta TCE e imperativa se faz a sua exclusão do processo, tendo em vista a nulidade da sua citação;

cc) qualquer alegação no sentido de que os atos praticados pelo recorrente foram decisivos para a prática do ato questionado e objeto do ofício de citação (‘celebração do 4º Termo Aditivo’, da qual o ora recorrente não participou) fere de morte o princípio da segurança jurídica, uma vez que este ato perseguido pela presente TCE é posterior aos encaminhamentos realizados pelo ora recorrente e [estes] não vinculam as posteriores avaliações e decisões tomadas pelos superiores hierárquicos, tampouco a celebração e a assinatura do 4º termo aditivo, na qual, reitera-se, o recorrente não possui qualquer participação;

dd) o ofício de citação encaminhado ao ora recorrente [peça 107] não apresenta a correta descrição do fato supostamente irregular que teria sido praticado pelo ora recorrente, nem a correta descrição da conduta do responsável e o dispositivo constitucional, legal ou regulamentar/princípio/jurisprudência violados que possam ter nexo de causalidade com os atos praticados pelo recorrente, o que vem a prejudicar, de forma irreparável, o exercício da ampla defesa e do contraditório. Sobre este ponto, silenciaram a última instrução da unidade técnica, o parecer do MP/TCU e a decisão recorrida;

ee) em parecer (peça 50), o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira exarou entendimento sobre a importância da correta delimitação da responsabilidade dos atores envolvidos na presente TCE;

ff) com a devida vênia, é, no mínimo, temerária a afirmação contida no anexo da instrução da unidade técnica no seguinte sentido (peça 92):

‘Não é possível atestar a boa-fé da (sic) responsável, em razão de haver determinação anterior do TCU no sentido de manter a estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no Contrato nº 22 UNIT/01/2002-00 quando da assinatura de quaisquer termo aditivo futuro (item 9.1.2 do Acórdão 1.245/2004-TCU-Plenário)’

gg) por não ter participado da celebração do 4º termo aditivo, não existe nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo recorrente e a que está prevista no acórdão acima mencionado, que define claramente que a conduta a ser evitada dar-se-ia ‘por meio de termos aditivos futuros’ (item 9.1.2 do Acórdão 1.245/2004-Plenário);

hh) como não há efetiva participação do recorrente ‘por meio de termos aditivos futuros’, não há como imputar-lhe responsabilidade com base em suposto descumprimento de decisão do TCU;

ii) não obstante, mesmo com a determinação de eventual nova citação, esta restaria prejudicada e o arquivamento dos presentes autos mostrar-se-ia imperioso, pois haveria a incidência do disposto nos arts. 19 e 6º da IN/TCU 71/2012, no sentido de que fica dispensada a instauração da tomada de contas especial quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

jj) sob todos os pontos de análise, não há como imputar irregularidades nos atos praticados pelo ora recorrente, uma vez que não houve falta grave, locupletamento, má-fé ou qualquer outro elemento que determine e justifique a aplicação de penalidade tão grave e injusta ao ora recorrente, que sempre agiu dentro da legalidade, em conformidade com as normas, com as determinações dos órgãos de controle e com os princípios



morais que regem os entes da Administração Pública;

kk) nestes termos, anulando-se a decisão em face dos vícios de nulidade apontados, deve-se julgar novamente a presente tomada de contas especial, reformando-se a r. decisão recorrida, sem imputação de débito ou aplicação de multa ao recorrente;

ll) não é justo penalizar o recorrente, após ter adotado conduta compatível com a que era razoável de se esperar de qualquer gestor, não havendo qualquer indício que comprove intenção em malversar os recursos públicos em tela, tampouco a falta de implementação de mecanismos de controle no sentido de coibir e de evitar possíveis irregularidades;

mm) a conduta do ora recorrente foi absolutamente isenta de qualquer culpabilidade. Agiu juridicamente como **‘bonus pater familias’**. Portanto, ao menos em relação ao recorrente, é cediço que não há qualquer débito a ser recolhido aos cofres públicos;

nn) as razões apresentadas pelo sr. Júlio Augusto Miranda Filho em sede de recurso de reconsideração não foram analisadas de forma percuciente, nem impugnadas de forma especificada e tampouco consideradas pela Serur;

oo) por todo o exposto, o recorrente espera que as razões trazidas por meio deste memorial sejam bastantes ao convencimento quanto à necessidade de reformar o acórdão recorrido, a fim de excluir a responsabilização atribuída ao recorrente, bem como a condenação em débito e a respectiva aplicação de multa.

Nos termos da jurisprudência assente nesta Casa:

‘Após o término da fase de instrução, documentação entregue pelos responsáveis tem natureza jurídica de memorial (art. 160, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno do TCU) e, ainda que contenha argumentos inéditos aos autos, não vincula a formação de juízo do relator, podendo este até mesmo não autorizar sua juntada ao processo. Não existe na processualística do Tribunal etapa de contestação da instrução da unidade técnica e tampouco fase processual de réplica do parecer do Ministério Público.’ (Acórdão 1171/2018-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

‘Memorial (art. 160, § 3º, do Regimento Interno do TCU) apresentado pela parte não integra formalmente o processo e, por isso, não se constitui em informação necessária e imprescindível para a formação do juízo de mérito do relator, não havendo qualquer obrigação no sentido de que seja expressa e formalmente examinado no voto proferido.’ (Acórdão 671/2018-Plenário)

Mesmo nesse cenário, a fim de que não parem dúvidas sobre o acerto da deliberação recorrida, o Ministério Público de Contas tece considerações adicionais à pertinente análise levada a termo de Serur.

O sr. Júlio Augusto Miranda Filho, então Coordenador-Geral da 22ª Unit-RO/AC, foi o responsável pela aprovação do relatório da 1ª Revisão de Projeto em Fase de Obras (peça 67, p. 16), elemento determinante para a posterior celebração do 4º Termo Aditivo com itens sobrepreçificados.

Desse modo, mesmo não sendo signatário do 4º TA (peça 67, p. 66), o sr. Júlio Augusto concorreu diretamente para o aditamento. Disso decorre sua responsabilidade, ainda que não tenha pessoalmente subscrito o instrumento do 4º Termo Aditivo.

O que se verifica, portanto, é que, juridicamente, a situação do sr. Júlio Augusto não é idêntica à dos então diretores do Dnit (Diretoria Colegiada) que autorizaram a celebração do 4º aditamento, ‘conforme Relato 439/2006, de 27/4/2006, constante da Ata 29/2006, de 3/5/2006, e aprovação às fls. 490’ (peça 29, pp. 186/97).

É verdade que os aludidos diretores também agiram com base nos subsídios técnicos fornecidos por departamentos responsáveis. Ocorre, todavia, que, como bem ponderou a Secex/RO, ‘na condição de Coordenador-Geral da 22ª UNIT-RO/AC, recaía sobre o sr. Júlio um maior encargo no controle dos atos que deram origem ao 4º aditivo ao Contrato 22.1.0.00.0001/2002-Dnit, em relação àquele que se poderia exigir dos integrantes da cúpula da instituição, visto que todo o procedimento teve início no âmbito da unidade regional que chefiava’ (peça 177, p. 17, item 141).

Ainda de acordo com a abalizada opinião da Secex/RO (peça 177, p. 17, item 142), a conduta diversa exigível do sr. Júlio Augusto Miranda Filho não é a mesma que a dos ex-diretores do Dnit, na medida em que os atos relacionados com a formalização do 4º aditivo tiveram sua participação direta e estavam sob seu controle direto e imediato. Por esse motivo, incidia sobre o responsável, e com maior intensidade, a obrigação de ter obstado a consumação da irregularidade, ainda na origem, no âmbito da 22ª Unit-RO/AC.

De fato, a teor do disposto na Instrução de Serviço DG/Dnit 04/2005, editada com vistas a padronizar os procedimentos gerais internos da Sede do Dnit e das Units, relacionados à gestão dos processos e suas respectivas responsabilidades, e ‘considerando o não cumprimento de forma harmônica de diversos expedientes administrativos atualmente em vigor e pouco observados’ (peça 186):



‘Art. 5º Todas as fases processuais para cada procedimento individualizado deverão ser atestadas pela área técnica, gerência ou diretoria competente, **de forma conclusiva**, ao final de cada etapa, na pessoa de seu responsável ou substituto legal, devidamente identificado através de carimbo e assinatura, **ratificando e convalidando todos os atos até ali praticados.**’ (grifou-se)

Nesse cenário, é fora de dúvida que o sr. Júlio Augusto integrou a cadeia causal que culminou com o dano aos cofres do Dnit. Como Coordenador-Geral da 22ª Unit, o recorrente tinha, por dever de ofício, a obrigação de acompanhar de perto, **in loco** mesmo, a execução dos contratos sob a responsabilidade de sua área de atuação, com vistas a reconhecer e atestar, ou não, a legitimidade dos pleitos de aditamento contratual.

Pela ordem natural da hierarquia administrativa, não há como eximir um coordenador-geral da unidade regional de sua incumbência primária de fiscalizar, em detalhes, a justeza dos pedidos, com impacto financeiro, que lhe eram dirigidos pelas empresas contratadas.

A razão de existir a descentralização administrativa das atividades rodoviárias por todo o país, vale dizer, a opção pela organização em superintendências locais é justamente propiciar uma melhor governança dos ajustes e um controle mais próximo, mais célere e mais efetivo tanto da execução física como da execução financeira da avença. Se assim não fosse, ‘tudo’ poderia e deveria ser centralizado em Brasília, à distância, considerando que a representação local não teria a óbvia missão de dar suporte consistente para a tomada de decisão por parte dos escalões superiores da autarquia.

Nessa linha de raciocínio, cabe ter presente o comando emanado do Acórdão 2.006/2006 – Plenário:

‘9.3. determinar à Segecex que oriente as Unidades Técnicas deste Tribunal, na hipótese de serem constatados indícios de irregularidades graves na condução de obras pela (...), a avaliar a responsabilidade de todos os agentes - em especial daqueles integrantes da área técnica e da consultoria jurídica - que tenham contribuído de alguma forma para a consumação de suposta ilicitude, especialmente aquelas relacionadas à elaboração de projeto básico e de orçamento da obra, à revisão do orçamento e à alterações contratuais, a fim de que não se restrinja essa investigação unicamente aos dirigentes signatários de contratos e de seus aditivos;’

Veja-se que, no caso ora em análise, o TCU não ficou alheio às intervenções havidas nas diversas instâncias hierárquicas do Dnit e que resultaram na assinatura dos aditamentos: a condenação alcançou, em regime de solidariedade, os coordenadores que aprovaram o parecer técnico e a revisão de projeto em fase de obras, o signatário do termo de aditamento contratual e a empresa contratada.

Mesmo que os diretores do Dnit não tenham sido chamados a responder solidariamente pela dívida apurada, isto em nada exime o sr. Júlio Augusto de sua responsabilidade pela reparação do dano, até porque:

‘Não há necessidade de chamamento, no processo de controle externo, de todos os corresponsáveis por débito perante o erário, uma vez que o instituto da solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao credor, que pode exigir de um ou de alguns dos devedores o pagamento da integralidade da dívida.’ (Acórdão 1.337/2017-Plenário)

‘Eventual ausência de chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU não constitui nulidade processual, não obstando, portanto, a imputação do débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá requerer em juízo ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva.’ (Acórdão 2.825/2017-Primeira Câmara)

Ainda sobre os memoriais, não merece prosperar a alegação de nulidade por ofensa ao contraditório, visto que o ofício citatório endereçado ao sr. Júlio Augusto (peça 107), ao apontar como causa controvertida o superfaturamento decorrente da celebração do 4º TA, em virtude do acréscimo de itens com preços supervalorizados e da supressão de serviços com valores unitários depreciados, permitiu a exata compreensão acerca das razões pelas quais o referido servidor deveria se defender, afinal de contas, ele aprovou, como visto, o relatório de revisão do projeto em fase de obras (peça 67, p. 16).

Nas alegações de defesa e no primeiro memorial trazido ao processo (peças 172 e 188), o sr. Júlio Augusto, na ocasião representado pelo mesmo causídico que posteriormente subscreveu os embargos de declaração (peça 223), o recurso de reconsideração (peça 242) e, mais recentemente, os memoriais (peças 271 e 272), demonstrou a perfeita compreensão dos fatos sobre os quais estava sendo questionado, tanto que alegou sua ilegitimidade passiva e a falta de nexo de causalidade ‘entre o suposto dano causado ao erário e os atos praticados pelo defendente (...)’.

Não há falar, portanto, em nulidade da citação.

III

Em face do exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposição oferecida pela Serur (peças 268/70), no sentido do conhecimento e do não provimento dos recursos de reconsideração



manejados pela Camter Construções e Empreendimentos S.A. (peça 225) e pelos srs. Luís Munhoz Prosel Junior (peça 226), Júlio Augusto Miranda Filho (peça 242) e José Ribamar da Cruz Oliveira (peça 243) contra o Acórdão 1.637/2016 – Plenário (peça 191).”

É o Relatório.

VOTO

Conforme consignado no Relatório precedente, trata-se de Recursos de Reconsideração interpostos pela empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. (peça 225) e pelos Srs. Luís Munhoz Prosel Junior (peça 226), Júlio Augusto Miranda Filho (peça 242) e José Ribamar da Cruz Oliveira (peça 243) contra o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário (peça 191), mediante o qual esta Corte de Contas, sob a relatoria do eminente Ministro Benjamin Zymler, ao apreciar estes autos de Tomada de Contas Especial (TCE), decidiu, entre outros encaminhamentos, julgar irregulares as contas desses quatro recorrentes e de outros dois responsáveis – Emanuel Leite Borges e Mauro Ernesto Campos Lima – e condená-los solidariamente em débito na medida do envolvimento de cada um nas irregularidades apuradas neste processo, aplicando-lhes, ainda, individualmente, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443, de 16/7/1992, multa pecuniária proporcional ao dano.

2. Tal desfecho processual teve como causa a celebração, em 17/5/2006 e 7/12/2006, respectivamente, do 4º e do 5º Aditivo ao Contrato 22.1.0.00.0001/2002 do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), com acréscimo de quantitativos de serviços originalmente pactuados com sobrepreço, ocasionando, a partir desses aditamentos contratuais, desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor da Administração Pública, em patente descumprimento ao Acórdão 1.245/2004-TCU-Plenário (peça 2, p. 41, do TC 003.088/2005-4 em apenso), **in verbis**:

“9.1. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que:

(...)

9.1.2. sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, mantenha estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no Contrato nº 22 UNIT/01/2002-00 em relação à vantagem originalmente ofertada pela empresa vencedora, de forma a evitar que, por meio de termos aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados ou eventualmente a supressão ou a modificação de itens com preços depreciados viole princípios administrativos;”

3. Informe-se que o referido Contrato 22.1.0.00.0001/2002 (peça 28, p. 88-96) tinha como objeto as obras de duplicação da BR-364/RO, no trecho compreendido entre Candeias do Jamari e Porto Velho, no Estado de Rondônia, tendo a aludida avença sido originalmente firmada com a empresa Tercam Engenharia e Empreendimentos Ltda., vencedora do Edital 0425/2001-22 com valor global de R\$ 48.199.842,45 (data-base em novembro/2000), inferior aos R\$ 49.558.268,47 estimados pelo Dnit (peça 28, p. 35). A proposta de preços dessa licitante (peça 28, p. 37-52), no entanto, continha alguns valores unitários depreciados e outros sobrevalorizados, pois o instrumento convocatório do certame não previu nenhum critério de aceitabilidade de preços unitários.

4. Posteriormente, devido à cisão societária da contratada, os direitos e obrigações contratuais foram transferidos para a empresa Camter Construções e Empreendimentos Ltda., a qual teve sua razão social modificada para Camter Construções e Empreendimentos S.A.

5. Os supramencionados 4º e 5º Aditivos Contratuais, juntados à peça 29, p. 186-196 e 230-232 destes autos, contemplaram em seu objeto ato ilícito conhecido na processualística desta Corte de Contas como “jogo de planilha”, no qual a vantagem inicialmente obtida pelo órgão ou entidade pública contratante, em nível de preço global, acaba sendo posteriormente reduzida, ou mesmo eliminada, mediante acréscimos quantitativos de itens cujos preços foram supervalorizados à época da contratação ou por meio de redução de itens pactuados com valores depreciados ante os de mercado.

6. Fato é que, em decorrência daqueles dois termos aditivos, houve prejuízo ao Erário da ordem de R\$ 2.052.746,54 na execução do Contrato 22.1.0.00.0001/2002, em valores originais que reportam a 2009, segundo quantificação levada a termo nesta TCE.



7. Feita essa breve síntese, passo a me debruçar sobre os Recursos de Reconsideração em apreço, a começar pelo exame de admissibilidade, o que faço mediante simples ratificação do despacho de peça 255, no qual, acolhendo as análises empreendidas às peças 247 a 250 pela Secretaria de Recursos (Serur), unidade técnica encarregada de instruir os autos nesta etapa processual, decidi conhecer dos apelos em tela, eis que preenchidos os requisitos constantes dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, combinados com o art. 285 do Regimento Interno do TCU, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.3 e 9.4 da deliberação recorrida.

8. No que tange ao mérito, manifesto-me, desde já, de acordo com os pareceres precedentes (peças 268 a 270 e 273), os quais adoto como razão de decidir, eis que cuidaram de abordar, com suficientes profundidade e abrangência, as questões suscitadas pela empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. e pelos Srs. José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho e Luís Munhoz Prosel Junior em sede de recurso.

9. Com efeito, na linha do que concluíram a Serur e o Ministério Público de Contas, a delimitação de responsabilidades na presente TCE foi feita de forma consistente e não merece qualquer reparo. Em reforço a essa conclusão, permito-me lançar mão do seguinte excerto do Voto proferido pelo ilustre relator **a quo**, Ministro Benjamin Zymler, como fundamento para o desfecho processual dado a esta TCE ao ser proferido o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário, ora recorrido:

“32. Quanto ao Sr. Júlio Augusto Miranda Filho, então Coordenador da 22ª Unidade de Infraestrutura Terrestre do Dnit (cargo que posteriormente passou a ser denominado como ‘Superintendente’), observo haver evidências de que o responsável tinha ciência do Acórdão 1.245/2004-Plenário antes de aprovar o 1º Relatório de Revisão em Fase de Obras, que resultou na celebração do 4º termo de aditamento contratual.

33. Tal conclusão se extrai do monitoramento do Acórdão 1.245/2004-Plenário, realizado pela Secex-RO no período de 6/6/2005 a 10/6/2005, ou seja, durante a gestão do Sr. Júlio Augusto Miranda Filho no cargo de Coordenador da 22ª Unidade de Infraestrutura Terrestre do Dnit (peça 1, fls. 10/12, do TC 003.088/2005-4, em apenso aos presentes autos). Tal fiscalização resultou no Acórdão 2.029/2005-Plenário, o qual determinou a realização de novo monitoramento pela Secex-RO no âmbito do Plano de Fiscalização do exercício seguinte.

34. Consequentemente, considero que o defendente estava plenamente ciente do alerta feito pelo TCU na decisão monitorada e do risco de ocorrer jogo de planilha. Ainda assim, aprovou a 1ª revisão de projeto em fase de obras, que elevou substancialmente os quantitativos de serviços com sobrepreço.

35. O responsável aduziu novos elementos de defesa (peça 188) informando que ocupou até 31 de março de 2006 o cargo Coordenador-Geral da 22ª UNIT-RO/AC, quando foi exonerado a pedido. Assim, não poderia responder pelo dano oriundo do 4º termo de aditamento contratual, que foi celebrado em data posterior.

36. Também alega que apenas assinou despachos de mero expediente, sem cunho decisório, e encaminhamentos que lhe cabia assinar na condição de Coordenador-Geral da 22ª UNIT-RO/AC. Destarte, não caberia a imputação de responsabilidade ao defendente pelo simples fato de ter encaminhado para instância superior as análises técnica e jurídica de setores especializados e de servidores designados para essa função.

37. Julgo que tais alegações são improcedentes. Em que pese reconhecer que o manifestante, em uma primeira ocasião, apenas encaminhou para análise do Setor de Engenharia da 22ª Unit o relatório da primeira revisão de projeto em fase de obras (peça 9, fl. 10, do TC 003.088/2005-4), após haver solicitação do Sr. Luís Munhoz Prosel Júnior, em despacho de 4/4/2006 (peça 9, fl. 22, do TC 003.088/2005-4), de que haveria necessidade de ‘*Concordância explícita do Senhor Coordenador a respeito do 1º Relatório de Revisão de Projeto em fase de obras*’, o Sr. Júlio Augusto Miranda Filho exarou manifestação nos seguintes termos (grifo acrescido):

‘Declaro para os devidos fins, que após análise prévia do Serviço de Engenharia desta 22ª UNIT/RO-AC, da Revisão de Projeto em Fase de Obra do contrato PD-22.0001/2002, que trata da obra de Duplicação/Restauração do subtrecho: Candeias do Jamari - Porto Velho (Campus UNIR), esta Coordenação aprova o referido pleito, e submete a Coordenação de Construção Rodoviária para análise final da presente solicitação’.

38. Concluo, ao contrário do alegado, que de fato houve nexo de causa e efeito direto entre a conduta do responsável e o dano verificado no 4º termo de aditamento contratual, pois foi o Sr. Júlio Augusto Miranda Filho quem aprovou a revisão de projeto que resultou na citada avença.

(...)

41. (...), na parcela do débito referente ao quinto termo de aditamento contratual, verifico que a empresa



Consol – Engenheiros Consultores, contratada para supervisão do empreendimento, elaborou documento analisando o 2º Relatório de Revisão de Projeto em Fase de Obras, em que conclui pela adequação das alterações, mas faz uma ressalva expressa de *‘que se cumpra o acordado no conteúdo da ata de reunião realizada em 09 de agosto de 2006, tendo como participantes o DNIT e representantes da empresa CAMTER, onde se tratou de uma futura repactuação de preços unitários como forma de atender o citado no Acórdão Nº 1.245/2004-TCU-Plenário’* (peça 29, fl. 205). Tal ressalva constou expressamente do parecer de lavra do Sr. Emanuel, motivo pelo qual o responsável não foi citado pelo débito observado no quinto termo de aditamento (pela 29, fl. 208).

42. Inobstante tal alerta, o Superintendente Regional, Sr. José Ribamar da Cruz Oliveira, aprovou o referido aditivo (peça 29, fl. 209), desconsiderando a ressalva feita pelo seu substituto, e assinou o citado instrumento (peça 29, fl. 232). Também participou da citada reunião em 9 de agosto de 2006, na ocasião em foi acordado o desconto no montante insuficiente para elidir a irregularidade, motivo pelo qual deve responder pelo débito oriundo do 5º termo de aditamento contratual.

43. Enfatizo que o Sr. José de Ribamar foi ouvido pelo TCU em duas oportunidades sobre as irregularidades em tela antes da conversão do processo em tomada de contas especial: na oitava determinada pelo Acórdão 1.367/2007-Plenário e na audiência do Acórdão 1.329/2009-Plenário. Ainda assim, ciente das irregularidades apontadas, não adotou nenhuma providência para elidir os pagamentos dos serviços aditados com sobrepreço, pois, em conjunto com o fiscal do contrato, assinou as medições 37 (novembro/2007) a 60 (outubro/2009), período no qual foram pagos mais de R\$ 37 milhões à empresa contratada.

(...)

52. Quanto à responsabilização do Sr. Luís Munhoz Prosel Júnior, observo inicialmente que todos os seus atos foram praticados em conjunto com as análises do Sr. Mauro Ernesto Campos Lima. Em 10/4/2006, o Sr. Luís Munhoz, baseado no parecer do Sr. Mauro Ernesto Campos Lima, aprovou o 1º Relatório de revisão de projeto em fase de obras e submeteu o assunto à Diretoria Colegiada do Dnit para aprovação final (peça 29, fls. 164 e 165).

53. O responsável aduz em sua defesa, dentre outros elementos, que o Coordenador-Geral de Construção Rodoviária do Dnit não tinha elementos para questionar preços unitários supostamente supervalorizados. Porém, conforme consignado pelo MP/TCU, competia à tal Coordenação-Geral *‘examinar orçamentos e planos de trabalho de obras e serviços elaborados pelas Superintendências Regionais, empresas e órgãos conveniados’*.

54. Também é irrefutável que o Sr. Luís Munhoz tivesse pleno conhecimento das irregularidades apontadas pelo TCU na obra.

55. Concordo com a alegação do responsável de que a decisão foi tomada com base em pareceres, mas tal fato não afasta por si só a responsabilidade do gestor pelos atos irregulares, principalmente em situações como a que ora se examina, em que os preços contratuais estavam muito superiores aos de referência tomados do Sicro: R\$ 87,82 contra R\$ 48,46, para o CBUQ Binder, e R\$ 87,73 contra R\$ 54,54, para o CBUQ Capa de Rolamento.

56. É de se ressaltar que os serviços de pavimentação com concreto betuminoso usinado a quente estão presentes na quase totalidade das obras rodoviárias. Estão dentre os principais serviços na maior parte das intervenções e costumam ocupar uma posição de destaque entre os itens mais relevantes dos empreendimentos. Portanto, seria exigível que a manifestação da Coordenação-Geral de Construção Rodoviária detectasse tal impropriedade.

57. O Sr. Luís Munhoz teve também participação direta na assinatura do 6º termo de aditamento contratual, o qual, em 6/12/2007, promoveu a repactuação do ajuste com desconto de 0,71%, ou R\$ 428.497,49 (peça 6, fl. 5, TC 003.088/2005-4). Porém, como já enfatizado, tal desconto não foi suficiente para suprimir por completo os sobrepreços unitários de pavimentação em CBUQ, que se encontravam muito acima dos referenciais do Sicro. Explico melhor, essa pequena redução de preço deveu-se à concessão de desconto de 2,74% apenas para os serviços que aumentaram em relação ao projeto básico e não sobre a totalidade do contrato, como se verifica na planilha respectiva.

(...)

60. Em novas manifestações de defesa (peças 184 e 189), produzidas após a última instrução processual da unidade técnica, o Sr. Luís Munhoz alegou que não tinha elementos para questionar preços unitários supostamente supervalorizados - a partir de licitação ocorrida no ano de 2001 -, uma vez que os percentuais de suposto e sobrepreço só foram claramente apontados pelo Tribunal no Acórdão 1.329/2009-Plenário. Como o Dnit havia encaminhado em 2007 informações formais ao TCU acerca da celebração do 6º termo aditivo ao



Contrato 221.0.00.0001/2002-DNIT, contendo a repactuação determinada, o defendente aduziu ter acreditado que o TCU havia considerado os aditivos suficientes para elidir os indícios de irregularidade, pois esta Corte de Contas revogara a cautelar em 2009, inclusive com determinação de reinício imediato da obra.

61. Ocorre que não é possível extrair tal conclusão da leitura do relatório, do voto ou da parte dispositiva do Acórdão 1.329/2009-Plenário, que determinou (grifo acrescido):

'9.2. promover a audiência dos gestores do Dnit (então 22ª Unit e sede, a serem devidamente identificados pela Secex/RO) que participaram do processo de aprovação do 5º termo aditivo ao contrato referido no subitem anterior, para que apresentem, no prazo de 15 (quinze) dias, razões de justificativa para o aumento do quantitativo dos itens contratuais 02.11 e 02.12 (Concreto Betuminoso Usinado a Quente - Binder e Capa de Rolamento), em 437% e 36,22%, respectivamente, sem redução do preço desses serviços, que se encontravam sobreprecificados em relação ao Sicro nos percentuais respectivos de 81,22% e 60,85%, embora tenham obtido desconto da contratada, o qual, no entanto, não se mostrou suficiente para cobrir a vantagem da contratada, pelo que deverá também ser encaminhado a este Tribunal relatório circunstanciado comprovando a necessidade do acréscimo dos respectivos serviços, bem como as razões pelas quais tais acréscimos não foram previstos no projeto original;'

62. A leitura do julgado acima deixa assente, de forma hialina, que o TCU não considerou saneada a falha. Ademais, ainda que houvesse uma interpretação equivocada acerca da deliberação do TCU em 2009, o 6º termo de aditamento contratual, assinado pessoalmente pelo Sr. Luís Munhoz, foi celebrado em 2007.

(...)

64. Com relação ao primeiro argumento [da empresa Camter Construções e Empreendimentos S/A], reconheço que o Sicro só foi positivado como critério referencial de custos de empreendimentos de infraestrutura de transporte, contando com o aporte de verbas federais, a partir da publicação da LDO de 2010. Porém, não se pode olvidar que tal sistema referencial já era empregado pelo Dnit muito antes disso para compor o orçamento-base de suas licitações.

65. Nesse ponto, já abro um parêntese para demonstrar a improcedência dos dois argumentos seguintes da empresa, que alega haver inconsistências no Sicro e que tal sistema não seria adequado para avaliar os custos de uma obra de duplicação rodoviária. Ora, se o Dnit utilizou tal sistema na licitação que resultou no Contrato 22.1.0.00.0001/2002-DNIT, assim como em centenas de outros certames de obras de duplicação rodoviária, é porque a alegação apresentada pela defendente não tem fundamento. Afinal, o próprio órgão responsável pela implantação, conservação e realização de melhorias em toda a malha rodoviária federal, com todo o seu quadro técnico e experiência acumulada, é o gestor do sistema e tem promovido melhorias nos seus conceitos e composições de custo unitário há décadas.

66. O TCU também adota o Sicro como parâmetro em auditorias de obras rodoviárias desde 1999 para avaliar a economicidade das contratações, nos termos do art. 70, **caput**, da Constituição Federal. Nesse sentido cito incontáveis julgados deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos Plenários 2.062/2007, 2.046/2008, 1.936/2007, 438/2008, 1.606/2008, 1.824/2006, 396/2008, 278/2008, 1.923/2004, 517/2003, 2.084/2004, 2.631/2007, 1.564/2003-P, 136/2008, 583/2003, 1.199/2004, 539/2005, 1.928/2004, 278/2008, 1.019/2007, 1.650/2006, 355/2007, 1.622/2006 e 642/2009.

67. **Data maxima venia**, os precedentes do TCU trazidos pela defesa da Camter, que, no entender da defendente, reconheceriam inconsistências no Sicro, estão citados fora do contexto. A Decisão 1.088/2001 apenas admitiu preços acima dos constantes no citado sistema referencial em face das particularidades da obra. Já o Acórdão 2.013/2004-Plenário, observando que o certame havia sido processado com 33% de desconto em relação ao Sicro, determinou que fosse utilizada a média das propostas das licitantes para efeitos de celebração de aditivos. Nesse julgado, se alguma inconsistência foi apontada no Sicro, foi uma suposta superestimativa dos valores referenciais, o que demonstro o conservadorismo no seu emprego como parâmetro de avaliação pelo TCU. Por fim, no Acórdão 11.432/2022-2ª Câmara, a tese do voto revisor, que apontava inconsistências no Sicro, foi derrotada.

68. Procede a afirmação de que o uso de tabelas de custo não pode ocorrer de forma indiscriminada, sem observância das particularidades da obra. Porém, eventuais ajustes considerados necessários pelos interessados em contestar os valores dispostos em tais tabelas somente são possíveis de serem aceitos mediante justificativas técnicas adequadas e fundamentadas que respaldem a adoção de outros valores, superiores aos apontados nos referidos sistemas, seja pelas peculiaridades da obra ou de seu projeto, seja diante de outras razões técnicas não consideradas no contexto de execução. Não bastam justificativas genéricas, como as que ora se apresentam.

69. Conforme jurisprudência do TCU, os sistemas referenciais oficiais da Administração, como todo



documento público, gozam de presunção de veracidade e de legitimidade, ou seja, refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Compete aos responsáveis comprovarem alegações em contrário a partir de elementos fáticos que demonstrem a inadequação ou a necessidade de adequação dos preços extraídos de sistemas de referência.

70. Nesse aspecto, diversos argumentos apresentados pelos responsáveis em etapas processuais anteriores foram acolhidos e considerados no último comparativo de preços realizado pelo Tribunal, conforme se depreende da leitura do detalhado voto condutor do Acórdão 1.329/2009-Plenário, de relatoria do eminente Ministro Augusto Nardes. (...):

(...)

71. Assim, fica demonstrado que, ao contrário do alegado, a utilização do Sicro pelo Tribunal para avaliar os preços dos serviços contratados foi pautada pelo conservadorismo e considerou diversas particularidades da obra, inclusive o fato de que os serviços se referiam a uma duplicação/restauração de rodovia, e não a uma obra de construção rodoviária.

(...)

74. Outrossim, enfatizo que a utilização somente de composições de restauração rodoviária pelo relator, no âmbito do Acórdão 1.329/2009-Plenário, produziu premissas muito conservadoras, pois, ainda que parte do objeto contratado seja restauração da via existente, outra parte se refere aos serviços de duplicação, os quais são caracterizados pela implantação de nova via, adjacente à existente, se assemelhando a uma típica obra de construção rodoviária.

(...)

84. Quanto à suposta quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, tal ocorrência está cabalmente demonstrada nos autos, porém, ao contrário do argumento carreado pela defendente, foi a Administração contratante a parte lesada, e quem se enriqueceu ilicitamente às custas do erário foi a empresa contratada.

85. Sem embargo, a jurisprudência deste Tribunal está consolidada no sentido de que itens novos incluídos ou serviços cujos quantitativos foram acrescidos em contratos de obra pública devem se limitar aos preços unitários dos sistemas de referência, **in casu** o Sicro, mantida ainda a incidência do percentual de desconto ofertado na licitação. Nesse sentido, também está positivada a legislação atual sobre o assunto, em particular os arts. 14 e 17, §1º, do Decreto 7.983/2013.

86. Ademais, ainda que o art. 37, inciso XXI, da Constituição confira ao particular o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, para que esse direito possa ser exercido, é preciso que os preços ofertados estejam de acordo com os parâmetros de mercado. Não há como conceber que o particular possa ser beneficiário desse direito subjetivo, tendo oferecido valores em desacordo com o critério da economicidade. Entender de forma contrária é admitir, de maneira implícita, a existência de um direito adquirido ao superfaturamento, o que, sem maiores digressões, soa despropositado.

(...)

91. Também não merece prosperar a alegação de que o superfaturamento apurado equivaleria ao percentual de cerca 5% do valor global do contrato, o que significaria uma variação dos preços de mercado. Entendo que há uma confusão conceitual em tal alegação que deve de pronto ser esclarecida, pois os precedentes do TCU que utilizaram tal raciocínio o fizeram ao tratar de sobrepreço por preços excessivos, em particular, nas condições originalmente contratadas. Nesse sentido, cito o Acórdão 2.333/2011-Plenário. Outros tipos de dano, tal como o superfaturamento por serviços não-executados ou o superfaturamento por jogo de planilha, tal como o caso que ora se examina, não admitem a mesma tese.

92. Enfatizo, ainda assim, que me parece mais acertada a linha adotada em recentes julgados desta Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 1.055/2012-Plenário e 3.095/2014-Plenário, que rejeitam veementemente a alegação de que deva ser admitido qualquer percentual de sobrepreço. Não existe percentual tolerável de sobrepreço global, de forma que somente é admissível contratar obras por valores superiores aos correspondentes obtidos nos sistemas referenciais de preço oficiais se presentes condições extraordinárias, devidamente justificadas no procedimento administrativo, o que não se verifica no presente caso.

93. Importa esclarecer ainda que a imprecisão existente em alguns orçamentos de obras não guarda relação com erro ou fraude. Vale dizer, não há percentual admissível para esses dois últimos. Ilustro tal entendimento com as recentes fraudes que tem sido descortinadas no âmbito da Operação Lava Jato, a qual já considero o maior escândalo de corrupção da história brasileira, em que é narrado o pagamento de propinas de

3% dos valores contratados no esquema. Nesse cenário, não se pode admitir um percentual de 5% de sobrepreço, em particular quando decorre da manipulação deliberada das planilhas orçamentárias da obra e da inclusão de novos serviços que não passaram pelo crivo de um processo licitatório.

94. Matematicamente, é factível a tese alvitada pelo manifestante de que a análise da planilha contratual, baseada em curva ABC, não esgota a possibilidade de existirem itens não auditados, cujo eventual subpreço elida os indícios de sobrepreço global apurados na amostra. Todavia, havendo uma amostra relevante analisada é remota a probabilidade de tal evento, pois os serviços não auditados deveriam guardar grandes descontos percentuais com os preços de mercado. E, pela natureza do dano em apuração - desequilíbrio econômico-financeiro do contrato contra a Administração por acréscimos de serviços com sobrepreço – deveria ser demonstrado que alguns serviços, hipoteticamente com elevado desconto, tivessem quantitativos acrescidos, de forma a neutralizar o desequilíbrio do contrato contra a Administração.

95. Ressalto, ainda, que a defesa da empresa não saiu do campo teórico, pois não demonstrou nenhum suposto serviço fora da amostra auditada que tenha sido analisado e que apresentasse elevado desconto, a ponto de elidir o débito verificado.

(...)

119. Portanto, alinho-me parcialmente ao exame procedido pela unidade técnica, o qual foi acolhido com pequenos ajustes pelo MP/TCU, e entendo que a empresa Camter Construções e Empreendimentos S/A e os Srs. José Ribamar da Cruz Oliveira, Mauro Ernesto Campos Lima, Luís Munhoz Prosel Júnior, Emanuel Leite Borges e Júlio Augusto Miranda Filho devem ter as contas julgas irregulares e serem condenados ao pagamento dos débitos apurados.

120. Considerando a gravidade das infrações cometidas pelos responsáveis, reputo adequada a aplicação individual de multas previstas no art. 57 da Lei Orgânica do TCU, as quais fixo individualmente nos montantes discriminados na tabela a seguir:

Responsável	Valor da Multa
José Ribamar da Cruz Oliveira	R\$ 40.000,00
Mauro Ernesto Campos Lima	R\$ 340.000,00
Luís Munhoz Prosel Júnior	R\$ 340.000,00
Emanuel Leite Borges	R\$ 300.000,00
Júlio Augusto Miranda Filho	R\$ 300.000,00
Camter Construções e Empreendimentos S/A	R\$ 1.000.000,00

121. Esclareço que fixei o valor da multa de cada responsável em montante aproximadamente equivalente a 10% do valor atualizado do dano, com exceção da multa imposta à empresa Camter Construções e Empreendimentos S/A, a qual foi fixada em cerca de 30% do valor atual do débito, em virtude da prática de manipulação da planilha orçamentária da obra, conforme apresentado nesta proposta de deliberação.”

10. Depreende-se desse trecho do Voto condutor do Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário que, além da empresa Camter Construções, executora do Contrato 22.1.0.00.0001/2002, também deram causa ao prejuízo apurado neste processo – sopesado obviamente o envolvimento de cada um – os Srs. José Ribamar, Júlio Miranda e Luís Munhoz, ora recorrentes, e os Srs. Emanuel Leite Borges e Mauro Ernesto Campos Lima, seja na condição de signatários dos dois termos aditivos que causaram desequilíbrio econômico-financeiro à referida avença (peça 29, p. 186-196 e 230-232), seja na função de coordenadores que aprovaram os pareceres técnicos (peça 29, p. 164 e 220) e/ou as respectivas revisões de projeto (peça 67, p. 16; e peça 68, p. 13) que precederam aqueles aditivos contratuais, pois todos esses agentes tinham plenas condições de prever que aqueles dois aditivos contratuais contemplariam “jogo de planilha” em desfavor do Erário e em patente descumprimento ao Acórdão 1.245/2004-TCU-Plenário.

11. Esse mesmo excerto de Voto, aliás, em seus dois últimos parágrafos (120 e 121), explica o critério de dosimetria proposto pelo relator **a quo** e acolhido por este Plenário para fins de fixação das multas aplicadas nesta TCE, não havendo que se falar, destarte, contrariamente ao que sustenta a recorrente Camter Construções, em desproporcionalidade da pena pecuniária a ela imposta se comparada com as sanções dirigidas aos demais responsáveis condenados em débito.



12. Não vislumbro, portanto, motivação para se reformar o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário, devendo este Tribunal, por conseguinte, negar provimento aos Recursos de Reconsideração em análise.

13. Nada mais havendo a considerar, encerro meu pronunciamento, mas não sem antes deixar consignado que, em relação às demais questões ventiladas na presente fase processual, adoto como razões de decidir o exame técnico empreendido pela Serur à peça 268 e o parecer do **Parquet** especializado (peça 273), parecendo-me, ainda, pertinente e oportuno ratificar – mesmo porque concordo com eles na íntegra – os fundamentos adotados neste TC 000.630/2012-8 em amparo à condenação da empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. e dos Srs. José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho e Luís Munhoz Prosel Junior, fundamentos estes constantes do Relatório e do Voto que precedem a deliberação recorrida (peças 192 e 193).

Ante o exposto, em consonância com os pareceres precedentes, VOTO pela adoção da minuta de acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2073/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 000.630/2012-8.
2. Grupo I – Classe – I – Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsáveis: Emanuel Leite Borges (CPF 029.015.442-15), José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15), Mauro Ernesto Campos Lima (CPF 160.271.757-53), Rogério Araújo de Miranda Lobo (CPF 606.659.556-34) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).
 - 3.2. Recorrentes: José Ribamar da Cruz Oliveira (CPF 076.076.283-04), Júlio Augusto Miranda Filho (CPF 826.270.968-34), Luís Munhoz Prosel Junior (CPF 459.516.676-15) e Camter Construções e Empreendimentos S.A. (CNPJ 05.500.018/0001-76).
4. Órgãos/Entidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal:
 - 8.1. Adriana Barbosa Felix (OAB/DF 32.396), Adriana Buccolo de Oliveira Campos (OAB/SP 176.433), Edgard Hermelino Leite Junior (OAB/SP 92.114 e OAB/PR 38.422), Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499), Giuseppe Giamundo Neto (OAB/SP 234.412), Laila Abud (OAB/SP 249.243), Márcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo (OAB/SP 36.434), Maria Luíza Baillo Targá (OAB/DF 29.880), NoéIle Regina de Oliveira Guerino (OAB/DF 27.017), Renata Santos Barbosa Catão (OAB/SP 205.412-B) e outros, representando Camter Construções e Empreendimentos S.A. (procuração e substabelecimentos às peças 8, 11, 12 e 41).
 - 8.2. Bruno Silva Campos (OAB/DF 17.509), Elísio de Azevedo Freitas (OAB/DF 18.596) e Gustavo Felipe Costa e Silva (OAB/MG 105.657), representando Luís Munhoz Prosel Junior (procuração e substabelecimento às peças 112 e 182).
 - 8.3. Alexander Andrade Leite (OAB/DF 29.136), Breno Luiz Moreira Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291), Eduardo Montalvão Machado (OAB/SP 298.135 e OAB/SE 476-B), Gabriela Veloso Holanda (OAB/DF 60.681), João Paulo Gomes Almeida (OAB/DF 37.155), Luiz Carlos Braga de Figueiredo (OAB/DF 16.010), Marcelo Montalvão Machado (OAB/DF 34.391, OAB/SE 4.187 e OAB/SP 357.553), Natália Peppi Cavakanti (OAB/SP 297.369 OAB/DF 47.471), Natália Souza dos



Santos (OAB/DF 41.733), Pedro Teixeira Chaves (OAB/RO 895), Ricardo César Mandarin Barretto (OAB/DF 34.716 e OAB/SP 365.604), Samuel Mezzalira (OAB/SP 257.984), Saul Totuinho Leal (OAB/DF 22.941) e Vivian Fróes Fiuza Rodrigues (OAB/DF 37.093), representando Júlio Augusto Miranda Filho (procuração e substabelecimentos às peças 120, 150, 151 e 276).

8.4. Camilla Hoffmann da Rosa (OAB/RS 82.513), Carolina Corrêa do Amaral Ribeiro (OAB/PR 41.613), Erika Camargo Gerhardt (OAB/RO 1.911 e OAB/SP 137.008), Gustavo Dandolini (OAB/RO 3.205), Luiz Felipe da Silva Andrade (OAB/RO 6.175), Raduan Celso Alves de Oliveira Nobre (OAB/RO 5.893) e Richard Campanari (OAB/RO 2.889), representando Emanuel Leite Borges (procuração à peça 212).

8.5. Michel Fernandes Barros (OAB/RO 1790) e Washington Ferreira Mendonça (OAB/RO 1.946), representando José Ribamar da Cruz Oliveira (procuração à peça 214).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial, ora em fase de Recursos de Reconsideração interpostos por José Ribamar da Cruz Oliveira, Júlio Augusto Miranda Filho e Luís Munhoz Prosel Junior e pela empresa Camter Construções e Empreendimentos S.A. contra o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, diante das razões expostas pelo relator e com fulcro nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/7/1992, em:

9.1. conhecer dos Recursos de Reconsideração em exame, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo em seus exatos termos a deliberação recorrida;

9.2. dar ciência desta decisão aos recorrentes e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Rondônia, fazendo remissão, no caso desse último destinatário, ao Ofício 0547/2016-TCU/SECEX-RO, de 11/7/2016 (peça 200).

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2073-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 010.372/2014-8.

Natureza: Acompanhamento.

Órgãos/Entidades: Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Amazonas Energia) e Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras).

Interessada: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Responsáveis: Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68), Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34) e Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00).

Representação Legal: Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM

3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (procurações e substabelecimento às peças 50, 65 e 85); Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Andère Cruz (OAB/MG 68.004), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Igor Folena Dias da Silva (OAB/DF 52.120), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Willamy Moreira Frota (procurações e substabelecimentos às peças 52, 60 a 62 e 82); Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Camilo Gil Cabral (procurações e substabelecimento às peças 51, 53 e 81); Ronaldo Santana Macêdo (OAB/AM 6.536), representando Raimundo Lazaro Pereira Garcia (procuração à peça 54); Cássio Victor Silva Benatti (CPF 009.930.651-47), Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Daysa Leite Omena Canuto (OAB/AL 10.825), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Valter Luiz Cardeal de Souza (procuração e substabelecimentos às peças 64, 75 e 84); Alexandre Gonçalves Filho (CPF 669.891.751-68), José Renato Pinto da Fonseca (CPF 101.951.901-06), Maria Cristina Lopes Girão Moreira (CPF 150.725.091-68) e Sidnei Furlan (CPF 778.378.518-20), representando a Agência Nacional de Energia Elétrica (procurações às peças 16, 79 e 97); Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Luiz Henrique Hamann (procuração à peça 86); e Danilo Carvalho Freire (OAB/MG 162.033), Leonardo Jose Melo Brandão (OAB/MG 53.684) e Nathalia Gisela Moreira Alves (OAB/MG 146.634), representando a Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (procuração à peça 101).

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. CONTRATAÇÃO, SOB REGIME **OPEN BOOK, DE COMPRA E VENDA DE GÁS NATURAL SEM PRÉVIA ESTIPULAÇÃO DO PREÇO CERTO E DEFINIDO. PREVISÃO CONTRATUAL SOBRE POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE PREÇOS EM RAZÃO DOS GASTOS QUE VIRIAM A SER INCORRIDOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE E DOS RAMAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS. RISCO DECORRENTE**

DE FALHAS DE PROJETOS E DE INEFICIÊNCIAS CONSTRUTIVAS INDEVIDAMENTE TRANSFERIDO AO CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGALIDADE EM FACE DO QUE DISPÕE O ART. 55, INCISO III, DA LEI 8.666/1993. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA REJEITADAS, EXCETO EM RELAÇÃO À OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO TCU NESTES AUTOS. CIÊNCIA AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Início este Relatório transcrevendo, com alguns ajustes de forma e fundamentado no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei 8.443, de 16/7/1992, parte da instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica) e autuada como peça 98:

“I. Introdução

Este processo foi constituído para cumprimento do item 9.1 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, proferido nos autos do TC 003.626/2012-1, item este a seguir transcrito:

9.1. constituir processos apartados para apurar a responsabilidade dos gestores da Amazonas Energia e da Centrais Elétricas Brasileiras por:



9.1.1. celebrar, em 1º/6/2006, o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1902/2006 sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás a ser pago à Cigás, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

9.1.2. não adotar as tempestivas e devidas providências para a oportuna conversão das usinas térmicas da Amazonas Energia, com vistas ao melhor aproveitamento do combustível associado ao Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1902/2006, contrariando os princípios da eficiência (art. 37, **caput**, da Constituição Federal) e da modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995);

II. Histórico

II.1. A origem deste feito

2. Com fito de esclarecer o contexto em que foi proferida a deliberação originadora destes autos, transcrevem-se os pertinentes trechos da ficha-síntese referente à auditoria, realizada em 2013, objeto do TC 003.626/2012-1, da qual se originou o feito em exame (disponível em http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/trabalhos_em_destaque, acesso em 5/6/2015):

A auditoria operacional foi realizada no Ministério de Minas e Energia (MME), na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), com o objetivo de avaliar os impactos de políticas aplicáveis à geração de energia elétrica nos Sistemas Isolados sobre as tarifas de energia pagas pelos consumidores de todo o Brasil, com enfoque na CCC [Conta de Combustíveis Fósseis] e nas perdas elétricas (...)

Quanto à CCC, a auditoria destacou que há diversas políticas públicas voltadas para os Sistemas Isolados que deveriam contribuir para a redução do dispêndio dessa conta, como (...) a construção do gasoduto Urucu-Manaus.

O gasoduto Urucu-Manaus permitiria a substituição do óleo diesel por gás natural, mais barato, nas usinas termelétricas de Manaus. A auditoria constatou que houve descasamento entre a disponibilização do gás e a conversão das usinas para que pudessem utilizá-lo (...). Caso houvesse completado a conversão, teriam sido evitados custos para o consumidor, no ano de 2013, da ordem de R\$ 570 milhões.

Detectou-se ainda que o contrato de suprimento do gás proveniente desse gasoduto, assinado pelas empresas Amazonas Energia e Cigás, não estabeleceu preço fixo, em desacordo com as regras de licitação constantes da Lei 8.666/1993 (...)

O TCU determinou a constituição de processos apartados para apurar a responsabilidade dos gestores da Amazonas Energia e das Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás) por não adotarem as providências tempestivas e devidas para a conversão das usinas térmicas da Amazonas Energia e por celebrar contrato de compra e venda de gás natural sem prévia estipulação do preço certo e definido, infringindo a Lei 8.666/1993.

II.2. Recurso em face do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário

3. A Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) interpôs, em 28/3/2014, recurso em face do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, de 19/2/2014, mencionando, em especial, os itens 9.1.1 e 9.1.2 transcritos anteriormente (cópia à peça 4).

4. No despacho, de 8/4/2014, em que conheceu o referido recurso (cópia à peça 5), o Ministro-Relator destacou a necessidade de comunicação ‘aos órgãos/entidades cientificados do acórdão recorrido acerca do efeito suspensivo concedido em face do presente recurso’ e anotou que recebia a peça recursal ‘**também** como elementos adicionais de defesa no processo apartado de fiscalização determinado pelo item 9.1 da deliberação recorrida, nos termos do parágrafo único do art. 279 do Regimento Interno’ (grifo nosso).

5. Em seguida, nos ofícios da SefidEnergia que comunicaram a interposição do recurso (peças 182 a 184 do TC 003.626/2012-1), anotou-se:

2. O referido recurso foi conhecido com efeito suspensivo em relação aos itens 9.1.1, 9.1.2 e 9.4.2 do acórdão recorrido, nos termos dos art. 33 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, e encontra-se pendente de apreciação de mérito pelo Colegiado deste Tribunal.

6. A Secretaria de Recursos (Serur), em 2/9/2014, concluiu seu pronunciamento, propondo que o recurso fosse conhecido para, no mérito, negar-lhe provimento (peças 194 e 195 do TC 003.626/2012-1). Em especial, quanto à tentativa de desfazimento dos itens 9.1.1 e 9.1.2 do acórdão recorrido, a unidade especializada anotou: ‘A determinação para mera instauração de processo fiscalizatório não gera sucumbência, inexistindo, portanto, interesse recursal’.

7. Mediante a primeira instrução neste processo, de 11/6/2015 (peça 7), foi apontado que a pendência do julgamento daquele recurso tornava inoportuna a continuidade do feito no sentido de se apurar a



responsabilidade dos gestores tanto da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (AmE) quanto da Eletrobras, mas não obstaculizava proposta de diligência a fim de trazer aos autos maiores informações.

8. Assim, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Eletrobras foram diligenciadas (peças 9 e 10) acerca do Contrato OC 1.902/2006 e sobre a conversão ou implantação de usinas ou de outras medidas que pudessem ou possam evitar o pagamento por gás não consumido, já visando a obtenção de elementos indispensáveis à futura apuração de responsabilidades para a qual foi constituído este processo.

9. Mediante o Acórdão 2.071/2015-TCU-Plenário, de 19/8/2015, de relatoria do Ministro Vital do Rego, esta Corte conheceu o pedido de reexame interposto pela Eletrobras e, no mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se os exatos termos do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário (peça 203 do TC 003.626/2012-1).

10. Posteriormente, em 16/9/2015, a Eletrobras interpôs embargos declaratórios em face do Acórdão 2.071/2015-TCU-Plenário, uma vez que, segundo o embargante, pairavam uma série de dúvidas quanto aos procedimentos a adotar diante da determinação presente no item 9.4 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, que não se confunde com as questões presentes no item 9.1 daquele mesmo acórdão (peça 229 do TC 003.626/2012-1).

11. Por meio do Acórdão 1.635/2016-TCU-Plenário, de 29/6/2016, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, os embargos não foram conhecidos por não atenderem aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 287, § 1º, do Regimento Interno (peça 237 do TC 003.626/2012-1).

12. Mantidos os exatos termos do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, e considerando a aproximação da prescrição da irregularidade apontada no item 9.1.1 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, prevista para ocorrer a partir de 23/10/2017, foi mantido, nos presentes autos, a apuração **apenas** da citada irregularidade, que culminou, a partir da análise empreendida na segunda instrução deste processo, de 26/6/2017 (peça 33), na proposta de audiência dos responsáveis para que apresentem razões de justificativa ante a inobservância do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993 quando da celebração do Contrato OC 1.902/2006, em 1º/6/2006, proposta esta acolhida mediante despacho do Exmo. Ministro-Relator, proferido em 6/7/2017 (peça 36 do TC 010.372/2014-8, cópia à peça 14).

13. Em decorrência, constituiu-se o TC 028.421/2017-5 para a apuração da irregularidade apontada no item 9.1.2 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário – que diz respeito aos atrasos verificados na conversão das usinas térmicas da Amazonas Energia, com vistas ao melhor aproveitamento do combustível associado ao Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1902/2006, tendo acarretado diversos prejuízos ao erário – conferindo-se, desta forma, fiel cumprimento à determinação presente no item 9.1 do mencionado acórdão, que determina ‘constituir processos apartados’, um para cada irregularidade apontada.

II.3. Informações sobre o contrato

14. Em junho de 2006, a Companhia de Gás do Amazonas (Cigás) e a AmE firmaram o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1902/2006, com a interveniência da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras), da Eletrobras e da Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A (Eletronorte) – doravante referenciado apenas como ‘Contrato’. O objeto deste Contrato foi viabilizar a construção do gasoduto Urucu-Coari-Manaus, de 661 km de extensão na linha tronco (peça 6, p. 3-79).

15. Importa destacar que o preço do gás seria constituído por três parcelas: parcela da **commodity**, referente ao preço do gás propriamente dito; parcela do transporte, referente ao transporte do gás pelo gasoduto; e parcela da margem, referente à margem de distribuição do gás pela Cigás – com as duas primeiras parcelas devidas à transportadora (Petrobras) e a terceira à comercializadora (Cigás).

16. Ademais, enquanto o item 8.1.1 da Cláusula Oitava do Contrato OC 1.902/2006 **fixou** a parcela de **commodity** no valor de R\$ 3,01 por milhão de British Thermal Unit (MMBTU), o item 8.1.2.1 **estimou** em R\$ 9,20/MMBTU a parcela de transporte e o item 8.1.3.2 **estimou** em R\$ 0,69/MMBTU a parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, o que permitiu, posteriormente, o repasse integral do custo de construção do gasoduto e dos ramais termelétricos, respectivamente, ao preço do transporte do combustível e ao preço da margem de distribuição - ramais termelétricos.

17. A obra foi realizada pela Petrobras entre 2006 e 2009 e entregue para operação em novembro/2009. Já as obras para distribuição do gás, que foram constituídas por 43 km de ramais termelétricos a se espraíarem até os pontos de fornecimento do gás (**citygates**), foram executadas pela Cigás, que, com treze meses de atraso na entrega, disponibiliza gás desde dezembro de 2010 para atendimento aos Produtores Independentes de Energia (PIE) em Manaus e para as usinas da AmE, controlada pela Eletrobras.

18. O primeiro termo aditivo foi celebrado em 10/12/2009 (peça 6, p. 102-112), e teve por objeto (i) a definição da data de início, duração e término do período de fornecimento para comissionamento e testes e a

alteração de determinadas regras aplicáveis a tal período; (ii) a saída da Eletronorte do Contrato, deixando a referida sociedade de figurar como interveniente-anuente; e (iii) a alteração no Contrato da denominação social da Manaus Energia S.A. para Amazonas Distribuidora de Energia S.A (AmE).

19. No que se refere à data originalmente prevista no Contrato para a conclusão da montagem mecânica do sistema de transporte e conversão do parque térmico para utilização do gás natural, esse termo aditivo alterou o início do período de fornecimento e testes de 31/7/2007 para 30/11/2010 (peça 6, p. 12 e 104).

20. O segundo termo aditivo foi celebrado em 7/11/2011 (peça 6, p. 113-117), e teve por objeto (i) o recálculo do preço provisório da parcela do transporte, obtido no âmbito do Comitê de Revisão da Parcela de Transporte até a solução final da controvérsia, conforme previsto no item 8.1.2.1.9.2 do Contrato; (ii) a alteração do item 8.1.2.1.3 do Contrato, que lista os principais custos de investimentos relativos ao sistema de transporte, para adequação às novas condições de entrega do gás natural; e (iii) a formalização do preço provisório dos Ramais Termelétricos, em observância ao item 8.1.3.3 do Contrato.

21. Posteriormente, houve diversas tratativas entre as partes (AmE, Cigás, Eletrobrás e Petrobrás) visando a celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato OC 1.902/2006, mediante o qual a AmE buscava, principalmente, adequar as quantidades diárias contratadas e o valor da parcela de transporte à real necessidade de gás natural.

22. No entanto, após avançado estágio das negociações, no qual todas as partes aparentemente já haviam acordado os seus termos, houve negativa por parte da Cigás em assiná-lo, razão pela qual a Petrobrás interpôs, em 26/3/2013 (peça 45 do TC 028.421/2017-5), a ação judicial nº 2013.01.1.040540-0, em desfavor da Cigás, AmE e Eletrobras, em curso na 14.ª Vara Cível de Brasília/DF, obtendo sentença favorável, em 10/4/2014, julgando 'procedente o pedido inicial, para declarar suprida a assinatura da primeira ré, Companhia de Gás do Amazonas, no Termo Aditivo n.º 3, referente ao Contrato de Fornecimento de Gás Natural, celebrado em 1º/6/2006, passando a produzir, desde então, todos os efeitos jurídicos do contrato firmado'.

23. Todavia, segundo informado pela AmE, a partir de ação proposta pela Cigás, teriam sido anulados os atos até então praticados e o processo teria retornado à fase inicial (peça 46 do TC 028.421/2017-5). Prosseguiu a AmE esclarecendo que teria havido audiência de conciliação, na qual a Cigás teria apresentado proposta (peça 47 do TC 028.421/2017-5) e ainda teria informado que sua negativa para a assinatura do aditivo teria decorrido de questões fiscais e tributárias, uma vez ter tomado conhecimento da assinatura entre AmE e a Petrobras de um Contrato de Confissão de Dívida (CCD), da qual não teria participado e que impactaria tributariamente a empresa. Ainda segundo informado pela AmE, a Cigás objetivava responsabilizar tributariamente outras partes, além de alterar condições do CCD.

24. Especificamente, este terceiro termo aditivo (peça 15, p. 115-121) teve por objeto (i) alterar definições constantes da Cláusula Primeira do Contrato; e (ii) substituir a Quantidade Diária Contratual (QDC) originalmente prevista de 5.500.000 m³/dia, nas condições de referência, por uma rampa de volumes a ser praticada na vigência do Contrato, reproduzido na Tabela 1, e regular as respectivas implicações na parcela do transporte e na penalidade por retirada a maior. Mediante este mesmo termo aditivo, o valor referencial do Contrato passou de R\$ 18.346.532.261,75 para R\$ 24.110.428.517,06.

Tabela 1: Rampa de consumo que expressa a quantidade de gás (em mil de m³/dia) a ser consumido, acordada mediante o terceiro termo aditivo ao Contrato OC 1.902/2006.

Mês	2010	2011	2012	2013	2014 a 2030
Janeiro	-	510,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Fevereiro	-	920,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Março	-	1.050,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Abril	-	1.370,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Maio	-	1.500,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Junho	-	1.500,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00
Julho	-	1.500,00	3.640,00	5.000,00	5.500,00

Agosto	-	2.37 0,00	3.64 0,00	5.00 0,00	5.500,00
Setemb ro	-	2.39 0,00	3.64 0,00	5.00 0,00	5.500,00
Outubr o	-	2.45 0,00	3.64 0,00	5.00 0,00	5.500,00
Novem bro	-	2.85 0,00	3.64 0,00	5.00 0,00	5.500,00
Dezemb ro	460, 00	3.64 0,00	3.64 0,00	5.00 0,00	5.500,00

Fonte: peça 28 do TC 011.182/2015-6

25. Quanto a este termo aditivo, insta esclarecer que os consumos medidos até aquela data (dez/2010 até nov/2011) foram estabelecidos como os mínimos devidos, não restando qualquer prejuízo ou crédito para quaisquer das partes até então, e a partir de dez/2011 foram projetados os valores mínimos de gás a serem consumidos, restando configurado, a partir de então, sucessivos prejuízos em decorrência do **Take or Pay** (ToP) mensal de 70% e créditos em decorrência do ToP anual de 80%.

26. Dessa forma, o consumo de gás inicialmente previsto pela AmE, no montante de 5.500.000 m³/dia, em 31/1/2007, foi alterado, em função da não entrada em operação das conversões de térmicas existentes a óleo para gás, e da não implantação de nova termelétrica para consumo do excedente de gás (Mauá 3).

27. Também importa afirmar que, para o ano de 2012, ainda não se previa a entrada em operação da UTE Mauá 3, daí o valor constante de consumo, em 3.640.000 m³/dia (consumo das térmicas convertidas e dos produtores individuais de Manaus). Porém, já para o ano de 2013, previa-se o consumo de 5.000.000 m³ de gás/dia, e para o ano de 2014, 5.500.000 m³/dia, consumos estes não realizados (peça 28, p. 24-30).

III. Exame Técnico

28. Passa-se ao exame das razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência pela irregularidade do item 9.1.1 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, consoante Despacho do Ministro Relator à peça 36, que determinou a audiência dos seguintes gestores:

(i) Willamy Moreira Frota, CPF 077.141.652-00, Diretor-Presidente da Manaus Energia S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

(ii) Camilo Gil Cabral, CPF 048.310.968-14, Diretor Técnico da Manaus Energia S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

(iii) Luiz Henrique Hamann, CPF 302.332.599-53, Diretor Financeiro da Manaus Energia S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

(iv) Raimundo Lázaro Pereira Garcia, CPF 031.229.562-68, Gerente de Administração da Manaus Energia S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

(v) Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, CPF 011.136.156-72, Presidente das Centrais Elétricas Brasileiras S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993; e

(vi) Valter Luiz Cardeal de Souza, CPF 140.678.380-34, Diretor de Planejamento e Engenharia das Centrais Elétricas Brasileiras S.A., por, nesta condição, ter participado da celebração do Contrato OC 1.902/2006, com a Companhia de Gás do Amazonas, sem prévia estipulação do preço certo e definido, relativo ao fornecimento de gás objeto daquele contrato, infringindo o disposto no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.



29. Em 31/7/2017, foi protocolada nesta Corte, tempestivamente, as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Lázaro Pereira Garcia (peça 55), uma vez ter sido identificado como signatário do Contrato OC 1.902/2006, celebrado em 1º/6/2006.

30. Posteriormente, em 18/9/2017, foram tempestivamente apresentadas, conjuntamente, as razões de justificativa por Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral e Luiz Henrique Hamann (peça 88), uma vez terem sido os signatários do Contrato OC 1.902/2006, celebrado em 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Diretor-Presidente, Diretor Técnico e Diretor Financeiro da AmE.

31. Também em 18/9/2017 foi protocolada nesta Corte, tempestivamente, as razões de justificativa apresentadas conjuntamente por Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza (peça 90), uma vez terem sido os signatários do Contrato OC 1.902/2006, celebrado em 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Presidente e Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras.

III.1 Razões de justificativa apresentadas por Raimundo Lázaro Pereira Garcia

32. Sucintamente, alegou ter sido equivocadamente instado em audiência, uma vez nunca ter atuado como gestor na AmE ou mesmo Eletrobras, tendo, na época da celebração do Contrato OC 1.902/2006, exercido o cargo de Gerente de Administração do Banco do Brasil S.A. (BB) e, nesta condição, participado daquele contrato, razão pela qual requereu sua exclusão como parte passiva investigada nos presentes autos, por ser parte ilegítima.

33. Em análise, constata-se, de fato, ter havido erro quando da proposição de audiência do requerente, uma vez que o simples exame do Anexo I ao Contrato OC 1.902/2006 (peça 6, p. 93) permite constatar que o Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia atuou apenas como representante do BB no Contrato de Administração da Conta de Pagamentos, cujo objeto é a abertura, movimentação, administração, manutenção desta conta e dos valores ali depositados, para fins de recebimento e transferência de valores constantes dos documentos de cobrança afetos ao Contrato OC 1.902/2006.

34. Pelo exposto, propõe-se o acolhimento das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia.

III.2 Razões de justificativa apresentadas por Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral e Luiz Henrique Hamann

35. Relembre-se que os Srs. Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral e Luiz Henrique Hamann ocupavam, quando da celebração do Contrato OC 1.902/2006, respectivamente, os cargos de Diretor-Presidente, Diretor Técnico e Diretor Financeiro da AmE.

36. Sucintamente, mediante a representação (peça 88) por escritório de advocacia, foram conjuntamente apresentadas as seguintes razões de justificativas, das quais se extraem alegações no sentido de que:

a) a sistemática para a viabilização de exploração do gás, fornecido pela Petrobras e distribuído pela Cigás, decorreu de uma decisão governamental e estratégica que transcendia as competências da diretoria da AmE – pois envolvia a distribuição e o consumo de gás natural na Região Norte do Brasil, de forma a reduzir a dependência externa de combustíveis líquidos no Brasil, mitigar os impactos ambientais decorrentes da queima de combustíveis fósseis e consequente economia de R\$ 1,2 bilhões por ano em subsídios de energia elétrica para a região – refletida no Termo de Compromisso firmado entre o Estado do Amazonas, a Cigás, a Petrobras e a Eletrobras, com interveniência do MME, em 22/4/2004 (peça 93), no qual os apontados responsáveis sequer teriam atuado;

b) já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva quanto à irregularidade apontada, uma vez que teriam transcorridos onze anos e um mês desde a ocorrência do fato gerador, não tendo ocorrido, neste interregno, qualquer notificação e/ou participação deles nestes autos;

c) passados mais de dez anos dos fatos, os peticionários já não possuiriam documentos e informações com a precisão necessária para se defenderem das circunstâncias acusatórias, apontando ainda que as normas desta própria Corte dispõem o prazo de dez anos como regra geral para a guarda de documentos;

d) esta Corte já teria decidido – mesmo em Tomada de Contas Especial, onde se apura dano – que o prazo superior a dez anos entre os fatos e a atuação do poder fiscalizatório, diante do prejuízo ao exercício à ampla defesa e ao contraditório, deve ensejar o arquivamento dos autos ante a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo;

e) o STJ, no julgamento do Resp nº 1.480.350-RS (2014/0142962-8), em 5/4/2016, teria se posicionado no sentido de que se deve aplicar, analogicamente, o prazo decadencial quinquenal para a atuação do Tribunal de Contas da União, quanto ao seu poder fiscalizatório de contas;



f) mesmo a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas, encontrar-se-ia em debate no Supremo Tribunal Federal (STF), com repercussão geral reconhecida, mediante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886;

g) a Cláusula Oitava do Contrato OC 1.902/2006 teria precificado, de forma objetiva, todas as parcelas do preço do gás: R\$ 3,01/MMBTU como parcela de **Commodity** (conversão de US\$ 1,00 na cotação da data da assinatura do contrato); R\$ 9,20/MMBTU como parcela de transporte; e R\$ 0,45/MMBTU como parcela de margem, nos termos, respectivamente, dos itens 8.1.1, 8.1.2 e 8.1.3 do Contrato;

h) não obstante haver a declaração de preço estimado nos dispositivos contratuais retrocitados, o próprio contrato previu a base de cálculo, nos termos do item 8.1.2.1.2 do Contrato, e premissas de revisão, uma vez que o objetivo não seria outro senão garantir o reembolso dos custos dos investimentos a serem realizados pela Petrobras;

i) a Lei de Licitações, ao disciplinar, em seu art. 55, inc. III, como cláusulas necessárias em contratos administrativos o preço e as condições de pagamento, não estaria determinando a previsão expressa do valor final a ser pago, pois o contrato pode sofrer alterações;

j) não se trata o regime **open book** de cheque em branco, uma vez constituir-se como uma metodologia bem definida quanto às variações que deverão ser contempladas a título de ressarcimento, sendo nele os preços determináveis;

k) o contrato não seria totalmente **open book**, uma vez que a revisão permitida em razão dos investimentos se referia apenas ao preço do transporte, cuja credora seria a Petrobras, que, por ser empresa pública, teria a obrigação de licitar a construção do gasoduto, obtendo o menor preço de investimento, não restando, portanto, qualquer prejuízo aos cofres públicos, pois, na pior das hipóteses, o lucro da União viria da Eletrobras ou da Petrobras;

l) a modalidade **open book** se refere, em verdade, a uma aliança no compartilhamento do custo efetivo, decorrendo do princípio constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (quando não se podem prever ou, se previstos não podem ser calculados, os reais custos futuros nos quais as partes incorrerão), destacando que, no presente caso, ambas as partes contratuais são estatais;

m) se um contrato não é celebrado no regime **open book**, ou o seu preço é elevado para a assunção total de riscos por uma das partes, ou, havendo compartilhamento de riscos, o direito à manutenção da equação econômico-financeira ensejará a revisão dos preços por meio de aditivo;

n) quando os riscos são compartilhados, não há grande diferença entre contrato sob regime **open book** ou de preço líquido e certo e, por isso, a modalidade **open book** não afronta o disposto na Lei de Licitações, mas sim homenageia a justa remuneração e equilíbrio da negociação;

o) o regime **open book** traz mais vantagens para o contratante na medida em que permite maior controle dos custos e do andamento do projeto, uma vez que torna obrigatória a constituição de grupo de trabalho para o acompanhamento e aprovação das etapas da obra, evitando-se, com isso, controvérsias intermináveis e paralisação das obras;

p) o Decreto nº 2.745, de 24/8/1998, que definiu, à época, o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, prevê, em seu item 2.3, alínea 'i', a possibilidade de realização de contrato aliança, por meio de inexigibilidade de licitação, no qual são compartilhados tanto os bônus quanto os ônus da consecução do empreendimento, sendo tal espécie de contrato norteadas pela mesma lógica que permeia o regime **open book**;

p) não há que se falar em qualquer ilegalidade da parte do Contrato OC nº 1.902/2006 – parcela de transporte apenas – cujo preço estava definido com critérios de ressarcimento de custos incorridos no investimento da construção do gasoduto;

r) as dificuldades inerentes à implantação do empreendimento levaram a Petrobras a condicionar sua participação ao estabelecimento do preço da parcela referente ao transporte do gás com previsão de revisão após apuração do investimento efetivamente realizado;

s) toda a negociação foi feita levando-se em consideração que a contratação, sendo realizada por empresas vinculadas ao MME, foram em conformidade com os princípios da boa-fé, visando atingir o interesse público envolvido;

t) na época em que foi celebrado o Contrato, a Aneel não tinha regulamentação específica sobre o preço do transporte do gás e, somente após a edição da Lei 11.909/2009 (Lei do Gás), as agências reguladoras, Aneel e ANP, passaram a exercer seus poderes regulatórios de forma mais expressiva sobre o assunto, mediante a Resolução Homologatória – Aneel nº 2.005, de 15/12/2015, que definiu a tarifa da parcela do transporte referente ao gás natural fornecido pela Cigás à AmE, no valor de R\$ 11,4867/MMBTU – base dez/2009,



posteriormente revista em razão de recurso interposto pela Petrobras, em 2016, passando para R\$ 12,0371/MMBTU – base dez/2009, mediante o Despacho do Superintendente – Aneel 643, de 15/6/2016 e formalizada mediante a Resolução Homologatória – Aneel nº 2.159, de 18/10/2016;

u) em razão da definição informada na alínea anterior, afeta ao preço da parcela de transporte – único que havia sido entabulado sob o regime de **open book** – o questionamento desta Corte teria perdido objeto; e

v) o ato perquirido – participar da assinatura do Contrato OC nº 1.902/2006 sem prévia estipulação do preço definido – **open book** – não teve efeitos, nem gerou qualquer prejuízo ao erário.

37. A seguir serão analisadas cada uma das razões de justificativas apresentadas, destacadas basicamente em três subtópicos: prazo prescricional, antijuridicidade de contratos **open book** e caracterização da responsabilidade subjetiva dos apontados.

III.2.1 Análise do prazo prescricional

38. A questão do prazo prescricional das sanções aplicadas por esta Corte já foi parcialmente abordada, mediante o incidente de uniformização de jurisprudência analisado nos autos do TC 030.926/2015-7, nos termos do art. 91 do Regimento Interno do TCU, justificado pela existência de notória divergência em decisões do Tribunal acerca do assunto, o que poderia ferir os princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica, ante a existência de decisões díspares para situações semelhantes.

39. Em decorrência, foi prolatado o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que assim deliberou sobre a matéria, **in litteris**:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar **elementos adicionais de defesa**, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal; (grifos nossos)

40. Além de estabelecer o lapso temporal decenal para a prescrição de sua pretensão punitiva, contado da ocorrência da irregularidade/dano, mediante a incidência direta do disposto no art. 205 do Código Civil, esta Corte consignou expressamente as hipóteses de interrupção, caracterizada pela citação, audiência ou oitiva da parte, que alcançam tanto pessoas físicas quanto jurídicas, nos termos do art. 70, § único, da CF/1988.

41. Ademais, restou claro que o entendimento exarado visou conciliar a segurança jurídica dos jurisdicionados, a estabilidade necessária dos atos administrativos praticados e ainda o respeito ao interesse público primário, este último levado a efeito, no presente caso, mediante o efetivo controle daqueles mesmos atos, de forma a mantê-los, reforma-los ou até anulá-los.

42. Quanto às hipóteses de suspensão do prazo prescricional, presentes no item 9.1.5, é possível inferir que estas visam proteger o poder/dever de controle desta Corte nas situações em que transcorra lapso temporal, no curso de quaisquer de seus processos de controle, não por sua inércia, mas sim pela necessidade de exame de novos documentos ou informações trazidas aos autos pelos responsáveis, lapso este que estará compreendido entre a data da juntada aos autos destas novas informações/documentos e a data de manifestação desta Corte sobre os mesmos.

43. Fato é que, em 19/2/2014, esta Corte já havia identificado a irregularidade objeto de exame nestes autos e determinado expressamente, mediante o item 9.1.1 do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, a constituição



de processo apartado para apurar a responsabilidade dos gestores da Amazonas Energia e da Centrais Elétricas Brasileiras pelo seu cometimento, ou seja, ainda dentro do prazo prescricional de dez anos (Contrato OC 1.902/2006 celebrado em 1º/6/2006).

44. No entanto, tal providência foi obstada mediante o efeito suspensivo conferido àquele Acórdão, mediante o despacho do Ministro-Relator, prolatado em 8/4/2014, decorrente do recurso apresentado pela Eletrobras, em 28/3/2014, em face do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, que se insurgiu, em especial, sobre os itens 9.1.1 e 9.1.2.

45. Neste ponto, insta destacar que o Ministro-Relator, mediante aquele despacho (cópia à peça 5), não apenas destacou a necessidade de comunicação ‘aos órgãos/entidades cientificadas do acórdão recorrido acerca do efeito suspensivo concedido em face do presente recurso’, como também anotou que recebia a peça recursal ‘como **elementos adicionais de defesa** no processo apartado de fiscalização determinado pelo item 9.1 da deliberação recorrida, nos termos do parágrafo único do art. 279 do Regimento Interno’ (grifo nosso).

46. Em 19/8/2015, esta Corte, mediante o Acórdão 2.071/2015-TCU-Plenário, conheceu o pedido de reexame interposto pela Eletrobras e, no mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se os exatos termos do Acórdão 336/2014-TCU-Plenário.

47. Ante o exposto, conclui-se que o lapso temporal de 509 dias transcorridos entre a data de interposição do recurso pela Eletrobras, em 28/3/2014, e a prolação do Acórdão 2.071/2015-TCU-Plenário, em 19/8/2015, não decorreu da inércia desta Corte, mas sim da ampliação do exercício do contraditório e da ampla defesa pela Unidade Jurisdicionada, razão pela qual se conclui pela incidência da hipótese de suspensão, prevista no item 9.1.5 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Em decorrência, a prescrição desta irregularidade ocorreria apenas **a partir de 23/10/2017**.

48. No entanto, como a audiência válida dos responsáveis foi determinada em 6/7/2017, mediante despacho do Ministro-Relator (peça 36), e levadas a efeito mediante os Ofícios 160 a 165/2017-TCU/SeinfraElétrica, todos de 12/7/2017 (peças 38 a 43), com os Avisos de Recebimento (AR) compreendidos no período de 24 a 29/7/2017, é possível concluir que o prazo prescricional fora tempestivamente interrompido pela determinação das audiências, nos termos do item 9.1.3 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, findando o novo prazo de dez anos em 6/7/2027.

49. Por todo o exposto, propõe-se o não acolhimento das razões de justificativas presentes nas alíneas ‘b’ a ‘f’ do parágrafo 35 desta instrução.

III.2.2 Análise da antijuridicidade de contratos **open book**

50. Preliminarmente, insta esclarecer que o Contrato OC 1.902/2006 se rege pelas disposições da Lei 8.666/1993, pois a própria Lei de Licitações indica, em seu art. 24, inciso XXII, ser dispensável a licitação para a contratação de fornecimento ou suprimento de gás natural. Ademais, foi esse o fundamento registrado no contrato para a dispensa de licitação (peça 6, p. 4), nos seguintes termos: ‘este CONTRATO está sendo firmado com base no permissivo legal constante do art. 24, inciso XXII, da Lei nº 8.666/93, de acordo com o processo de dispensa de licitação nº 189/2006’. Trata-se, portanto e indubitavelmente, de contrato administrativo que deve atender plenamente às disposições da Lei 8.666/1993.

51. Quanto à incidência da modalidade **open book** no Contrato OC 1.902/2006, de fato o subtópico 8.1.2 deixa claro que o preço da parcela de transporte foi estimado em R\$ 9,20 por MMBTU – considerando uma avaliação de fluxo de caixa descontado, a partir de premissas de custos estabelecidas no contrato – como também estabelece que seu valor final seria ‘recalculado de acordo com a apuração dos custos definitivos de todos os investimentos no SISTEMA DE TRANSPORTE, em que deverão estar incluídos os investimentos em projeto, construção, aquisição de equipamentos e materiais, montagem e pré-operação’ das partes que compõem o empreendimento, o que vai de encontro, portanto, ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que não foi definido preço fixo. Posteriormente, segundo consta na Nota Técnica 27/2012-SRG/Aneel, de 16/4/2012, o custo de implantação do gasoduto passou de R\$ 2,49 bilhões, valor estimado no contrato de junho de 2006, para R\$ 4,46 bilhões, valor apurado em 7/2/2011 (peça 95, p.5). Essa variação elevou, por consequência, o preço da parcela de transporte em 77%, passando de R\$ 9,20/MMBTU para R\$ 16,24/MMBTU. Aquela Nota Técnica ainda registra que ‘se considerarmos o valor estimado durante a negociação pré-contratual, em R\$ 4,36/milhão BTU, a diferença salta para 272%’.

52. Também ocorreu a contratação da parcela afeta à margem de distribuição - ramais termelétricos no regime **open book**, como resta claro no subtópico 8.1.3 do Contrato OC 1.902/2006, ao estabelecer que o ‘preço dos RAMAIS TERMELÉTRICOS está estimado em R\$ 0,69 (sessenta e nove centavos de real) por MMBTU, referido a outubro de 2005’, e que seu valor final seria ‘recalculado de acordo com a apuração dos custos

definitivos de todos os investimentos nos RAMAIS TERMELÉTRICOS, em que se incluirão 75% dos investimentos em licenciamento ambiental, compensações ambientais, projeto, gerenciamento, construção, montagem, seguro (**completion bond**) e pré-operação (comissionamento), bem como outros itens e variações eventualmente incluídos no investimento definitivo em relação ao investimento estimado', o que claramente também vai de encontro ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

53. Posteriormente, os custos da margem de distribuição - ramais termelétricos elevaram-se em 139%, passando de R\$ 74,9 milhões, conforme previsão contratual, para R\$ 176,7 milhões, com base nas informações apresentadas pela Cigás. O preço passou, então, de R\$ 0,69/MMBTU para R\$ 1,11/MMBTU, o que corresponde a um aumento de 60%.

54. Quanto à parcela do contrato celebrada sob o regime **open book**, a Eletrobras já se manifestou, em sede de comentários de gestor, acerca da contratação, como registrado no relatório decorrente da auditoria operacional realizada sobre os 'impactos sobre as tarifas de energia elétrica no Brasil em decorrência de políticas aplicáveis aos Sistemas Isolados, com enfoque na Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC) e nas perdas elétricas', emitido em 31/10/2013 (peça 29), dando mais ênfase ao histórico que levou à contratação (peça 96, p. 14-19).

55. Ademais, naquela oportunidade a Eletrobras também anexou parecer jurídico da empresa 'Adair Moura & Advogados Associados', mas não enfrentou a questão do preço. O dito parecer jurídico (peça 96, p. 51-55) trata da dispensa de licitação com base no art. 24, inciso XXII, da Lei 8.666/1993, o que não foi questionado por aquela equipe de auditoria, mas sim a utilização de **open book**, sem a definição prévia do preço do transporte do gás pago pela Eletrobras com repasse ao consumidor, via CCC.

56. No parecer contratado pela Eletrobras, inclusive, encontra-se explícito que as dispensas de licitação precisam justificar o preço. No caso presente, não há preço definido, tão somente uma expectativa, ferindo a Lei 8.666/1993, que estipula como cláusulas necessárias em todo contrato 'o preço e as condições de pagamento'. Assim, o parecer apresentado não enfrentou a questão levantada no relatório preliminar no que se refere ao preço do contrato, que não foi fixado.

57. Nesta nova oportunidade, os gestores, mediante a representação, não apenas reapresentaram o histórico que levou à contratação, mas também buscaram justificar/defender a utilização do regime **open book** na valoração do Contrato OC 1.902/2006.

58. No entanto, não apresentaram qualquer informação que buscasse justificar a elevação do preço da parcela de transporte em 77%, que passou de R\$ 9,20/MMBTU para R\$ 16,24/MMBTU, tão pouco do preço da margem de distribuição - ramais termelétricos em 60%, que passou de R\$ 0,69/MMBTU para R\$ 1,11/MMBTU.

59. Quanto à utilização do regime **open book**, não prospera a alegação de que o regime **open book** se limitaria apenas à parcela do transporte, uma vez que, como já exposto, também consta sua utilização na parcela margem de distribuição - ramais termelétricos, como resta claro no subtópico 8.1.3 do Contrato OC 1.902/2006.

60. Também não prospera a alegação de que 'a Lei de Licitações, ao disciplinar, em seu art. 55, inc. III, como cláusulas necessárias em contratos administrativos o preço e as condições de pagamento, não estaria determinando a previsão expressa do valor final a ser pago, pois o contrato pode sofrer alterações', uma vez ser fundamental a determinação do valor do contrato para, a partir dele, ser delimitado o valor final que poderá ser alcançado, mediante aditivos, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, abaixo transcrito, **in verbis**:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) **do valor inicial atualizado do contrato**, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (grifos nossos)

61. No presente caso, a adoção do regime **open book** no Contrato OC 1.902/2006 constituiu-se verdadeiro cheque em branco, permitindo às partes, quando da contratação, o desenvolvimento de projeto com grau de maturidade tal que terminou por ensejar a majoração do preço da parcela de transporte em 77% e do preço da margem de distribuição - ramais termelétricos em 60%.

62. Desta feita, o regime de execução contratual das parcelas do transporte e distribuição assemelham-se ao regime de execução por administração, o qual não possui respaldo legal.

63. Em relação à alegação de que o Contrato OC 1.902/2006 foi norteado pela mesma lógica que permeia o contrato aliança, previsto no item 2.3, alínea 'i', do Decreto 2.745/1998 – que aprovou o regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, previsto no art. 67 da Lei 9.478/1997, dispositivo este revogado pela Lei 13.303/2016 – além do presente contrato não ter sido celebrado sob o regime de aliança, esta Corte já discutiu este tipo de contratação, mediante o Acórdão 2.805/2013-TCU-Plenário, no qual restou asseverado que a utilização do regime **open book**, no âmbito do contrato aliança, firmado com base no Decreto 2.745/1998, seria possível apenas se cumpridas uma série de condições ausentes no caso concreto, tais como:

a) adoção da soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços 'meta' e 'teto', para efeito de bônus e penalidades;

b) previsão de ressarcimento dos custos reais para todos os serviços constantes do contrato e que fazem parte do preço meta, para efeitos de apuração dos bônus e penalidades; e

c) cumprimento do conceito de **open-book**, em que todos os custos devem ser transparentes e abertos, com amplo acesso por parte do contratante.

64. Quanto à alegação de que a parcela de transporte teria sido fixada mediante a Resolução Homologatória – Aneel 2.005, de 15/12/2015, no valor de R\$ 11,4867/MMBTU, posteriormente revista pela Resolução Homologatória – Aneel 2.159, de 18/10/2016, passando para o valor de R\$ 12,0371/MMBTU, e que tal fixação, associada à retroação deste preço ao início do fornecimento de gás natural à Amazonas Distribuidora de Energia S.A – e consequente determinação à Eletrobras, na condição de administradora da Conta Consumo de Combustíveis (CCC), que fizesse a contabilização dos valores reembolsados acima do preço ora definido – teria conduzido à perda de objeto da irregularidade em tela, não prospera tal alegação, uma vez que a fixação tardia do valor desta parcela não afasta o descumprimento, quando da celebração do Contrato OC 1.902/2006, do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

65. Ademais, não se pode perder de vista que o valor final da parcela de transporte, fixada em R\$ 12,0371/MMBTU, supera em 30,8% o valor inicial, de R\$ 9,20/MMBTU, em inobservância ao limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993.

66. Por fim, quanto à alegação de que a adoção do regime **open book** não teria, ao fim, gerado qualquer prejuízo ao erário, acrescente-se que a celebração de contrato **open book**, além de ter consumado ilegalidade, por infração ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, constituiu a prática de ato antieconômico ao permitir significativas majorações dos custos estimados para o gasoduto e para os ramais de distribuição, elevando o custo, suportado pelos consumidores de energia, da energia gerada com o gás a patamares semelhantes ao da gerada com óleo combustível.

67. Acerca dos possíveis prejuízos trazidos aos consumidores, vale trazer à baila que os custos do mencionado aumento foram repassados aos consumidores de energia elétrica por meio do encargo da Conta de Combustíveis Fósseis (CCC), rateada entre todos consumidores do país.

68. No âmbito do TC 007.353/2008-8, no qual o Tribunal avaliou a regularidade do trecho B1 das obras de construção do Gasoduto Coari-Urucu-Manaus, verificou-se o aumento vertiginoso dos custos da obra em decorrência de alteração de metodologia construtiva em face de projeto básico deficiente, levando à prolatação do Acórdão 3.005/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

69. Reproduz-se abaixo trecho do Voto que subsidiou a mencionada deliberação:

2. O empreendimento é de responsabilidade do Sistema Petrobras. Especificamente, o gasoduto foi autorizado pela Agência Nacional de Petróleo em nome da empresa Transportadora Associada de Gás (TAG), que é subsidiária da Petrobras e possui o encargo de operar a planta. A Petrobras criou também a Transportadora Urucu-Manaus (TUM), sociedade de propósito específico (SPE), com o objetivo de construir a obra e obter os financiamentos necessários à empreitada.

3. As obras de implantação do gasoduto foram divididas em três lotes: Lote A (279km), Lote B1 (196km) e Lotes B2 (186km). Estes autos tratam do Lote B1.

4. Para a implantação do trecho referente ao Lote B1, com extensão de 196,6 km, foi emitido o Convite 002/2005 para empresas selecionadas. A licitação redundou fracassada ante os preços excessivos praticados pelos licitantes.

5. Foi então realizada a contratação direta do Consórcio Amazonas Gás (empresas Andrade Gutierrez/Carioca Engenharia) – contrato TUM 03/2006, assinado em 19/07/2006, no valor inicial de R\$ 666,7 milhões, sob o regime de empreitada por preços unitários.



6. Durante os trabalhos de fiscalização, verificou-se que esse valor inicial da contratação foi aditivado em R\$ 561,9 milhões, o que equivale ao percentual aproximado de 84,3% e extrapola os limites máximos de 25% estabelecidos no item 7.2, alínea 'b', do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. (aprovado mediante o Decreto 2.745/1998) e no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993. (...)

70. Já o Relatório do Acórdão acima mencionado retrata especificamente a questão do contrato **open book** e seus riscos aos consumidores de energia elétrica:

49. Conforme apontado na auditoria, **a contratação da parcela de transporte do gás pela AmE foi realizada na modalidade Open Book**, contratação na qual o preço do contrato é estimado inicialmente e, após o término da obra, apura-se o custo definitivo do investimento no sistema de transporte, recalculando-se o então preço estimado no contrato de modo a refletir os custos finais, em completa afronta ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

50. Ainda de acordo com o relatório, o custo de implantação dos 661km de gasoduto passou de R\$ 2,49 bilhões, valor estimado no contrato de junho de 2006, para R\$ 4,46 bilhões, valor apurado em 7/2/2011. **Essa variação elevou, por consequência, o preço da parcela de transporte em 77%, passando de R\$ 9,20/milhão BTU para R\$ 16,24/milhão BTU.**

51. Assim, em razão da modalidade de contratação da parcela de transporte de gás pela AmE, **a explosão dos custos de investimento no gasoduto não comprometeria a viabilidade do empreendimento para a Petrobrás**, posto que havia recuperação de todos os seus custos através do preço de venda do combustível. **Contudo, o aumento de custo do empreendimento trouxe grande prejuízo aos consumidores de energia elétrica, posto que esses custos, refletidos no preço do gás, eram repassados às tarifas de energia elétrica.**

52. Percebe-se ainda que **essa modalidade contratual não gera incentivos para a contratada buscar eficiência nos custos dos investimentos que serão realizados, pois sua integralidade é repassada ao preço do produto, nem para a contratante se empenhar na avaliação dos termos contratuais e na fiscalização de sua execução, pois a integralidade de seus custos será repassada para o custo da energia vendida por ela aos consumidores finais.** (grifos nossos)

71. Assim, ao assinar um contrato sem prévia definição do preço do gás, deixando esta variável atrelada ao custo da obra, os gestores da Amazonas Energia e da Eletrobras transferiram o risco do custo da obra totalmente para o consumidor de energia elétrica, sem incentivo algum a qualquer parte da relação contratual (Petrobrás, Cigás, Amazonas Energia e Eletrobras) em gerenciar adequadamente tal risco, pois este simplesmente não os comprometia.

72. Pelo exposto, propõe-se o não acolhimento das razões de justificativas presentes nas alíneas 'g' a 'v' do parágrafo 35 desta instrução.

III.2.3 Análise da caracterização da responsabilidade subjetiva dos apontados

73. Em relação à alegação de que a sistemática para a viabilização de exploração do gás, fornecido pela Petrobras e distribuído pela Cigás, decorreu de uma decisão governamental e estratégica que transcendia as competências da diretoria da AmE, refletida no Termo de Compromisso firmado entre o Estado do Amazonas, a Cigás, a Petrobras e a Eletrobras, com interveniência do MME, em 22/4/2004, no qual os apontados responsáveis sequer teriam atuado, o exame daquele Termo, assinado em 22/4/2004, permite concluir pela inexistência de quaisquer disposições que amparem ou já antecipem a utilização do regime **open book** no Contrato OC 1.902/2006, celebrado em 1º/6/2006.

74. Pelo exposto, propõe-se o não acolhimento das razões de justificativas presentes na alínea 'a' do parágrafo 35 desta instrução.

III.2.4 Conclusões

75. Por todo o exposto, concluiu-se pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral e Luiz Henrique Hamann, uma vez terem sido signatários do Contrato OC 1.902/2006, de 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Diretor-Presidente, Diretor Técnico e Diretor Financeiro da Amazonas Distribuidora de Energia S.A (AmE), uma vez que o preço afeto à parcela de transporte, previsto no item 8.1.1, e à parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, previsto no item 8.1.3.2, ambos da Cláusula Oitava, foram estimados, em flagrante inobservância do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

76. Por fim, considera-se que as ocorrências, apuradas nestes autos, apesar de se constituírem em atos praticados com grave infração à norma legal, não se revestem de gravidade suficiente para macular as contas dos responsáveis, uma vez não ter restado evidenciado um prejuízo ao erário, razão pela qual se deixa de propor ao Ministério Público junto ao TCU a interposição de recurso de revisão para a reabertura das contas da AmE,



relativas aos exercícios de 2006 (ano de celebração do Contrato OC 1.902/2006) a 2016 (definição, pela Aneel, da parcela de transporte), e propõe-se a cada um dos responsáveis a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

III.3 Razões de justificativa apresentadas por Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza

77. Relembre-se que os Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza ocupavam, quando da celebração do Contrato OC 1.902/2006, respectivamente, os cargos de Presidente e Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras.

78. Sucintamente, mediante a mesma representação por escritório de advocacia, foram conjuntamente apresentadas as mesmas razões de justificativas retrocitadas, tendo sido acrescentado apenas:

a) quanto ao primeiro peticionário, que teria deixado a Presidência da Eletrobras em 30/12/2006, conforme ata da 567ª Reunião do Conselho de Administração da Companhia (peça 94), e que suas contas, como gestor da Companhia, nos exercícios de 2005 e 2006, foram aprovadas por esta Corte;

b) quanto ao segundo peticionário, em que pese ter permanecido no cargo por mais tempo que o anterior, também não poderia responder pela gestão da AmE, pois se tratava de empresa que possuía Presidência e Conselho de Administração próprios; e

c) que esta Corte, ao se omitir chamando ao processo apenas os gestores da Eletrobras, não incluindo os gestores das demais estatais-intervenientes que participaram da celebração do Contrato OC 1.902/2006 – a saber Petrobras e Eletronorte –, não apenas ignorou o litisconsórcio passivo necessário entre estas estatais, nos termos do art. 113 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), como também elidiu a possibilidade de que tais estatais contribuíssem com o esclarecimento dos fatos, uma vez ser possível que tais empresas ainda detenham documentos e informações da época dos fatos.

III.3.1 Análise das razões de justificativas apresentadas

79. Preliminarmente, insta esclarecer o papel da Eletrobras como interveniente-anuente na celebração do Contrato OC 1.902/2006. Interveniente é aquele que intervém, ou que participa na negociação. Anuente é quem anui, quem concorda com o negócio. Trata-se de pessoa que participa de determinado ato, concordando que se pratique determinado ato jurídico, cuja validade dependa dessa formalidade.

80. Ao assumir tal papel na celebração do mencionado contrato, a Eletrobras exorbitou seu papel de **Holding**, da qual a Amazonas Distribuidora de Energia S.A. constitui uma de suas subsidiárias integrais, e atraiu para si a co-responsabilidade de zelar para que as regras, condições, poderes e obrigações ali estabelecidas observassem o ordenamento jurídico.

81. Ademais, diversos dispositivos contratuais garantem à Eletrobras participação ativa no negócio jurídico firmado entre a AmE e a Cigas, a exemplo, entre outros:

a) da sua condição de fiadora da AmE em relação aos pagamentos previstos no Contrato OC 1.902/2006 devidos à Cigas pela AmE, conforme previsto na Cláusula Primeira;

b) da sua participação no convênio de cooperação técnica e financeira para fins de viabilizar a mudança da matriz energética do estado do Amazonas, mediante a utilização do gás natural, em substituição aos combustíveis líquidos derivados de petróleo então utilizados, a fim de permitir a redução dos custos da CCC IsoL, sendo responsável (i) pelo aporte financeiro de 75% do valor total do investimento necessário para projeto, construção, montagem e pré-operação dos ramais termelétricos, incluindo: custos relativos ao licenciamento ambiental, compensações ambientais, projeto, gerenciamento, construção, montagem, seguro (**completion bond**) e pré-operação (comissionamento) dos ramais termelétricos; bem como (ii) pelo acompanhamento técnico e financeiro da implantação dos ramais termelétricos, conforme previsto no subtópico 8.1.3.7 da Clausula Oitava do Contrato OC 1.902/2006;

c) da prerrogativa da Eletrobras, diretamente ou através de terceiros, de assumir a execução e o gerenciamento das obras de implantação dos ramais termelétricos, no caso de ser devidamente comprovada, pelo Comitê de Acompanhamento das Obras de Implantação dos ramais termelétricos, ocorrência de atrasos na implantação superiores a sessenta dias em decorrência de culpa exclusiva da Cigas, que comprometam a data prevista para a disponibilização do gás natural nos pontos de entrega, previstos no item 6.1, exceto para os pontos de entrega para atendimento às usinas de Aparecida e Mauá e os previstos no item 6.4, nos termos da alínea X do item 8.1.3.7.3 da Clausula Oitava do Contrato OC 1.902/2006;

d) da participação obrigatória de um representante indicado pela Eletrobras na condição de membro titular em todas as Comissões de Licitação destinadas à contratação de obras, materiais e serviços destinados à



implantação dos ramais termelétricos, conforme previsto da alínea XI do item 8.1.3.7.3 da Clausula Oitava do Contrato OC 1.902/2006.

82. Pelo exposto, a razão de justificativa apresentada em favor do Sr. Valter Luiz Cardeal de Souza, no sentido de que a AmE possuía Presidência e Conselho de Administração próprios, não afasta sua responsabilidade, na condição de Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras à época e signatário do Contrato OC 1.902/2006, de zelar para que as regras e condições ali previstas estivessem de acordo tanto com os interesses da **Holding** Eletrobras quanto fossem aderentes ao ordenamento jurídico.

83. Em relação à razão de justificativa apresentada em favor do Sr. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, sua saída da Presidência da Eletrobras, em 30/12/2006, não altera o fato de ter sido signatário do Contrato OC 1.902/2006, com grave vício, em afronta ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

84. Quanto à alegação de que esta Corte teria se omitido ao não chamar ao processo os gestores das demais estatais-intervenientes que participaram da celebração do Contrato OC 1.902/2006 – a saber Petrobras e Eletronorte – ao mesmo tempo em que teria elidido a possibilidade de que tais estatais contribuíssem com o esclarecimento dos fatos, importa destacar que a responsabilização em exame tem caráter pessoal, não impedindo a apuração e eventual sanção em decorrência de não chamamento de outros gestores aos autos em face da mesma irregularidade.

85. Em relação ao alegado litisconsórcio passivo necessário que existiria entre as estatais Eletrobras, Eletronorte e Petrobras perante esta Corte, uma vez terem atuado conjuntamente como intervenientes-anuentes no âmbito do Contrato OC 1.902/2006, impende destacar preliminarmente não se tratar, o presente processo, de processo civil, mas sim administrativo, com natureza de controle, instaurado no âmbito desta Corte de Contas.

86. Ademais, ainda que seja possível a aplicação, por analogia, dos regramentos previstos na Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) aos processos em curso nesta Corte, diante de lacunas e omissões nas normas que lhe são próprias, o caso em tela não se enquadra tanto nas hipóteses de litisconsórcio necessário expressamente previstas na citada Lei quanto na regra geral, prevista no art. 114, que aponta sua ocorrência no caso em que ‘a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes’, cuja releitura poderia ser compreendida como ‘no caso em que a eficácia da decisão que vier a ser adotada depende do chamamento em audiência daqueles que não o foram’.

87. Por fim, além de já restar configurada a prescrição em relação aos gestores da Eletronorte e Petrobras, uma vez não terem sido chamados em audiência, destaca-se que a Eletronorte, ao deixar de figurar como controladora da AmE, a partir de 28/5/2008, deixou de atuar como interveniente-anuente no referido contrato, situação esta formalizada logo no primeiro aditivo, celebrado em 10/12/2009. Em relação à Petrobras, ainda que tenha atuado como interveniente-anuente no Contrato OC 1.902/2006, sua condição de controladora da Cigás faz com que figure mais proximamente do pólo oposto da AmE, na relação contratual estabelecida com a Cigás.

III.3.2 Conclusões

88. A partir de todo o exposto, concluiu-se pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza, uma vez terem sido os signatários do Contrato OC 1.902/2006, de 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Presidente e Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras, uma vez que o preço afeto à parcela de transporte, previsto no item 8.1.1, e à parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, previsto no item 8.1.3.2, ambos da Cláusula Oitava, foram estimados, em flagrante inobservância do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

89. Por fim, considera-se que as ocorrências apuradas nestes autos, apesar de se constituírem em atos praticados com grave infração à norma legal, não se revestem de gravidade suficiente para macular as contas dos responsáveis, uma vez não ter restado evidenciado um prejuízo ao erário, razão pela qual se deixa de propor ao Ministério Público junto ao TCU a interposição de recurso de revisão para a reabertura das contas da Eletrobras, relativas aos exercícios de 2006 (ano de celebração do Contrato OC 1.902/2006) a 2016 (definição, pela Aneel, da parcela de transporte), e propõe-se a cada um dos responsáveis a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

IV. Conclusão

90. Após exame de todas as alegações apresentadas pelos responsáveis, em sede de audiência, conclui-se pelo acolhimento das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia e pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral, Luiz Henrique Hamann, Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza, uma vez terem sido signatários do Contrato OC 1.902/2006, de 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Diretor-Presidente da AmE, Diretor Técnico da AmE, Diretor Financeiro da AmE, Presidente da Eletrobras e



Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras, tendo em vista que o preço afeto à parcela de transporte, previsto no item 8.1.1, e à parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, previsto no item 8.1.3.2, ambos da Cláusula Oitava, foram estimados, em flagrante inobservância do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

91. Em decorrência, foi proposta a aplicação, aos Srs. Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral, Luiz Henrique Hamann, Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza, individualmente, da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

92. No entanto, por não restar evidenciado prejuízo ao erário decorrente da irregularidade objeto de análise nos presentes autos, mas tão somente grave infração à norma legal, deixou-se de propor ao Ministério Público junto ao TCU a interposição de recurso de revisão para a reabertura das contas da AmE e da Eletrobras, relativas aos exercícios de 2006 (ano de celebração do Contrato OC 1.902/2006) a 2016 (definição, pela Aneel, da parcela de transporte).

V. Proposta de Encaminhamento

93. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Relator, Exmo. Sr. Ministro Aroldo Cedraz, com fulcro no art. 11 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 157 e 187 do Regimento Interno do TCU e com a Portaria-MIN-AC 1/2009, com a seguinte proposta:

I. Acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68);

II. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72) e Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34);

III. Aplicar aos Srs. Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72) e Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34), na condição de signatários do Contrato OC 1.902/2006, celebrado em 1º/6/2006, período em que ocupavam, respectivamente, os cargos de Diretor-Presidente da Manaus Energia S/A, Diretor Técnico da Manaus Energia S/A, Diretor Financeiro da Manaus Energia S/A, Presidente da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. e Diretor de Planejamento e Engenharia da Centrais Elétricas Brasileiras S.A., individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, tendo em vista que o preço afeto à parcela de transporte, previsto no item 8.1.1, e à parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, previsto no item 8.1.3.2, ambos da Cláusula Oitava do Contrato OC 1.902/2006, foram estimados, com fixação em momento futuro, em afronta ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação por cada responsável, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das quantias ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a data dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

IV. Determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. e à Centrais Elétricas Brasileiras S.A., nos termos do art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, que, em caso do não atendimento das notificações, efetue o desconto da multa imputada na remuneração dos responsáveis sob seus alcances, em favor do Tesouro Nacional, na forma estabelecida pela legislação pertinente;

V. Autorizar, caso solicitado, o pagamento da dívida dos Srs. Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72) e Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34) em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

VI. Autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações e na impossibilidade de desconto em folha da multa aplicada;

VII. Alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 217, § 2º, do Regimento Interno do TCU;

VIII. Dar ciência à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. e à Centrais Elétricas Brasileiras S.A., nos termos do art. 4º da Portaria - Segecex 13/2011, de que o emprego do regime **open book** no Contrato OC



1.902/2006, celebrado pela Manaus Energia S/A com a Companhia de Gás do Amazonas, em 1º/6/2006, mediante a estimativa dos preços afetos à parcela de transporte, prevista no item 8.1.1, e à parcela de margem de distribuição - ramais termelétricos, prevista no item 8.1.3.2, com recálculo destes preços em momento futuro, nos termos, respectivamente, dos itens 8.1.2.1.3 e 8.1.3.3, afronta o art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993;

IX. Encaminhar cópia do Acórdão que vier a ser proferido nestes autos, bem como do Relatório e Voto que o fundamentarem, à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (AmE), à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), à Companhia de Gás do Amazonas (Cigás), à Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia (MME), à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) do Senado Federal e à Comissão de Minas e Energia (CME) da Câmara dos Deputados;

IX. Após a adoção de todas as providências acima, encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

2. Essa proposta de encaminhamento contou com a anuência do corpo diretivo da SeinfraElétrica (peças 99 e 100).

3. Encontrando-se o presente Acompanhamento pautado para a Sessão Ordinária de Plenário prevista para esta data (4/9/2019), vieram aos autos os Srs. Camilo Gil Cabral, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota, pleiteando “a retirada do processo de pauta (...) e o envio dos autos para SeinfraElétrica, para nova análise” (peça 102, p. 1). Em respaldo a esse pedido, os responsáveis apresentam os seguintes argumentos:

“Além da desestatização da Amazonas Energia, apresentamos outro fato novo.

Foi firmado o 4º termo Aditivo ao Contrato de Gás Natural (documento em anexo [peça 103]) considerando como principal alteração a exclusão do regime de open book para definição da tarifa de transporte do contrato.

O 4º termo Aditivo ao Contrato de Gás Natural **excluiu** a metodologia de *open book* para definição da tarifa de transporte do gás natural contratado e passou a utilizar para este valor de tarifa o preço definido pela ANP e ANEEL.

Além disso, o termo aditivo supracitado **adotou para a Tarifa de Transporte o preço definido pela ANP, através da Nota Técnica SCM ANP 008/2016 de 10/06/2016, o qual foi homologado pela ANP, por meio do Despacho 643/2016 e pela ANEEL, pela Resolução Homologatória 2159/2010, e o mesmo retroagiu ao início do fornecimento comercial do gás natural, ou seja, 01/12/2010.**

Logo, apresentamos as seguintes conclusões:

i) ocorreu a desestatização da Amazonas Energia, e, portanto, esta não se sujeita mais às regras da Administração Pública;

ii) foi firmado o 4º termo Aditivo ao Contrato de Gás Natural considerando como principal alteração a exclusão do regime de *open book* para definição da tarifa de transporte do contrato e passou a utilizar para este valor de tarifa o preço definido pela ANP e Aneel.” (peça 102, p. 1-2; negritos e sublinhados constam no original)

É o Relatório.

VOTO

Conforme se depreende do Relatório precedente, nos autos do TC 003.626/2012-1 foi determinada, mediante Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, a constituição do presente processo de Acompanhamento, destinado especificamente a apurar a responsabilidade de gestores da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Amazonas Energia – AmE) e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) por ter sido celebrado, em 1º/6/2006, o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1.902/2006 (peça 6), para fins de geração termelétrica, sem prévia estipulação de preço certo e definido a ser pago ao longo da execução contratual, a despeito do que rege o art. 55, inciso III, da Lei 8.666, de 21/6/1993.



2. Para melhor entendimento da matéria, convém esclarecer que, no âmbito daquela avença, o preço do gás seria constituído por três parcelas assim definidas (peça 6, p. 9): (i) “parcela da **commodity**”, referente ao valor do gás propriamente dito; (ii) “parcela do transporte”, referente à remuneração pelo transporte do gás pelo gasoduto; e (iii) “parcela da margem”, referente ao preço devido à Cigás pela distribuição do gás. As duas primeiras parcelas são devidas à transportadora – no caso, a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) – e a terceira, à referida companhia distribuidora, sendo que em alguns pontos de entrega a parcela da margem é acrescida do se definiu no subitem contratual 8.1.3.1.1 como “parcela do preço dos ramais termelétricos, referente ao investimento realizado para a sua construção” (peça 6, p. 26).

3. Foram chamados em audiência nos presentes autos os Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais e Valter Luiz Cardeal de Souza, Presidente e Diretor de Planejamento e Engenharia da Eletrobras quando da assinatura daquele Contrato OC 1.902/2006, e os Srs. Willamy Moreira Frota, Camilo Gil Cabral e Luiz Henrique Hamann, Diretor-Presidente, Diretor Técnico e Diretor Financeiro da Amazonas Energia àquela época.

4. Também foi instado a apresentar razões de justificativa o Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia, cuja responsabilidade pela ilicitude suscitada relativamente ao Contrato OC 1.902/2006 deve ser afastada, eis que, conforme acabou reconhecendo a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica), encarregada de instruir o presente feito, esse responsável atuou apenas como representante do Banco do Brasil S/A no Contrato de Administração da Conta de Pagamentos, cujo objeto é a abertura, movimentação, administração, manutenção desta conta e das quantias ali depositadas, para fins de recebimento e transferência de valores constantes dos documentos de cobrança afetos àquele Contrato OC 1.902/2006.

5. Quanto àqueles outros cinco agentes signatários da avença em tela, concluiu a unidade instrutiva que as razões de justificativa por eles apresentadas não lograram descaracterizar os indícios de irregularidade que ensejaram a autuação deste TC 013.372/2014-8, devendo o TCU, portanto, rejeitá-las e aplicar aos responsáveis a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443, de 16/7/1992.

6. Compartilho do entendimento da SeinfraElétrica no sentido de que a celebração do Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1.902/2006, em 1º/6/2006, sem prévia estipulação de preço certo e definido, caracterizou afronta ao art. 55, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

7. Isso porque os preços consignados no Contrato OC 1.902/2006 a serem pagos pelo transporte do gás pelo gasoduto (R\$ 9,20 por milhão de British Thermal Unit – MMBTU) e a título de preço dos ramais termelétricos (R\$ 0,69/MMBTU) eram meras estimativas, tendo em vista ter sido expressamente pactuada, nos subitens 8.1.2.1.3 e 8.1.3.3 da Cláusula Oitava da aludida avença (peça 6, p. 22 e 28), a possibilidade de recálculo daqueles preços, em momento futuro, com base na apuração dos gastos efetivamente incorridos na implantação do sistema de transporte e dos ditos ramais termelétricos de distribuição, aí incluídos, entre outros, os investimentos com projeto, construção, montagem e comissionamento das partes que viriam a compor o empreendimento.

8. Está-se inegavelmente diante de indevida contratação sob o regime **open book**, em que se permitiu às partes contratantes o desenvolvimento e execução de projeto, sem maiores riscos para suas próprias finanças, com grau de maturidade e compromisso de eficiência tais que terminaram por ensejar a majoração do preço da parcela de transporte de R\$ 9,20 para R\$ 16,24 e do preço dos ramais termelétricos de R\$ 0,69 para R\$ 1,11, aumentos estes correspondentes a algo em torno de 77% e 60%, respectivamente.

9. Importa frisar que essa majoração de preços, repassada aos consumidores do setor elétrico por meio do encargo da Conta de Combustíveis Fósseis (CCC), fez com que o custo da energia gerada com o gás atingisse patamares semelhantes ao custo da energia gerada com óleo combustível.

10. Arrisco dizer que esse aumento desarrazoado de preços não teria ocorrido, ao menos nessa magnitude, caso o ônus financeiro dele decorrente recaísse, não sobre os consumidores do setor, mas

sobre as próprias empresas signatárias do Contrato OC 1.902/2006 encarregadas de implementar o sistema de transporte de gás e os ramais termelétricos de distribuição previstos naquele ajuste.

11. Como bem resumiu a SeinfraElétrica, “ao assinar um contrato sem prévia definição do preço do gás, deixando esta variável atrelada ao custo da obra, os gestores da Amazonas Energia e da Eletrobras transferiam o risco do custo da obra totalmente para o consumidor de energia elétrica, sem incentivo alguma a qualquer parte da relação contratual (Petrobrás, Cigás, Amazonas Energia e Eletrobras) em gerenciar adequadamente tal risco, pois este simplesmente não os comprometia” (peça 98, p. 14-15, item 71).

12. Situação semelhante foi detectada em processo de Levantamento de Auditoria (TC 007.353/2008-8; Acórdão 3.005/2015-TCU-Plenário), no qual se apontou que “essa modalidade contratual não gera incentivos para a contratada buscar eficiência nos custos dos investimentos que serão realizados, pois sua integralidade é repassada ao preço do produto, nem para a contratante se empenhar na avaliação dos termos contratuais e na fiscalização de sua execução, pois a integralidade de seus custos será repassada para o custo da energia vendida por ela aos consumidores finais” (Relatório que fundamenta a referida deliberação de 2015; peça 136, p. 22, item 52, daquele TC 007.353/2008-8).

13. Dito isso, repiso minha concordância com a SeinfraElétrica relativamente à conclusão por ela alcançada neste TC 010.372/2014-8, no sentido de que restou configurada a ilicitude pela qual foram chamados em audiência os Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, Camilo Gil Cabral, Valter Luiz Cardeal de Souza, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota.

14. Dissinto, todavia, da unidade técnica em relação ao exame da prescrição da pretensão punitiva do TCU nestes autos de Acompanhamento. Com as devidas vênias, não compartilho do entendimento de que os argumentos apresentados no TC 003.626/2012-1, em 28/3/2014, pela Eletrobras em sede de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 336/2014-TCU-Plenário, que determinou a constituição do presente TC 010.372/2014-8, constituiriam, segundo interpretação do subitem 9.1.5 do paradigmático Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, causa de suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva em comento.

15. Dos dispositivos dessa deliberação referencial – colacionada abaixo, para facilitar o estudo da matéria –, destaco excerto do próprio subitem 9.1.5, segundo o qual “haverá a suspensão da prescrição toda vez que **o responsável** apresentar elementos **adicionais** de defesa” (negritos não constam no original).

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando do julgamento de recurso de reconsideração interposto por Marilene Rodrigues Chang, Paulo César de Lorenzo e Rildo Leite Ribeiro contra o Acórdão 3.298/2011-Plenário (TC 007.822/2005-4);

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

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que **o responsável** apresentar elementos **adicionais** de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno;



9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992;

9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal;

(...)” (negritos e sublinhados não constam no original)

16. Observe-se, de pronto, que dois requisitos para que houvesse a dita suspensão não se encontram presentes.

17. Primeiro, o que se classificou no TC 003.626/2012-1 como elementos adicionais de defesa não teria sido manejado por qualquer dos **responsáveis** arrolados neste TC 010.372/2014-8 e contra os quais a unidade instrutiva busca aplicar a hipótese de suspensão de prazo prescricional. Tratava-se, na verdade, conforme mencionado acima, de argumentos apresentados pela Eletrobras, naqueles autos de Levantamento de Auditoria, em sede de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 336/2014-TCU-Plenário.

18. O segundo requisito ora tido como não preenchido diz respeito ao fato de que o conceito de elementos **adicionais** de defesa, por óbvio, pressupõe a existência de uma defesa inicial. Aliás, uma defesa inicial especificamente apresentada em resposta ao “ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte” (subitem 9.1.3 do referido Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário), o que também não se verifica na hipótese ora em análise.

19. Diante disso, afasto a ocorrência de suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva do TCU neste TC 010.372/2014-8 em relação aos Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, Camilo Gil Cabral, Valter Luiz Cardeal de Souza, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota, o que leva à consumação da aludida prescrição, eis que passados mais de dez anos entre a assinatura, em 1º/6/2006, do Contrato OC 1.902/2006 criticado nestes autos e a autorização deste relator, em 6/7/2017 (peça 36 destes autos), para que fossem promovidas as audiências desses responsáveis. Destaco, aliás, que tal prescrição já se havia consumado quando herdei a relatoria do presente feito em 1º/1/2017.

20. Inviável, portanto, nesse cenário, a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU em desfavor desses cinco gestores, cabendo apenas dar ciência à Amazonas Energia e à Eletrobras, assim como à Petrobras, sobre o entendimento a que se chegou neste Acompanhamento relativamente ao emprego do regime **open book** no Contrato OC 1.902/2006, valendo esclarecer que a ilicitude detectada nestes autos se mantém configurada mesmo sob a luz da Lei 13.303, de 30/6/2016 (Lei das Estatais), que traz em seu art. 69, inciso III, as mesmas cláusulas previstas como necessárias no dispositivo legal ora considerado violado naquela avença firmada em 2006 (art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993).

21. Outrossim, embora haja no art. 45 daquele diploma das estatais previsão quanto à possibilidade de “remuneração variável” na “contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia”, o legislador cuidou de vincular essa possibilidade “ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”, além de tê-la limitado, nos termos do parágrafo único do referido art. 45, ao “orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação”.

22. No que concerne ao pedido formulado pelos Srs. Camilo Gil Cabral, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota com vistas à retirada deste processo da presente pauta em razão de fatos novos que, no entendimento desses responsáveis, mereceriam ser analisados pela SeinfraElétrica, peço vênias para me opor ao pleito.

23. E assim o faço, primeiramente, por entender que a recente desestatização da Amazonas Energia não afasta a jurisdição deste Tribunal de Contas sobre a referida entidade em relação a fatos pretéritos a ela relativos, especialmente sobre atos de gestão que, a exemplo daqueles analisados neste Acompanhamento, são tidos como irregulares.



24. Acrescente-se que a assinatura de aditivo contratual no âmbito do Contrato OC 1.902/2006, ainda que efetivamente elimine, como se alega, a ilicitude detectada nestes autos, não altera em nada a responsabilidade dos agentes públicos em epígrafe, visto que a ilicitude a eles atribuída se consumou quando da celebração, em 1º/6/2006, daquele contrato de compra e venda de gás natural sem prévia estipulação de preço certo e definido, em afronta ao art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993.

25. Referido aditivo contratual, no máximo, poderia ensejar, a depender do alcance de seus efeitos, o afastamento de dano que porventura houvesse sido apontado pelo TCU, podendo, ainda, servir como circunstância atenuante a ser sopesada no momento de se decidir sobre eventual aplicação de multa aos responsáveis e sobre os respectivos valores das penas a serem impostas. Nenhuma dessas possibilidades, entretanto, tem aplicação neste TC 010.372/2014-8, pois não há proposta de imputação de débito, além de estar prescrita, conforme aventado alhures, a pretensão punitiva do TCU relativamente aos responsáveis cujas razões de justificativa estão sendo rejeitadas nessa assentada.

26. São essas, portanto, as razões que me lavam a não acolher o pedido para que sejam os presentes autos retirado de pauta.

27. Nada mais havendo a ponderar, encerro meu pronunciamento, mas não sem antes deixar consignado que, em relação às demais questões ventiladas nos autos, adoto como razões de decidir o exame de mérito empreendido pela SeinfraElétrica à peça 98.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2074/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 010.372/2014-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Acompanhamento.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).
 - 3.2. Responsáveis: Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (CPF 011.136.156-72), Camilo Gil Cabral (CPF 048.310.968-14), Luiz Henrique Hamann (CPF 302.332.599-53), Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68), Valter Luiz Cardeal de Souza (CPF 140.678.380-34) e Willamy Moreira Frota (CPF 077.141.652-00).
4. Órgãos/Entidades: Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Amazonas Energia) e Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação Legal:
 - 8.1. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Aloisio Marcos Vasconcelos Novais (procurações e substabelecimento às peças 50, 65 e 85).
 - 8.2. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Andêre Cruz (OAB/MG 68.004), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Igor Folena Dias da Silva (OAB/DF 52.120), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Willamy Moreira Frota (procurações e substabelecimentos às peças 52, 60 a 62 e 82).
 - 8.3. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796), Priscila Soares Feitoza (OAB/AM 4.656) e outros, representando Camilo Gil Cabral



(procurações e substabelecimento às peças 51, 53 e 81).

8.4. Ronaldo Santana Macêdo (OAB/AM 6.536), representando Raimundo Lazaro Pereira Garcia (procuração à peça 54).

8.5. Cássio Victor Silva Benatti (CPF 009.930.651-47), Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Daysa Leite Omena Canuto (OAB/AL 10.825), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Marcos do Nascimento Pereira (OAB/AM 3.034), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Valter Luiz Cardeal de Souza (procuração e substabelecimentos às peças 64, 75 e 84).

8.6. Alexandre Gonçalves Filho (CPF 669.891.751-68), José Renato Pinto da Fonseca (CPF 101.951.901-06), Maria Cristina Lopes Girão Moreira (CPF 150.725.091-68) e Sidnei Furlan (CPF 778.378.518-20), representando a Agência Nacional de Energia Elétrica (procurações às peças 16, 79 e 97).

8.7. Cristiana Muraro Fracari (OAB/DF 48.254), Gustavo Valadares (OAB/DF 18.669), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (OAB/DF 6.546), Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes (OAB/DF 41.796) e outros, representando Luiz Henrique Hamann (procuração à peça 86).

8.8. Danilo Carvalho Freire (OAB/MG 162.033), Leonardo Jose Melo Brandão (OAB/MG 53.684) e Nathalia Gisela Moreira Alves (OAB/MG 146.634), representando a Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (procuração à peça 101).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Acompanhamento autuado com o objetivo de apurar a responsabilidade de gestores da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. por ter sido celebrado, em 1º/6/2006, o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural OC 1.902/2006 sem prévia estipulação de preço certo e definido, a despeito do que rege o art. 55, inciso III, da Lei 8.666, de 21/6/1993;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Raimundo Lázaro Pereira Garcia (CPF 031.229.562-68), excluindo-o da presente relação processual;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos demais responsáveis em epígrafe, Srs. Aloisio Marcos Vasconcelos Novais, Camilo Gil Cabral, Valter Luiz Cardeal de Souza, Luiz Henrique Hamann e Willamy Moreira Frota, exceto no que tange à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do TCU nos presentes autos, a qual deve ser reconhecida, impedindo a imposição de qualquer sanção a esses cinco agentes;

9.3. dar ciência dessa decisão:

9.3.1. à Amazonas Distribuidora de Energia S/A, à Centrais Elétricas Brasileiras S.A. e à Petróleo Brasileiro S.A., com destaque para o entendimento de que, no âmbito do Contrato OC 1.902/2006 celebrado com a Companhia de Gás do Amazonas, a mera estimativa dos preços afetos à parcela de transporte e aos ramais termelétricos (subitens 8.1.2.1 e 8.1.3.2 da Cláusula Oitava da referida avença), com estipulação de possibilidade de recálculo destes preços em momento futuro, após a apuração dos gastos efetivamente incorridos na implantação do sistema de transporte e dos ditos ramais termelétricos (subitens 8.1.2.1.3 e 8.1.3.3 daquela mesma Cláusula Oitava), contrariou o disposto no art. 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, além de não se coadunar com os arts. 45 e 69, inciso III, da Lei 13.303, de 30/6/2016, especialmente pelo fato de as empresas contratadas não terem sido alcançadas pelos reflexos desse recálculo, que acabou sendo absorvido pelo consumidor de energia elétrica;

9.3.2. à Companhia de Gás do Amazonas (Cigás), à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia (MME), à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Comissão de



Serviços de Infraestrutura (CI) do Senado Federal e à Comissão de Minas e Energia (CME) da Câmara dos Deputados;

9.4. determinar à SeinfraElétrica que providencie, por intermédio de seu dirigente, em conformidade com o art. 169, **caput** e inciso V, do Regimento Interno do TCU, o encerramento dos presentes autos no sistema informatizado de controle de processos desta Corte de Contas.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2074-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I - CLASSE I - Plenário

TC 006.773/2002-9

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidades: Instituto Brasileiro de Frutas – Ibraf (64.709.983/0001-12); Marketing Coop. Ltda. (00.974.484/0001-70).

Interessado: Ministério da Agricultura e do Abastecimento

Recorrente: Fernando Brendaglia de Almeida (CPF 051.558.488-65)

Representação legal: Pedro Eloi Soares (OAB/RJ 52.318 e OAB/DF 1586-A).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. NÃO APROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTAS IRREGULARES COM DÉBITO E SEM MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA A ALTERAÇÃO DO JUÍZO ANTERIOR. NÃO PROVIMENTO.

Não havendo elementos ou fundamentos capazes de elidir as irregularidades que ensejaram a rejeição das contas e a aplicação da multa, mantém-se inalterado o acórdão recorrido.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a bem lançada instrução de mérito da auditora federal de controle externo responsável pelo exame do feito no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 77), cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência do corpo dirigente da referida unidade técnica (peças 78 e 79) e do representante do Ministério Público de Contas (peça 81):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Fernando Brendágia de Almeida (peça 40), Diretor-Presidente do Ibraf, contra o Acórdão 1114/2017 – TCU – Plenário (peça 16), com o seguinte teor:

9.1. excluir, desta relação processual, o Sr. Murilo Xavier Flores;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.443/92, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma lei e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas do Sr. Fernando Brendágia de Almeida, do Instituto Brasileiro de Frutas - Ibraf e da empresa Marketing Coop. Ltda. e condená-los, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este



Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 16/12/1997 até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, de suas responsabilidades, os montantes de R\$ 99,80 (noventa e nove reais e oitenta centavos) e R\$ 15,00 (quinze reais), também atualizados monetariamente, a partir, respectivamente, de 5/11/1998 e 4/12/1998, atinentes a recolhimentos já efetuados;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/92 c/c o § 6º do art. 209 do Regimento Interno, remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, para o ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis;

9.5. dar conhecimento deste acórdão, bem como das peças que o fundamentam, à Srª Procuradora da República Raquel Branquinho P. M. Nascimento, informando-lhe que a matéria ora tratada refere-se à solicitação de informações objeto do Acórdão 195/2007 - TCU-Plenário.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada em virtude da não aprovação da prestação de contas dos recursos atinentes ao Convênio MA/SDR 11/1997, celebrado entre a União, por intermédio do então Ministério da Agricultura e do Abastecimento, e o Instituto Brasileiro de Frutas - Ibraf, com vistas à realização de estudos para o planejamento do desenvolvimento da fruticultura irrigada nos estados de Alagoas, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, em apoio ao Programa de Apoio e Desenvolvimento da Fruticultura Irrigada no Nordeste (peça 1, p. 4-13).

2.1. A execução do objeto foi orçada no valor de R\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil reais), a serem integralmente supridos pela União, em parcela única. A importância em questão foi transferida, em favor do Ibraf, por intermédio da 97OB02112, emitida em 11/12/1997 (peça 7, p. 60) e creditada, na conta específica, em 16/12/1997 (peça 5, p. 10).

2.2. Por intermédio da Portaria 612, de 29/12/1998, foi instituída Comissão de Processo Administrativo Disciplinar no âmbito do Ministério da Agricultura, a fim de que fossem analisados os convênios 15/97, 4/98, 6/97, 11/97, 32/97, 8/98, 12/97, 12/98, 13/98, 16/98, 10/97, 15/98 e 9/97, em função de indícios, identificados em trabalho investigativo preliminar (Comissão de Avaliação - Portaria SDR/MA 157, de 23/10/98), que davam conta da inexecução do objeto dos ajustes e da aplicação diversa dos recursos em relação ao previsto no plano de trabalho, assim como de que poderia estar havendo privilégio de terceiros, a saber, as empresas Marketing Coop. Ltda. e Hecta Consultoria e Administração Ltda., mediante contratações indevidas e previamente acertadas com o conveniente. Especificamente com o Instituto Brasileiro de Frutas - Ibraf, foram firmados quatro convênios totalizando R\$ 3,09 milhões.

2.3. Nesta tomada de contas especial, foram citados solidariamente pela integralidade do débito o sr. Fernando Brendaglia de Almeida, o Ibraf e a empresa Marketing Coop Ltda.

2.4. O Sr. Fernando Brendaglia de Almeida foi responsabilizado pelas seguintes irregularidades:

a) realização de convite em vez de tomada de preços, em desacordo com os limites determinados no artigo 23 da Lei 8.666/93, e não divulgação do certame no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação, ficando comprometido o princípio da ampla divulgação;

b) terceirização dos serviços, tendo em vista que, dos recursos repassados, 100% foram destinados à empresa Marketing Coop. Ltda.;

c) não discriminação dos serviços prestados na nota fiscal em favor da empresa mencionada no item anterior;

d) não houve credenciamento da entidade junto ao Confea/Crea, tendo em vista essa investidura de tamanha envergadura;

e) no Plano de Trabalho constam 7 temas/capítulos, enquanto que na prestação de contas constam 17;

f) exercício ilegal da profissão de engenheiro agrônomo, pois a empresa Marketing Coop. Ltda. não possui cadastro ou visto do Crea estadual, em desacordo com as disposições do artigo 6º, letra ‘a’, combinado com os artigos 59, 60, 61, 68, 69 e 71 da Lei 5.194, de 24/12/1966;

g) muitas das transcrições dos segmentos de teses ou publicações percorridas no corpo dos produtos estão desprovidas de observações às fontes referenciais ou, mesmo quando alegadas, em alguns produtos, não encontramos essas fontes citadas nas referenciais literárias;

h) projeto/estudo sem definição dos objetivos a serem alcançados, justificativas para sua elaboração, plano de metas proposto com o fim de atingir o objetivo, uma metodologia que contemple o envolvimento dos beneficiários, um cronograma de execução e uma planilha de custos;



i) falta de qualidade técnica do produto, considerando que o projeto/estudo não revela a participação de equipes especializadas. O produto se constitui apenas numa coletânea de dados públicos de diversas publicações;

j) no produto observado, algumas das repetições/reproduções, parciais ou totais, contêm os mesmos erros de grafia e concordância, ainda que apresentem o disfarce de variação, do tamanho da letra (fonte), variação em negrito, quebra de página, geminação de letras minúsculas com maiúsculas ou colocação em outro capítulo;

l) não constam da prestação de contas os relatórios técnicos de andamento de execução do objeto e sua conclusão, conforme pactuado na Cláusula Terceira - Das Obrigações, inciso II, letra 'e', que poderia confirmar se o público-alvo de 5.400 beneficiários diretos ou 15.000 indiretos foi atingido;

m) na prestação de contas não constam os contratos dos consultores com suas respectivas credenciais, inclusive ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnica), como também o relatório técnico em andamento da execução do objeto e sua conclusão, conforme pactuado na Cláusula Terceira - Das Obrigações, inciso II, letra 'e' do convênio, com o que se poderia comprovar a contratação dos referidos técnicos e a execução do objeto;

n) o Sr. Moacyr Saraiva Fernandes, Vice-Presidente do Ibraf, compõe a equipe técnica da empresa Marketing Coop. Ltda., como evidenciam os documentos anexos;

o) indícios de que o produto gerado com a aplicação dos recursos do convênio em questão já teria sido faturado anteriormente, pois, como evidenciam os documentos anexos, no curriculum vitae do Sr. Moacyr Saraiva Fernandes consta relacionado em sua experiência profissional que foi o executor dos Planos Diretores para o Sistema Agroalimentar das Grutas para nortear as ações de desenvolvimento da fruticultura irrigada nos Estados da Bahia, Maranhão e Pernambuco.

2.5. No âmbito desta Corte, foi decidido, por meio do Acórdão 1114/2017 – Plenário, transcrito anteriormente, julgar irregulares as contas do Sr. Fernando Brendaglia de Almeida, do Instituto Brasileiro de Frutas - Ibraf e da empresa Marketing Coop. Ltda, condenando-os solidariamente ao pagamento do débito.

2.6. Inconformado com o **decisum**, o responsável Fernando Brendaglia de Almeida interpôs recurso de reconsideração (peça 40), objeto do presente exame.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 41), ratificado pelo Ministro-Relator (peça 43), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1114/2017 – TCU – Plenário em relação ao recorrente e aos responsáveis com ele condenados em solidariedade, com fundamento nos artigos 277, I, e 278, caput e § 1º, do Regimento Interno do TCU.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso verificar a regularidade na aplicação dos recursos federais geridos pelo recorrente (peça 40).

5. Da regularidade das contas

5.1. O recorrente argui pela regularidade na aplicação dos recursos federais por ele geridos, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a contratação da empresa Marketing Coop aconteceu devido ao fato de ser a mesma conhecida nacionalmente no ramo da elaboração de projetos desta natureza, foi, por questões óbvias, a melhor selecionada entre as três convidadas para a execução do objeto do convênio em questão, o qual autorizava a terceirização do serviço;

b) não há qualquer ilegalidade na licitação sob a modalidade de convite ou encaminhamento de carta para três empresas, sem a necessidade de publicação de ato no diário oficial;

c) o objeto do convênio foi cumprido na sua totalidade e em estrita observância ao plano de trabalho e aos termos da avença firmada, com a correta aplicação dos recursos públicos destacados para tanto, o que inclusive incrementou a exportação da fruticultura brasileira, não tendo acarretado qualquer tipo de prejuízo financeiro para o concedente;

d) o motivo da não aprovação das contas pelo ordenador de despesas não foi de ordem técnica-financeira, mas sim como decorrência de desavença política havida entre o ordenador de despesas-Secretário de Desenvolvimento Rural e o Secretário Executivo do referido Ministério, que buscavam maior domínio na autorização de convênios, como também para desviar a atenção às supostas irregularidades administrativas havidas em outros convênios, especialmente os relacionados com a criação de cavalos de raça;

e) o senhor Secretário de Desenvolvimento Rural — Murilo Flores — instituiu uma comissão de sindicância que culminou em Processo Administrativo Disciplinar, onde os membros do colegiado processante



foram todos escolhidos pelo aludido gestor, os quais, com flagrante parcialidade, procuraram jogar por terra todo o trabalho realizado na Fruticultura Irrigada do Nordeste, com a produção de um famigerado relatório final, que desviando do seu objetivo precípua sequer apontou qualquer irregularidade praticada por parte de algum servidor público nos convênios de fruticultura, limitando-se a levantar as ocorrências, objeto das presente peça recursal, totalmente infundadas;

f) a prestação de contas em questão chegou a ser aprovada. No entanto, por ter sofrido gravíssima ingerência de parte do ordenador de despesas e da aludida comissão, começaram a modificar sucessivamente os entendimentos firmados e consolidados até que foi instituída uma comissão técnica para tentar conferir legalidade às escusas intenções de parte do ordenador de despesas.

Análise

5.2. Não prosperam as alegações aqui apresentadas. O recorrente não adentrou no mérito sobre as irregularidades apuradas e nem mesmo apresentou novos elementos comprovando o suposto cumprimento do objeto do convênio. Outrossim, as alegações de defesa já foram contempladas, em sua essência, nos pontos realçados no relatório fundamentador do Acórdão ora vergastado (peça 18, p. 9-10).

5.3. Não merece guarida a alegação de que as contas foram aprovadas. Tanto o relatório de tomada de contas quanto o controle interno concluíram pela irregularidade das contas (peça 7, p. 91). Ademais, ainda que o conveniente ou o controle interno se manifestasse favoravelmente sobre as contas prestadas, tais manifestações não vinculariam o TCU. De acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da Administração Pública, permitindo concluir de forma diferente, porém, fundamentada. Como manifestado no Acórdão 2.105/2009–TCU-1ª Câmara, relatado pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça, “O TCU possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União”.

5.4. Quanto às alegações do recorrente nas quais aduz regularidade no uso da modalidade convite e na contratação da empresa Marketing Coop, vale consignar que não há respaldo documental ou legal para tomar por verdadeiras as meras alegações do recorrente destituídas de comprovação.

5.5. Para a execução dos serviços, quando a contratação ocorreu por meio de procedimento licitatório, a empresa em questão deveria ter sido contratada, no mínimo, mediante a realização de tomada de preços, não de convite, pois, de acordo com as disposições da Lei 8.666/1993, o valor-limite para convite, à época, era de R\$ 38.550,49, nos termos da Portaria/MARE 449, de 13/3/1997. Por consequência, ao realizar a modalidade convite, o recorrente também afrontou o princípio da publicidade, uma vez que, se tivesse realizado a tomada de preços, o certame seria publicado no diário oficial e em jornais de grande circulação, o que poderia ensejar mais interessados no certame. Outrossim, a modalidade licitatória utilizada, feriu, também, o princípio da competitividade, que é essência da licitação.

5.6. Por oportuno, registre-se que foi constatada a existência de irregularidades comuns aos outros dois convênios (MA/SDR 032/1997 e 004/1998), os quais também realizaram a modalidade de convite ao invés de tomada de preços.

5.7. Cabe ressaltar que a presente TCE faz parte do total de quatro processos de Tomada de Conta Especial, instauradas contra o mesmo responsável, inclusive, o TC 016.005/2001-6, relativo ao Convênio 006/97, já julgado pelo Acórdão 1293/2003 - Primeira Câmara, que decidiu pela irregularidade das contas, aplicando ao responsável a multa no valor de R\$ 10.000,00, em razão de diversas irregularidades, entre as quais consta a contratação da empresa Marketing Coop Ltda. sob inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, sem comprovação de exclusividade.

5.8. Nesta Corte de Contas foram realizadas análises com o fim de verificar a regularidade da utilização de recursos públicos federais. O responsável foi devidamente citado (peça 7, p.123 e 127) e apresentou suas alegações de defesa (peça 8, p. 2-16).

5.9. Naquela oportunidade, esta Corte averiguou todas as evidências circunstanciadas nos autos, e identificou diversas irregularidades, tais como desobediência às disposições da Lei 8.666/1993, uma vez que não respeitou o valor limite para realização de convite, que à época era de R\$ 38.550,49. Ademais, entre outras irregularidades, identificou a terceirização dos serviços, já que o Ibraf subcontratou integralmente a execução do objeto com a empresa Marketing Coop Ltda. Diante dessas constatações, mostra-se desarrazoada a alegação de que a reprovação das contas tenha origem em desavença política.

5.10. Ao assinar o termo de convênio, o responsável, na condição de diretor presidente do Ibraf, tinha conhecimento de sua obrigação legal de cumprir o objeto pactuado, nos termos do plano de trabalho, além de prestar contas dos recursos públicos geridos.



5.11. A multiplicidade de falhas e irregularidades avaliadas em conjunto, além da repetição de algumas delas já apontadas em outros convênios são fundamentos suficientes para a irregularidade das contas e a condenação pelo débito ao responsável.

CONCLUSÃO

6. Em face das análises anteriores, conclui-se que:

a) a empresa Marketing Coop deveria ter sido contratada, no mínimo, mediante a realização de tomada de preços, não de convite, pois, de acordo com as disposições da Lei 8.666/1993, o valor-limite para convite, à época, era de R\$ 38.550,49, nos termos da Portaria/MARE 449, de 13/3/1997;

b) a multiplicidade de falhas e irregularidades avaliadas em conjunto, além da repetição de algumas delas já apontadas em outros convênios são fundamentos suficientes para a irregularidade das contas e a condenação pelo débito ao responsável.

6.1. Assim, os elementos apresentados pelo recorrente não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

6.2. O advogado solicita que todas as intimações e notificações sejam dirigidas ao seguinte endereço: SQSW 104, Bloco E, Apartamento 608, Setor Sudoeste, Brasília/DF, CEP. 70.670-405.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar ao recorrente e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso de Reconsideração merece ser conhecido, eis que adimplidos os requisitos aplicáveis à espécie, de conformidade com os arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.

2. Como visto no Relatório precedente, trata-se de processo de Tomada de Contas Especial instaurada em face da não aprovação da prestação de contas dos recursos transferidos mediante o Convênio MA/SDR 11/1997, celebrado entre o então Ministério da Agricultura e do Abastecimento e o Instituto Brasileiro de Frutas - Ibraf, objetivando a “*realização de estudos para o planejamento do desenvolvimento da fruticultura irrigada nos estados de Alagoas, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, em apoio ao Programa de Apoio e Desenvolvimento da Fruticultura Irrigada no Nordeste*”, no valor de R\$ 1.150.000,00.

3. Nesta etapa recursal, o recorrente intenta infirmar sua responsabilização, alegando, resumidamente, a regularidade na aplicação dos recursos federais, consoante os seguintes argumentos: i) a contratação da empresa Marketing Coop. Ltda. teria ocorrido por ser conhecida nacionalmente em projetos e fora selecionada entre três convidadas para a execução do objeto do convênio, o qual autorizava a terceirização do serviço; ii) não haveria ilegalidade na licitação sob a modalidade de convite ou encaminhamento de carta para 03 empresas, sem a necessidade de publicação de ato no diário oficial; iii) o objeto do convênio teria sido cumprido na sua totalidade, observando-se o plano de trabalho e os termos da avença; iv) o motivo da não aprovação das contas pelo ordenador de despesas não teria sido de ordem técnica-financeira, mas em face de desavença política entre o ordenador de despesas (Secretário de Desenvolvimento Rural) e o Secretário-Executivo do Ministério, v) o Secretário de Desenvolvimento Rural teria instituído comissão de sindicância com membros escolhidos em parcialidade, produzindo relatório final levantando ocorrências infundadas; vi) a prestação de contas teria sido inicialmente aprovada, mas por ingerência do ordenador de despesas e da comissão sindicante foram modificados os entendimentos sobre o processo.

4. O exame empreendido pela Secretaria de Recursos refutou, com propriedade, todos os argumentos apresentados, pugnando pela correta responsabilização do ex-gestor no aresto condenatório e afastando as alegações apresentadas.



5. Com efeito, assiste razão à unidade técnica, cujas instruções acolho como razões de decidir, incorporando-o às minhas razões de decidir, e entendo que o recurso não merece prosperar, devendo ser mantido o juízo pela irregularidade das contas.

6. Consoante bem esclarecido pela unidade instrutiva, “o recorrente não adentrou no mérito sobre as irregularidades apuradas e nem mesmo apresentou novos elementos comprovando o suposto cumprimento do objeto do convênio”.

7. Em acréscimo, a Serur esclareceu que a contas sequer foram aprovadas, como alegado, eis que o relatório de tomada de contas e do controle interno concluíram pela irregularidade (peça 7, p. 91), ademais de que, ainda que o conveniente ou o controle interno se manifestassem favoravelmente sobre as contas, tais manifestações não vinculariam a decisão do TCU sobre o processo.

8. Quanto às demais alegações, carecem de respaldo documental e de comprovação, como bem informado na instrução de mérito do recurso.

9. Por fim, conforme comprovado nos autos, o recorrente, na condição de Diretor Presidente do Ibraf, era a pessoa responsável pelo dever legal de prestar contas dos recursos federais repassados e de comprovar a regularidade na execução do objeto pactuado.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2075/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 006.773/2002-9.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração.
3. Recorrente: Fernando Brendaglia de Almeida (CPF 051.558.488-65).
4. Órgãos/Entidades: Instituto Brasileiro de Frutas – Ibraf (64.709.983/0001-12); Marketing Coop. Ltda. (00.974.484/0001-70).
- 4.1. Interessado: Ministério da Agricultura e do Abastecimento.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos.
8. Representação legal: Pedro Eloi Soares (OAB/RJ 52.318 e OAB/DF 1586-A).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Recurso de Reconsideração interposto por Fernando Brendaglia de Almeida em face do Acórdão 1.114/2017 - Plenário, por meio do qual suas contas foram julgadas irregulares, com condenação em débito, tendo em vista a não aprovação da prestação de contas dos recursos recebidos mediante o Convênio MA/SDR 11/1997;

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

9.1. com fundamento nos art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, e art. 285, **caput**, do Regimento Interno/TCU, conhecer do Recurso de Reconsideração para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a deliberação recorrida;

9.2. dar ciência do presente acórdão ao recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2075-34/19-P.

13. Especificação do quórum:



13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 012.643/2005-4.

Natureza: Relatório de Auditoria.

Órgãos/Entidades: Furnas Centrais Elétricas S.A.

Responsáveis: Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Aristides Leite França (CPF 308.775.557-53), Breno Marinho Junqueira (CPF 275.150.957-68), Carlos Alberto Nunes de Freitas (CPF 462.931.167-04), Celso Ferreira (CPF 011.553.507-15), Clóvis Harly de Deus Ribeiro (CPF 029.305.688-95), Dimas Fabiano Toledo (CPF 100.434.467-87), Expedito Carlos Barsotti (CPF 060.209.778-97), Fernando Sá de Sá Rego (CPF 160.900.207-53), Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), Jose Roberto Cesaroni Cury (CPF 773.129.538-91), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49), José Reginaldo de Castro Domingos (CPF 145.517.646-04), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), Lucimar Altomar Güttler (CPF 385.252.837-20), Luiz Antônio Buonomo de Pinho (CPF 796.018.717-72), Luiz Carlos dos Santos (CPF 043.738.808-59), Luiz Fernando Silva de Magalhães Couto (CPF 098.637.967-00), Luiz José Bacha Rizzo (CPF 632.961.797-04), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Marcos Henrique Souza de Magalhães (CPF 433.479.087-91), Mario Jorge Toschi Lima Rocha (CPF 370.077.697-72), Mauro Arantes Júnior (CPF 006.879.457-63), Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (CPF 316.283.207-10), Márcio Flório (CPF 310.819.327-91), Paulo Cezar Travassos de Mello Vaz (CPF 535.950.847-72), Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), Rodrigo Botelho Campos (CPF 449.009.456-68), Rogerio Brant Martins Chaves (CPF 296.968.287-72), Rosangela Rodrigues (CPF 714.512.507-20), Rui Costa Van Der Putt (CPF 742.489.528-15), Tadeu Rigo (CPF 613.363.199-68), Vanderlei Mário Muniz (CPF 360.774.107-72), Vera Christina Beiruth Prado (CPF 667.362.857-04) e M.I. Montreal Informática Ltda. (CNPJ 42.563.692/0001-26).

Representação Legal: Antonio Henrique Medeiros Coutinho (OAB/DF 34.308), Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073), Douglas Fernandes de Moura (OAB/DF 24.625), Eduardo Rodrigues Lopes (OAB/DF 29.283), Eduardo Stênio Silva Sousa (OAB/DF 20.327), João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A), Luís Justiniano de Arantes Fernandes (OAB/DF 2.193/A), Mabel Lima Tourinho (OAB/DF 16.486), Paulo Roberto Gomes (CPF 352.325.877-49) e outros.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. IRREGULARIDADES REFERENTES À DIGITALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS. APLICAÇÃO DE MULTA A ALGUNS RESPONSÁVEIS, UM DELES FALECIDO ANTES DA DELIBERAÇÃO APENATÓRIA. NULIDADE EM FACE DO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DA PENA. MULTA TORNADA INSUBSISTENTE DE OFÍCIO. EXPEDIÇÃO DE QUITAÇÃO A OUTROS RESPONSÁVEIS, EM FACE DO RECOLHIMENTO DAS MULTAS QUE LHES FORAM IMPUTADAS NESTES AUTOS.

RELATÓRIO

Início este Relatório transcrevendo, com alguns ajustes de forma e fundamentado no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei 8.443, de 16/7/1992, parte da instrução elaborada no âmbito da Secretaria do TCU no Estado do Rio de Janeiro (SEC-RJ) e autuada como peça 808:



“1. Cuidam os autos de Relatório de Auditoria em razão de irregularidades constatadas na gestão da estatal Furnas Centrais Elétricas S.A., conforme registrado no Relatório de Auditoria para subsidiar os trabalhos da ‘CPMI dos Correios’, da ‘CPMI do Mensalão’ e da ‘CPI dos Bingos’ no âmbito do Congresso Nacional.

2. Em Decisão de mérito foram arbitradas multas aos responsáveis arrolados no polo passivo dos autos, nos termos do Acórdão 100/2013-TCU-Plenário (peça 15, p. 41-54), reformado por meio de embargos de declaração pelo Acórdão 711/2014-TCU-Plenário (peça 516) e por Pedido de Reexame pelo Acórdão 1.227/2017-TCU-Plenário (peça 724), e corrigido materialmente pelo Acórdão 12/2015-TCU-Plenário (peça 690), **in verbis**:

Acórdão 100/2013-TCU-Plenário

(...)

9.7. **aplicar aos Srs. Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91) e Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78)**, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, conjug. c/ art. 268, inc. II, do Regimento Interno/TCU, no valor de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**, em decorrência da não observância aos arts. 2º, 41, 54, §1º, 60, parágrafo único, e 66 da Lei nº 8.666/1993, quando da gestão dos Contratos 13.883 e 15.334, celebrados entre Furnas Centrais Elétricas S.A. e M.I. Montreal Informática Ltda.;

(...)

9.8.1. **Sr. José Pedro Rodrigues de Oliveira** (CPF 003.945.136-49), ex-Diretor-Presidente de Furnas Centrais Elétricas S.A., com base no art. 58, incisos II, III, VI e VII da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 268, incisos II, III, VI e VII do RI/TCU, **no valor de R\$ 10.000,00** (dez mil reais), em razão das seguintes ocorrências:

(...)

9.8.5. **Sr. Heitor Herberto Sales** (CPF 164.111.377-49), ex-Diretor de Administração e Suprimentos, com base com base no art. 58, inciso III, da Lei nº 8.443/92, c/c art. 268, inciso III, do RI/TCU, **no valor de R\$ 4.000,00** (quatro mil reais), (...);

(...)

9.8.7. **Sr. Marcelo Brandão Carneiro** (CPF 487.661.517-91), responsável pela coordenação da licitação CO.DAQ.G 009.2004 e chefe do Departamento de Aquisição - DAQ.G, com base no art. 58, inciso II da Lei nº 8.443/92, c/c art. 268, inciso II do RI/TCU, **no valor de R\$ 7.500,00** (sete mil e quinhentos reais), em razão das seguintes ocorrências:

(...)

9.8.10. **Sr. Roberto Mendonça Mansur** (CPF 276.916.167-91), Superintendente de Recursos Humanos, com base no art. 58, incisos VI e VII da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 268, incisos VI e VII do RI/TCU, **no valor de R\$ 5.000,00** (cinco mil reais), em razão das seguintes ocorrências:

(...)

Acórdão 1227/2017-TCU-Plenário

(...)

9.7. **alterar** o valor da multa arbitrada a **José Pedro Rodrigues de Oliveira** por meio do subitem 9.8.1 do Acórdão 100/2013 - Plenário, que **passa a ser de R\$ 6.500,00** (seis mil e quinhentos reais);

9.8. **alterar** o valor da multa arbitrada a **Roberto Mendonça Mansur** por meio do subitem 9.8.10 do Acórdão 100/2013 – Plenário, que **passa a ser de R\$ 3.340,00** (três mil, trezentos e quarenta reais);

(...)

3. Os responsáveis recolheram na integralidade as multas que lhes foram imputadas, conforme fazem prova as consultas ao Sistema SISGRU e respectivos Demonstrativos de Débitos, especificado na tabela:

Responsável	Item - Deliberação	Con sulta SISGRU	Demonstr ativo de Débito
Ailton Gomes Monteiro Filho	Item 9.7 do Ac. 100/2013- P	Peça 796, p. 1-3	Peça 797
Marcelo Brandão Carneiro	Item 9.7 do Ac. 100/2013- P	Peça 798	Peça 799
Julio Cezar de Cacio	Item 9.7 do Ac. 100/2013- P	Peça 800	Peça 801
José Pedro Rodrigues	Item 9.8.1 do Ac.		



de Oliveira	100/2013-P, minorado pelo item 9.7 do Ac. 1227/2017-P	Peça 802	Peça 803
Marcelo Brandão Carneiro	Item 9.8.7 do Ac. 100/2013-P	Peça 804	Peça 805
Roberto Mendonça Mansur	Item 9.8.10 do Ac. 100/2013-P, minorado pelo item 9.8 do Ac. 1227/2017-P	Peça 806	Peça 807

4. Em atendimento ao Acórdão condenatório, esta Secretaria buscou promover a notificação de Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), entretanto, informação juntada aos autos, obtida em diligência ao Cartório da 5ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca do RJ (peça 777), revelou que o responsável havia falecido (Certidão de Óbito na peça 779, p.2).

5. Consta da referida certidão que o falecimento do Sr. Heitor Herberto Sales ocorreu em 29/1/2006, anterior, portanto, à data da prolação do acórdão condenatório, em 30/1/2013.

6. Em situações como a que ora se examina, em que a morte do responsável ocorre após a citação, mas antes do trânsito em julgado do acórdão condenatório, esta Corte de Contas tem decidido no sentido de que os herdeiros do falecido passam a ocupar a posição do **de cujus** na tomada de contas especial, assumindo o processo no estado em que se encontra, não havendo a necessidade da repetição das fases processuais já atingidas pela preclusão (Acórdão 4.035/2010-TCU-2ª Câmara; Acórdão 8.661/2011-TCU-2ª Câmara).

7. Assim, a obrigação de reparar o dano deverá recair sobre o espólio ou herdeiros, de acordo com o disposto no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal.

8. No tocante à multa, o tema foi disciplinado com a edição da Resolução TCU nº 235, de 15 de setembro de 2010, com os procedimentos a serem observados quando do falecimento de responsável.

O mencionado normativo, em seu art. 4º, dispõe:

Art. 4º O art. 3º da Resolução-TCU nº 178, de 24 de agosto de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação para as alíneas ‘e’ e ‘f’ do inciso I e com os acréscimos dos parágrafos 1º e 2º:

§ 1º (...)

§ 2º O Tribunal, mediante proposta do relator, da unidade técnica ou do Ministério Público, poderá rever, de ofício, o acórdão em que houver sido aplicada multa a gestor que tenha falecido antes do trânsito em julgado da deliberação.

9. Ante o exposto, submeto os autos à consideração superior, e com base na delegação de competência concedida pela Portaria – Secex/RJ n. 1/2016, propondo encaminhar os autos ao Gabinete do Ministro-Relator, Aroldo Cedraz, por intermédio da Douta Procuradoria, com a seguinte proposta:

a) rever de ofício o Acórdão 100/2013-TCU-Plenário, para tornar insubsistente a multa aplicada em seu item 9.8.5 ao responsável Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), em razão de seu falecimento antes do trânsito em julgado do acórdão condenatório;

(...)”

2. Adicionalmente, a SEC-RJ propõe, com fundamento no art. 27 da Lei 8.443, de 16/7/1992, c/c o art. 218 do Regimento Interno do TCU, que seja dada quitação aos responsáveis Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49) e Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), em face dos recolhimentos das multas que lhes foram imputadas neste processo de Auditoria.

3. Essa proposta de encaminhamento contou com a anuência do titular da referida unidade técnica regional, conforme parecer acostado à peça 809 dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Segundo se depreende do Relatório precedente, aprecia-se, nessa oportunidade, proposta apresentada pela Secretaria do TCU no Estado do Rio de Janeiro (SEC-RJ) às peças 808 e 809 com vistas a tornar insubsistente a multa de R\$ 4.000,00 aplicada ao Sr. Heitor Herberto Sales pelo



Acórdão 100/2013-TCU-Plenário (peça 15, p. 41-54) com fundamento no art. 58, inciso III, da Lei 8.443, de 16/7/1992 (subitem 9.8.5 da aludida deliberação).

2. Em respaldo a essa proposição, a unidade técnica regional junta aos autos informação obtida em diligência ao Cartório da 5ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca do Rio de Janeiro, revelando que aquele responsável havia falecido em 29/1/2006 (certidão de óbito autuada como peça 779, p. 2), ou seja, muito antes da prolação do acórdão condenatório, em 30/1/2013.

3. Como fundamentação jurídica de sua proposta, a SEC-RJ faz alusão à Resolução-TCU 178, de 24/8/2005, cujo art. 3º, § 2º, com a redação dada pela Resolução-TCU 235, de 15/9/2010, dispõe que “O Tribunal, mediante proposta do relator, da unidade técnica ou do Ministério Público, poderá rever, de ofício, o acórdão em que houver sido aplicada multa a gestor que tenha falecido antes do trânsito em julgado da deliberação.”

4. Na condição de sucessor do relator **a quo**, eminente Ministro Raimundo Carreiro, acolho a sugestão da unidade instrutiva, o que faço pelas razões por ela aduzidas à peça 808, não me parecendo necessário tecer considerações adicionais.

5. Igualmente digna de acolhida a proposta de se expedir quitação aos Srs. Ailton Gomes Monteiro Filho, Marcelo Brandão Carneiro Julio Cezar de Cacio, José Pedro Rodrigues de Oliveira e Roberto Mendonça Mansur, em face do recolhimento das multas que lhes foram imputadas neste processo de Auditoria.

6. Informe-se, por fim, que o Sr. Luiz Antônio Buonomo de Pinho, inconformado com a rejeição de seu Pedido de Reexame (peça 537) pelo Acórdão 1.227/2017-TCU-Plenário (peça 724), da relatoria do nobre Ministro José Múcio Monteiro, interpôs novo recurso de apelação (peça 770) contra a pena que lhe foi imposta pelo Acórdão 100/2013-TCU-Plenário (subitem 9.8.12; peça 15, p. 47-48).

7. Esse novo apelo foi objeto de análise preliminar pela Secretaria de Recursos (Serur) quanto à admissibilidade (peças 782 a 784), estando pendente o pronunciamento do relator **ad quem**. Diante disso, e considerando que o Ministro Raimundo Carreiro, sucessor do Ministro José Múcio Monteiro na relatoria do feito em sede de apelação, foi o relator da deliberação original, há que se sortear outro ministro para examinar o novo recurso em comento, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2076/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 012.643/2005-4.

2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.

3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Responsáveis: Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Aristides Leite França (CPF 308.775.557-53), Breno Marinho Junqueira (CPF 275.150.957-68), Carlos Alberto Nunes de Freitas (CPF 462.931.167-04), Celso Ferreira (CPF 011.553.507-15), Clóvis Harly de Deus Ribeiro (CPF 029.305.688-95), Dimas Fabiano Toledo (CPF 100.434.467-87), Expedito Carlos Barsotti (CPF 060.209.778-97), Fernando Sá de Sá Rego (CPF 160.900.207-53), Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), Jose Roberto Cesaroni Cury (CPF 773.129.538-91), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49), José Reginaldo de Castro Domingos (CPF 145.517.646-04), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), Lucimar Altomar Güttler (CPF 385.252.837-20), Luiz Antônio Buonomo de Pinho (CPF 796.018.717-72), Luiz Carlos dos Santos (CPF 043.738.808-59), Luiz Fernando Silva de Magalhães Couto (CPF 098.637.967-00), Luiz José Bacha Rizzo (CPF 632.961.797-04), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Marcos Henrique Souza de



Magalhães (CPF 433.479.087-91), Mario Jorge Toschi Lima Rocha (CPF 370.077.697-72), Mauro Arantes Júnior (CPF 006.879.457-63), Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (CPF 316.283.207-10), Márcio Flório (CPF 310.819.327-91), Paulo Cezar Travassos de Mello Vaz (CPF 535.950.847-72), Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), Rodrigo Botelho Campos (CPF 449.009.456-68), Rogerio Brant Martins Chaves (CPF 296.968.287-72), Rosangela Rodrigues (CPF 714.512.507-20), Rui Costa Van Der Putt (CPF 742.489.528-15), Tadeu Rigo (CPF 613.363.199-68), Vanderlei Mário Muniz (CPF 360.774.107-72), Vera Christina Beiruth Prado (CPF 667.362.857-04) e M.I. Montreal Informática Ltda. (CNPJ 42.563.692/0001-26).

4. Órgãos/Entidades: Furnas Centrais Elétricas S.A.

5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria do TCU no Estado do Rio de Janeiro (SEC/RJ).

8. Representação Legal: Antonio Henrique Medeiros Coutinho (OAB/DF 34.308), Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073), Douglas Fernandes de Moura (OAB/DF 24.625), Eduardo Rodrigues Lopes (OAB/DF 29.283), Eduardo Stênio Silva Sousa (OAB/DF 20.327), João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A), Luís Justiniano de Arantes Fernandes (OAB/DF 2.193/A), Mabel Lima Tourinho (OAB/DF 16.486), Paulo Roberto Gomes (CPF 352.325.877-49) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Auditoria realizada em Furnas Centrais Elétricas S.A., com o objetivo de subsidiar os trabalhos das Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito denominadas “CPMI dos Correios” e “CPMI do Mensalão”, bem como da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal denominada “CPI dos Bingos”;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 27 da Lei 8.443, de 16/7/1992, combinado com o art. 218 do Regimento Interno/TCU, e no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 278, parágrafo único, da Lei 13.105, de 16/3/2015, com o art. 174 do Regimento Interno do TCU e com o art. 3º, § 2º, da Resolução-TCU 178, de 24/8/2005, em:

9.1. rever de ofício o Acórdão 100/2013-TCU-Plenário, para tornar insubsistente a multa aplicada em seu item 9.8.5 ao responsável Heitor Herberto Sales (CPF 164.111.377-49), eis que esse responsável havia falecido antes de ser proferida a mencionada deliberação;

9.2. expedir quitação em favor dos Srs. Ailton Gomes Monteiro Filho (CPF 046.859.627-53), Marcelo Brandão Carneiro (CPF 487.661.517-91), Julio Cezar de Cacio (CPF 297.136.507-78), José Pedro Rodrigues de Oliveira (CPF 003.945.136-49) e Roberto Mendonça Mansur (CPF 276.916.167-91), tendo em vista o recolhimento das multas que lhes foram imputadas nestes autos de Auditoria;

9.3. dar ciência dessa decisão aos herdeiros do Sr. Heitor Herberto Sales e aos responsáveis arrolados no subitem 9.2 **supra**;

9.4. remeter os autos à Secretaria das Sessões para que seja sorteado relator do novo Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Luiz Antônio Buonomo de Pinho (peça 770).

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2076-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carneiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.



GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 022.454/2019-5.

Natureza: Administrativo.

Órgãos/Entidades: Administração Pública Federal (Diversos).

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Representação Legal: não há.

SUMÁRIO: ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE FISCALIZAÇÃO COM FOCO EM SISTEMAS INFORMACIONAIS CRÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. AÇÃO ENQUADRADA EM UMA DAS LINHAS DE AÇÃO VIGENTES DO PLANO DE CONTROLE EXTERNO DO TCU EM CURSO, ALÉM DE SE ENCONTRAR EM CONFORMIDADE COM OS NORMATIVOS DESTA CORTE DE CONTAS APLICÁVEIS À MATÉRIA. FISCALIZAÇÃO AUTORIZADA.

RELATÓRIO

Com alguns ajustes de forma e fundamentado no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei 8.443, de 16/7/1992, adoto como Relatório o parecer elaborado no âmbito da Coordenação-Geral de Controle Externo de Gestão de Processos e Informações (Copin) e autuado como peça 4:

“Trata-se de proposta de fiscalização encaminhada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti), natureza Levantamento, com objetivo de identificar os sistemas informacionais críticos da Administração Pública Federal (APF) e elaborar um mapa de risco associado às unidades técnicas detentoras da clientela a ser utilizado no planejamento das ações de controle. Pretende-se, também, levantar a capacidade de fiscalização das unidades com foco nos sistemas e prospectar estratégias a serem desenvolvidas e/ou implementadas pela Segecex frente aos desafios mapeados.

(...)

3. A Sefti encaminhou a Proposta de Fiscalização nº 1749 (peça 3) conforme orientação da Resolução-TCU 269, de 25/3/2015, inclusive as justificativas expressas quanto aos quesitos risco, oportunidade, materialidade e relevância (...):

(...)

4. Observa-se que a ação de controle, ora proposta pela Sefti, está inserida no Sistema Planejar (nº 42) e consta no Plano Operacional Segecex 2019-2021, classificada como meta no indicador ‘Outras Ações C.E.’.

5. A proposta de fiscalização está alinhada com o Plano Estratégico do TCU 2019-2025 (...).

(...)

8. Em razão de ocorrência de conflito de competência entre relatores de processos, tendo em vista que a ação proposta tem como objetivo potencial fiscalizar vários órgãos da APF, nos termos do art. 34 da Resolução-TCU 175/2005, está sendo encaminhado o presente processo à Secretaria das Sessões (Seses) para sorteio de relator e demais providências daquela unidade.

9. Desta forma, o Termo de Distribuição de Processo (peça 2) deve ser desconsiderado, em razão do relator indicado, Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, ter sob sua responsabilidade, conforme a LUJ para o biênio 2019-2020, a Lista 2, que não agrega, segundo o escopo da proposta, todos os órgãos a serem fiscalizados.

10. Considerando os requisitos da proposta, (...), bem como se encontrar em conformidade com as orientações contidas na Resolução-TCU 269/2015 c/c a Portaria-Segecex 14, de 29/10/2014, tendo em vista, ainda, a conveniência e o enquadramento ao Plano Operacional Segecex 2019-2021 e ao Plano Estratégico 2019-2025, propõe-se a aprovação da proposta da unidade técnica.

11. Solicita-se que o processo seja restituído, posteriormente, a esta Coordenação-Geral, para adoção das providências pertinentes.”

É o Relatório.

VOTO

Conforme se depreende do Relatório precedente, trata-se de proposta de fiscalização, na modalidade de Levantamento, apresentada à peça 3 pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti), com objetivo de (i) identificar os sistemas informacionais críticos da Administração Pública Federal (APF), (ii) elaborar um mapa de risco associado às unidades técnicas detentoras da clientela a ser utilizado no planejamento das ações de controle, (iii) levantar a capacidade de fiscalização das unidades com foco nos sistemas e (iv) prospectar estratégias a serem desenvolvidas e/ou implementadas pela Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex) ante os desafios mapeados.

2. No parecer autuado como peça 4, a Coordenação-Geral de Controle Externo de Gestão de Processos e Informações (Copin) se diz favorável à realização da fiscalização em tela, considerando que a proposta se encontra em conformidade com as orientações contidas na então vigente Resolução-TCU 269, de 25/3/2015, combinada com a Portaria-Segecex 14, de 29/10/2014, e que os requisitos da proposta são compatíveis com os esforços previstos pela unidade proponente para a realização da ação de controle.

3. Trata-se de tema sensível e merecedor de especial atenção por parte do TCU. Conforme restou consignado nos autos, o uso de sistemas informacionais computadorizados pelos órgãos e entidades da APF desempenha importante papel no provimento de serviços públicos para os cidadãos, além de apoiar fluxos de trabalho dos gestores e subsidiar a tomada de decisões desses agentes e de autoridades.

4. Além disso, como circunstância que justifica, em termos de oportunidade, a ação fiscalizatória em tela, foi apontado o fato de que não há informação disponível acerca dos sistemas críticos da APF que possa orientar o planejamento de fiscalizações ou mesmo o planejamento a cargo dos gestores, que se veem impossibilitados de atuar na prevenção objetiva de riscos.

5. Adicionalmente, esclarece a Sefti em sua proposição (peça 3) que entre os desafios do planejamento das ações de controle do Tribunal se encontra a alocação dos recursos limitados dentre tantas possibilidades de atuação do controle externo, de maneira mais efetiva e que resulte em maiores benefícios para a sociedade. Dessa forma, a produção de um mapa de riscos de sistemas informacionais permitirá conhecer os sistemas críticos da APF de forma a contribuir para a definição de uma estratégia de atuação das unidades técnicas sobre os sistemas a partir do conhecimento da capacidade fiscalizatória e dos riscos mapeados.

6. Compartilho da percepção de que a identificação de sistemas críticos e o mapeamento dos riscos envolvidos, diante de um universo cada vez maior de objetos de controle, caracteriza a ação fiscalizatória em tela como de interesse não só do Governo Federal, mas também dos cidadãos, sendo estes interessados, quase sempre, os usuários finais dos serviços e das informações constantes dos sistemas informacionais que ora se propõe auditar.

7. Embora a proposta de Levantamento em análise se enquadre em uma das linhas de ação vigentes do Plano de Controle Externo do TCU em curso, o que me permitiria autorizá-la mediante despacho fundamentado no § 4º do art. 17 da Resolução-TCU 308, de 13/2/2019, optei por submetê-la ao Plenário para que, atendendo ao requisito previsto no art. 15, inciso I, alínea “j”, do Regimento Interno/TCU, ela possa abranger todos e quaisquer órgãos e entidades da União.

Ante o exposto, por considerar que a proposta de ação em análise se mostra pertinente e oportuna, além de se encontrar em conformidade com os normativos desta Corte de Contas aplicáveis à matéria, em especial com a Resolução-TCU 308/2019, que revogou a Resolução-TCU 269/2015, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2077/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.454/2019-5.



2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Administrativo.
3. Interessado: Tribunal de Contas da União.
4. Órgãos/Entidades: Administração Pública Federal (Diversos).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de proposta de auditoria;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. autorizar que seja realizada a ação fiscalizatória proposta pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) com a concordância da Coordenação-Geral de Controle Externo de Gestão de Processos e Informações (Copin);

9.2. restituir os presentes autos à referida Coordenação-Geral para adoção das providências a seu cargo.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2077-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 022.596/2013-5 [Aposos: TC 003.662/2017-9, TC 022.180/2016-8, TC 016.363/2016-7, TC 001.421/2015-8]

Natureza: I Embargos de declaração (Denúncia)

Órgão/Entidade: Universidade Federal do Paraná

Responsáveis: Luiz Carlos da Silva (171.801.209-87); Paulo Roberto Rocha Kruger (186.859.949-34); Universidade Federal do Paraná (75.095.679/0001-49); Zaki Akel Sobrinho (359.063.759-53); Álvaro Pereira de Souza (600.130.019-49)

Interessado: Identidade Preservada (art. 55, Caput, da Lei N. 8.443/1992) (019.164.077-81)

Representação legal: Claudismar Zupiroli (12250/OAB-DF), representando Zaki Akel Sobrinho; Fausto Pereira de Lacerda Filho (5491/OAB-PR) e outros, representando Luiz Carlos da Silva e Paulo Roberto Rocha Kruger.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO E EXECUÇÃO CONTRATUAL DE OBRAS. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME. NEGATIVA DE PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÕES E PROVIDÊNCIAS POSTERIORES À DECISÃO. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. AUSÊNCIA DAS ALEGADAS OMISSÕES. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Transcrevo, a seguir, o parecer de mérito (peças 274), o qual contou com a anuência do corpo diretivo da Serur (peça 275):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos por Zaki Akel Sobrinho (peça 219) contra o Acórdão 1406/2018-Plenário (peça 188), da relatoria do ministro Aroldo Cedraz.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1 conhecer do pedido de reexame de Zaki Akel Sobrinho, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. conhecer dos recursos de Paulo Roberto Rocha Krüger e Luiz Carlos da Silva, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;

9.3. alterar a tabela com os valores das multas constantes do item 9.4 do Acórdão 2.665/2015-Plenário – confirmado pelo Acórdão 1242/2016-Plenário, para o seguinte, mantendo-se inalterados os demais dispositivos da decisão recorrida:

Responsável	Cargo - Período	Valor
Zaki Akel Sobrinho	Reitor	15.000,00
Paulo Roberto Rocha Krüger	Pró-Reitor de Administração: 1/1/2009 a 28/3/2013	10.000,00
Luiz Carlos da Silva	Diretor de Infraestrutura	5.000,00

9.4. dar ciência desta deliberação ao denunciante, retirando a chancela de sigilo dos autos.

HISTÓRICO

2. Trata-se de denúncia formulada nos termos do artigo 234 do Regimento interno/TCU, dando notícia de diversas irregularidades praticadas na Prefeitura da Cidade Universitária (PCU) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), relativas aos procedimentos de licitação e acompanhamento da execução contratual dos serviços de construções/ampliações e reforma em unidades dos *campi* da Universidade.

2.1. Após realização de audiência dos ora recorrentes, restaram não elididas as seguintes irregularidades:

a) Zaki Akel Sobrinho, Reitor:

– execução concomitante de obras, de forma parcelada, ante a indisponibilidade de recursos financeiros para a execução total de cada obra, bem como a ausência de continuidade na execução das demais parcelas das obras do Bloco de Educação Física e do Anexo do Departamento de Química, paralisadas desde o ano de 2011, e que permanecem abandonadas, sem que haja previsão de se alocar valores para sua conclusão, não obstante tenham sido destinados recursos para realização de diversas outras obras, contrariando o disposto no art. 19, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.919/2013 (LDO 2014), c/c o art. 19, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.708/2012 (LDO 2013) e com o art. 21, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.465/2011 (LDO 2012) e na Lei Complementar 101/2000, arts. 15 e 16 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

b) Paulo Roberto Rocha Krüger, Pró-Reitor de Administração da UFPR no período de 1/1/2009 a 28/3/2013:

b.1) execução concomitante de obras, de forma parcelada, ante a indisponibilidade de recursos para a execução total de cada obra, bem como a ausência de continuidade na execução das demais parcelas das obras do Bloco de Educação Física e do Anexo do Departamento de Química, concluídas no ano de 2011, e que permanecem abandonadas, sem que haja previsão de recursos para sua conclusão, não obstante tenham sido destinados recursos para realização de diversas outras obras, contrariando o disposto no art. 19, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.708/2012 (LDO 2013), c/c o art. 21, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.465/2011 (LDO 2012) e na Lei Complementar 101/2000, arts. 15 e 16 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

b.2) realização de procedimentos licitatórios e contratação de empresa para a execução das obras do Restaurante Universitário do *Campus* Botânico com base em projeto básico utilizado nas obras do Restaurante Universitário do *Campus* Politécnico, sabidamente deficiente e inadequado, em desconformidade com o disposto no art. 6º, inciso IX, e 7º da Lei 8.666/1993, haja vista que as falhas e deficiências de projeto verificadas na execução das obras do *Campus* Politécnico não foram corrigidas, que não foram realizadas as adaptações necessárias ao projeto em razão das características específicas do local de implantação do novo empreendimento e sem que houvesse autorização de replicação dos projetos concedida pelos autores dos projetos originais, bem como a apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) específica para o



novo local, em desconformidade com o art. 3º da Resolução 1.025/2009 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea);

b.3) realização de procedimentos licitatórios e contratação de empresa para a execução das obras do Bloco V do *Campus* Palotina com base em projeto básico utilizado nas obras do Bloco IV do mesmo *Campus*, sabidamente deficiente e inadequado, em desconformidade com o disposto no art. 6º, inciso IX, e 7º da Lei 8.666/1993, haja vista que já se tinha conhecimento de que haveria necessidade de alterações nos projetos arquitetônicos e complementares (elétrica, GLP, ar condicionado, etc.), sem que houvesse sido realizado levantamento topográfico e sondagem geológica do terreno e sem que houvessem recursos disponíveis aprovados, procedimento licitatório e contratação para a reutilização dos projetos;

b.4) celebração de termos aditivos aos Contratos 79/2009, 259/2010 e 271/2010 em desconformidade com o previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993 e no Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, considerando que a metodologia de cálculo utilizada pela UFPR não considerou as reduções e supressões de forma isolada, mas compensando os valores acrescidos com os suprimidos, caracterizando a inobservância dos limites de alterações contratuais estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 para os Contratos 79/2009 e 259/2010.

c) Luiz Carlos da Silva, Diretor de Infraestrutura da Prefeitura da Cidade Universitária da UFPR a partir de 23/9/2011:

c.1) realização de procedimentos licitatórios e contratação de empresa para a execução das obras do Bloco V do *Campus* Palotina com base em projeto básico utilizado nas obras do Bloco IV do mesmo *Campus*, sabidamente deficiente e inadequado, em desconformidade com o disposto no art. 6º, inciso IX, e 7º da Lei 8.666/1993, haja vista que já se tinha conhecimento de que haveria necessidade de alterações nos projetos arquitetônicos e complementares (elétrica, GLP, ar condicionado, etc.), sem que houvesse sido realizado levantamento topográfico e sondagem geológica do terreno e sem que houvessem recursos disponíveis aprovados, procedimento licitatório e contratação para a reutilização dos projetos;

c.2) celebração de termos aditivos aos Contratos 79/2009, 259/2010, 271/2010 e 104/2012 em desconformidade com o previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993 e no Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, considerando que a metodologia de cálculo utilizada pela UFPR não considerou as reduções e supressões de forma isolada, mas compensando os valores acrescidos com os suprimidos, caracterizando a inobservância dos limites de alterações contratuais estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 para os Contratos 79/2009 e 259/2010.

d) Presidente da Comissão de Licitações do Departamento de Serviços Gerais, da Pró-Reitoria de Administração, quanto aos requisitos de comprovação de qualificação técnico-profissional, nos procedimentos licitatórios destinados à realização de obras de engenharia, no âmbito da Prefeitura da Cidade Universitária (PCU/UFPR), mediante a exigência de certidão de acervo técnico de pessoa jurídica com registro no CREA ou CAU, em desconformidade com o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 55 da Resolução 1.025 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), a exemplo do verificado nas obras do Anexo do Departamento de Química (Edital n. 36/2010-PCU/CL) e do Laboratório Integrado de Genética Humana (Edital n. 56/2010-PCU/CL).

2.2. As razões de justificativa dos responsáveis foram rejeitadas, redundando na prolação do Acórdão 2665/2015-Plenário (peça 90).

2.3. Contra essa decisão, Paulo Roberto Rocha Krüger e Luiz Carlos da Silva opuseram embargos de declaração (peça 94 e 99, respectivamente), que foram rejeitados por meio do Acórdão 1242/2016-Plenário (peça 143).

2.4. Ainda contra o Acórdão 2665/2015-Plenário, Zaki Akel Sobrinho, Paulo Roberto Rocha Krüger e Luiz Carlos da Silva interpuseram pedidos de reexame (peças 138, 162 e 163, respectivamente). Mediante o Acórdão 1406/2018-Plenário (peça 188) foi negado provimento ao primeiro dos referidos recursos, e dado provimento parcial aos outros dois, para efeito de reduzir a multa aplicada aos responsáveis. i

2.5. Nesse passo processual, Zaki Akel Sobrinho opõe embargos declaratórios contra o Acórdão 1406/2018-Plenário.

ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade à peça 270 concluiu por conhecer dos embargos de declaração, suspendendo-se os efeitos do item 9.1 do acórdão recorrido.

MÉRITO

4. Omissão



4.1. O embargante alega omissão da decisão recorrida, por não ter levado em conta os fatos e documentos ora encaminhados. Nesse sentido, aduz que:

a) o embargante apresenta fatos e documentos que provam que mesmo as obras tidas por inconclusas estão sendo concluídas e em breve servirão à comunidade, do mesmo modo como o embargante fez com obras de seus antecessores; (peça 219, p. 2)

b) após a interposição do pedido de reexame, em 9/12/2015, ocorreram fatos capazes de afastar os fundamentos que embasaram a aplicação da multa, demonstrados com a documentação ora juntada, capazes de sustentar o afastamento da penalidade; tais documentos são: (peça 219, p. 2-3)

b.1) determinação do embargante para a retomada da obra do prédio de Educação Física ainda em 2016; o Memorando 614/2016-SUINFRA (peça 219, p. 32-37) detalha o histórico da obra e da retomada da obra, providências tomadas em atendimento ao Acórdão 2665/2015-TCU-Plenário, como se pode ler no início da documentação (peça 219, p. 12); nesta mesma documentação (peça 129, p. 41) consta despacho manuscrito do embargante datado de março de 2012 em que alerta para o fato de que o montante necessário para a sua construção era muito elevado e que, por isso, a PROPLAN deveria fazer gestões junto ao Ministérios dos Esportes ou outras fontes alternativas de Recursos;

b.2) determinação do embargante para que fossem tomadas as providências para a retomada da Obra do Bloco da Química, também em cumprimento das determinações contidas no Acórdão 2665/2015-TCU (peça 219, p. 45);

b.3) alocação pelo MEC dos recursos necessários para conclusão total do prédio da Educação Física, o qual ficará pronto em fevereiro de 2019, como se pode ver do Extrato de Contrato publicado no DOU de 25/1/2018 (peça 219, p. 56); bem como do Bloco 1 do prédio da Química (obras que estão sendo retomadas com recursos assegurados); da mesma forma que o embargante concluiu nada menos do que cinco obras iniciadas pelas gestões que sucedeu;

c) desde a reunião realizada em 16/3/2016, o embargante determinou que fossem tomadas providências para a retomada da obra do prédio da Educação Física; esta determinação foi acatada e procedida pela Superintendência de Infraestrutura, tendo em vista que foram acolhidas as observações emanadas do Acórdão 2665/2015-TCU (vide menção textual no ofício 363/2016-SUINFRA, de 13/7/2016 (peça 219, p. 12); (peça 219, p. 3)

d) o embargante gestionou a liberação de recursos junto ao MEC para priorizar esta obra (peça 219, p. 16-17), medida que constitui prova cabal do compromisso do embargante com a continuidade desta obra e materializa-se com a aprovação do projeto básico e autorização para abertura do processo licitatório, com a devida alocação de R\$ 1.478.365,83 em 25/8/2016 (peça 219, p. 25) para a conclusão do telhado; (peça 219, p. 3)

e) este fato jamais foi avaliado por esta Corte de Contas, caracterizando omissão capaz de ser sanada pelos presentes embargos, tudo em nome dos princípios da busca da verdade material e do formalismo moderado; ou ainda com base no que dispõe o art. 285 do Regimento Interno da Corte. (peça 219, p. 3)

f) a obra somente foi realizada após o término da gestão do embargante, de modo que não se pode manter a penalidade aplicada diante de realidade que fugia ao seu raio de competência e atuação/gestão; mas esta iniciativa contribuiu para que, na sequência, a Administração da UFPR fizesse gestões junto ao MEC para liberação dos recursos necessários para a finalização deste prédio, que se encontra em estágio avançado de trabalhos e será entregue à comunidade da Universidade em fevereiro de 2019; (peça 219, p. 4)

g) na mesma direção, o embargante envidou todos os esforços para concluir o prédio da Química, sendo que a UFPR recebeu em 9/7/2018 a informação do MEC da alocação de R\$ 5,3 milhões para a conclusão do Bloco 01 daquele edifício, que terá suas obras retomadas ainda este ano; (peça 219, p. 5)

h) dessa forma, caracteriza-se a continuidade administrativa natural nas gestões que se sucedem no comando das Universidades Federais no Brasil; (peça 219, p. 5)

i) no acórdão condenatório, bem como no que julgou o pedido de reexame, foi totalmente desconsiderado o brutal corte de recursos de capital no orçamento da UFPR nos exercícios de 2014, 2015 e 2016, chegando a 50% do seu total nestes anos; esta situação foge totalmente ao controle do gestor e, nesse contexto, seria absolutamente compreensível que no encerramento de sua gestão tivessem ficado inconclusas apenas duas (duas dentre mais de 30) e que em breve estarão em pleno funcionamento; (peça 219, p. 6)

j) pelos princípios da busca da verdade real e do formalismo moderado, pode-se dar efeitos infringentes aos presentes embargos para o fim de tornar sem efeito o acórdão embargado e, assim, afastar a multa imposta,

sob pena de se manter no mundo jurídico decisão desproporcional que, à luz da verdade dos fatos, pode ser caracterizada como materialmente injusta; (peça 219, p. 7)

k) diante da nova documentação e da demonstração de que dentre mais de trinta obras realizadas ou concluídas pelo embargante em sua gestão, remanescendo inconclusas apenas duas, que agora estão sendo concluídas, e dadas as condições em que os fatos aconteceram, não era exigível do embargante outra conduta; não se poderia exigir que tivesse agido diversamente; (peça 219, p. 9)

l) não seria exigível outra conduta que não a de iniciar e dar andamento a obras necessárias à comunidade acadêmica, buscando incessantemente os recursos financeiros necessários à sua conclusão; (peça 219, p. 9)

m) o “homem médio” na situação do embargante não teria tido outra conduta; (peça 219, p. 9)

n) analisados todos os elementos acima delineados, bem como a documentação ora acostada, em grande parte posterior ao acórdão embargado, e objeto do pedido de reexame, e especialmente considerando a quantidade de obras realizadas pelo embargante e que as duas únicas que restaram inconclusas ora estão sendo concluídas sem prejuízo ao erário e em benefício da comunidade, é de se concluir que a multa imposta ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; (peça 219, p. 10)

o) no caso em análise, não se pode admitir a possibilidade de apenação exagerada do embargante que agiu sempre assessorado pelas áreas técnicas da Universidade e visando o bem comum da comunidade acadêmica da UFPR; (peça 219, p. 10)

p) requer-se o julgamento das contas como regulares, ainda que com ressalvas, e acaso assim não se conclua, a redução significativa do valor da multa. (peça 219, p. 10)

Análise

4.2. Uma simples leitura das alegações demonstra que os embargos apenas tangenciam os elementos condenatórios expressos na decisão recorrida. E como é cediço:

É descabido o manejo de embargos de declaração para apontar contradição entre o acórdão recorrido e outras deliberações do TCU ou para discutir questões que não foram levantadas anteriormente. Embargos declaratórios se prestam a sanar eventual omissão (referente a questões relevantes trazidas pelas partes e não abordadas pelo relator), obscuridade (dificuldade no entendimento do texto da deliberação que torne incompreensível o comando imposto ou a manifestação de vontade do Tribunal) ou contradição (afirmação conflitante na fundamentação da decisão ou entre esta e a conclusão alcançada pelo relator). (Acórdão 1035/2019-Plenário, relator: Walton Alencar Rodrigues).

4.3. No caso vertente, o objeto dos embargos diz respeito a ações posteriores à decisão recorrida, tanto tendentes a concluir obras inconclusas à época da decisão, como a dar continuidade às obras iniciadas pelo ora embargante. Nesse sentido, as alegações e documentos apresentados caberiam melhor num processo de monitoramento ou acompanhamento, se tivesse havido determinação deste Tribunal nesse sentido.

4.4. Além disso, o fato de este Tribunal haver apenado o gestor pelo início de obras sem a garantia dos recursos necessários não significa que já se tinha tais obras por inservíveis e impassíveis de continuidade. Fosse esse o caso, aos gestores teria sido imputado o débito correspondente aos recursos despendidos até então. Evidentemente, seria de esperar do gestor médio a continuidade das obras, a despeito de se terem elas se iniciado sem garantias dos recursos. Assim, as alegações e documentos no sentido de ter dado continuidade às obras do Bloco de Educação Física não elidem as constatações que motivaram a condenação do ora embargante.

4.5. Conforme visto, embargos de declaração não se prestam a discutir questões não levantadas anteriormente, mas a sanar omissão, obscuridade ou contradição presentes na própria decisão embargada.

4.6. Como omissão, o embargante alega o fato de este Tribunal jamais ter avaliado o fato de que o embargante obteve a liberação de recursos para a conclusão do telhado do prédio da Educação Física. Ocorre que as alegadas gestões em busca de recursos, segundo informações do próprio embargante, somente ocorreram em 2016, quando a decisão condenatória deste Tribunal é de 2015, de modo que não há que se falar em omissão pelo fato de não ter sido tratada questão que não tinha sido levada ao conhecimento deste Tribunal e que sequer tinha ocorrido à época da decisão. Ademais, o fato de o embargante haver obtido recursos adicionais posteriormente à sua condenação não altera a imputação que lhe foi feita e que constituiu fundamento da condenação, isto é, execução concomitante de obras, sem garantia dos recursos necessários, contrariando leis de diretrizes orçamentárias de 2012 a 2014, e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

4.7. Também não há omissão na alegação de que as decisões deste Tribunal desconsideraram “o brutal corte de recursos de capital no orçamento da UFPR” (peça 219, p. 6). Uma vez que a imputação feita ao ora embargante diz respeito ao início de obras sem a conclusão das já iniciadas, e sem a garantia de recursos suficientes para a conclusão, o corte de recursos, ainda mais de forma reiterada de ano a ano, constitui agravante



à conduta do ora embargante, na medida em que seria uma razão a mais para não iniciar novas obras nesse contexto.

4.8. Ainda sobre esse ponto, tem-se no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 190, p. 5):

5.6. Com efeito, o cerne da questão não diz respeito aos valores, mas ao planejamento e a execução das obras. Segundo o relator *a quo*, “a gestão dos recursos e dos contratos relativos aos serviços de construções/ampliações e reforma em unidades dos *campi* da Universidade tem se demonstrado ineficiente, antieconômica e com sérios problemas de planejamento, o que acarretou uma série de irregularidades”, entre as quais “gestão deficiente dos recursos a serem destinados a obras, iniciando novas obras sem recursos suficientes e deixando outras já iniciadas sem conclusão” (peça 91, p. 2, item 8). O Relator *a quo* considerou “este quadro da mais alta gravidade”, pois “denota o mau aproveitamento dos recursos públicos destinados a obras, que permanecem inconclusas, não podem ser usufruídas pela população e vão se deteriorando com o tempo” (peça 91, p. 2, item 9). (g.n.)

4.9. Ante o exposto, considerando que as alegações e documentos apresentados dizem respeito a ações e providências adotadas posteriormente ao acórdão recorrido, não dizendo respeito aos fundamentos da condenação do embargante; e considerando ainda que as supostas omissões suscitadas pelo recorrente não procedem, deve-se rejeitar os embargos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

5. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos embargos e, no mérito, rejeitá-los;
- b) dar ciência aos embargantes e demais interessados.”

É o Relatório.

VOTO

Conforme exposto no relatório precedente, cuidam-se de embargos de declaração opostos por Zaki Akel Sobrinho contra o Acórdão 1406/2018-Plenário, o qual, entre outras medidas, conheceu de seu pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento.

2. Cabe mencionar, que a supracitada decisão foi tomada no âmbito de processo de denúncia dando notícia de diversas irregularidades praticadas na Prefeitura da Cidade Universitária (PCU) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), relativas aos procedimentos de licitação e acompanhamento da execução contratual dos serviços de construções/ampliações e reforma em unidades dos *campi* da Universidade.

3. No caso do recorrente, restou não elidida irregularidade concernente à execução concomitante de obras, de forma parcelada, ante a indisponibilidade de recursos financeiros para a execução total de cada obra, bem como a ausência de continuidade na execução das demais parcelas das obras do Bloco de Educação Física e do Anexo do Departamento de Química, paralisadas desde o ano de 2011, e que permanecem abandonadas, sem que haja previsão de se alocar valores para sua conclusão, não obstante tenham sido destinados recursos para realização de diversas outras obras, contrariando o disposto no art. 19, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.919/2013 (LDO 2014), c/c o art. 19, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.708/2012 (LDO 2013) e com o art. 21, inciso I, alínea “b”, e inciso II, da Lei 12.465/2011 (LDO 2012) e na Lei Complementar 101/2000, arts. 15 e 16 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

4. Em síntese, o embargante alega omissão da decisão recorrida, por não ter levado em conta os fatos e documentos ora encaminhados.

5. Ao analisar os novos fatos encaminhados, a unidade técnica verificou que “o objeto dos embargos diz respeito a ações posteriores à decisão recorrida, tanto tendentes a concluir obras inconclusas à época da decisão, como a dar continuidade às obras iniciadas pelo ora embargante.”.

6. Assim, na decisão recorrida, a qual incorpora o relatório da unidade técnica, restou claro que não houve imputação de débito ao recorrente em face de obras inservíveis, mas sim a reprimenda

pecuniária por deficiências no planejamento que ocasionaram a paralisação de obras, o que, por si só, já ocasiona um prejuízo a comunidade universitária que deixou de usufruir daquele patrimônio durante o período paralisado. Ilustram bem esse ponto as seguintes considerações da unidade técnica:

4.4. Além disso, o fato de este Tribunal haver apenado o gestor pelo início de obras sem a garantia dos recursos necessários não significa que já se tinha tais obras por inservíveis e impassíveis de continuidade. Fosse esse o caso, aos gestores teria sido imputado o débito correspondente aos recursos despendidos até então. Evidentemente, seria de esperar do gestor médio a continuidade das obras, a despeito de se terem elas se iniciado sem garantias dos recursos. Assim, as alegações e documentos no sentido de ter dado continuidade às obras do Bloco de Educação Física não elidem as constatações que motivaram a condenação do ora embargante.

4.5. Conforme visto, embargos de declaração não se prestam a discutir questões não levantadas anteriormente, mas a sanar omissão, obscuridade ou contradição presentes na própria decisão embargada.

4.6. Como omissão, o embargante alega o fato de este Tribunal jamais ter avaliado o fato de que o embargante obteve a liberação de recursos para a conclusão do telhado do prédio da Educação Física. Ocorre que as alegadas gestões em busca de recursos, segundo informações do próprio embargante, somente ocorreram em 2016, quando a decisão condenatória deste Tribunal é de 2015, de modo que não há que se falar em omissão pelo fato de não ter sido tratada questão que não tinha sido levada ao conhecimento deste Tribunal e que sequer tinha ocorrido à época da decisão. Ademais, o fato de o embargante haver obtido recursos adicionais posteriormente à sua condenação não altera a imputação que lhe foi feita e que constituiu fundamento da condenação, isto é, execução concomitante de obras, sem garantia dos recursos necessários, contrariando leis de diretrizes orçamentárias de 2012 a 2014, e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

4.7. Também não há omissão na alegação de que as decisões deste Tribunal desconsideraram “o brutal corte de recursos de capital no orçamento da UFPR” (peça 219, p. 6). Uma vez que a imputação feita ao ora embargante diz respeito ao início de obras sem a conclusão das já iniciadas, e sem a garantia de recursos suficientes para a conclusão, o corte de recursos, ainda mais de forma reiterada de ano a ano, constitui agravante à conduta do ora embargante, na medida em que seria uma razão a mais para não iniciar novas obras nesse contexto.

7. Ressalto, ainda, que a decisão embargada trouxe, ainda, análise da situação específica do referido gestor no que toca as questões embargadas:

6. Os três primeiros argumentos, trazidos pelo então Reitor Zaki Akel Sobrinho, não merecem acolhida.

7. Os elementos constantes nos autos são suficientes para caracterizar um grave problema da gestão nacional: o elevado desperdício de recursos públicos. Um pequeno trecho dos achados da equipe de auditoria é suficiente para ilustrar, neste caso concreto, o descaso com a finalidade da aplicação dos recursos (peça 48, p. 13):

98. A existência de “esqueletos” de obras paralisadas desde 2011, os atrasos na conclusão de outras obras, assim como o início de obras novas sem que se providencie a prévia reserva de recursos orçamentários para a conclusão daquelas paralisadas, configuram claramente ineficiência da gestão dos recursos públicos, com inobservância da diretriz correspondente estabelecida nos PPAs e nas LDOs e infração ao disposto nos arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (g.n.)

8. De fato, a alegação de que os recursos para a consecução das obras eram insuficientes não resta devidamente caracterizada pelo recorrente. Apesar de ter ficado patente a indisponibilidade de recursos em montante suficiente para a execução total dos projetos elaborados pela UFPR e apresentados ao Ministério da Educação, houve a opção de execução parcial das obras, resultando em aparatos inservíveis à comunidade acadêmica.

9. Agrava a situação o fato de que se iniciaram novas obras com recursos do Reuni quando já era possível perceber a dificuldade financeira em conseguir concluir as já iniciadas. Os argumentos trazidos pelo então Reitor sobre a decisão, e a afirmada expectativa da comunidade acadêmica, no sentido de que fosse cumprido fielmente o planejamento proposto em gestão anterior quando já se sabia sobre a indisponibilidade de recursos para fazer frente aquele planejamento não elidem o fato de que cabia àquela autoridade, ao tomar conhecimento da situação, promover o replanejamento da utilização dos recursos do Reuni, propondo as modificações ao Conselho Universitário, bem como ao MEC, buscando garantir, assim, que, ao menos, parte das obras fossem concluídas e disponibilizadas à Universidade.

10. Como trazido pela unidade instrutiva:

6.4. Também infirma a alegação o fato de o ora recorrente haver aprovado monocraticamente o contrato para a construção de edifício de novo bloco do Curso de Educação Física, ad referendum do Conselho de



Planejamento e Administração da UFPR – COPLAD (peça 138, p. 91), colegiado do qual ele mesmo era o presidente (peça 138, p. 92-93).

11. Dessa forma, uma vez devidamente caracterizada a participação e a responsabilidade do então Reitor na execução das obras, sem que seja possível reconhecer a boa-fé, não se faz necessária a modificação da decisão.

8. Assim, entendo que os embargos de declaração visam a complementar e aclarar a decisão embargada, produzindo apenas efeito integrativo. Sem dúvida, a finalidade principal do recurso de declaração é permitir o acabamento do julgado, a fim de que sejam aclaradas as obscuridades, eliminadas as contradições e supridas as omissões passíveis de terem ocorrido na deliberação embargada. Dessa forma, a via estreita destinada a essa espécie recursal não se presta ao reexame da matéria na forma pretendida pelo recorrente.

9. À vista dessas considerações, anuindo e incorporando os pareceres da unidade instrutiva às minhas próprias razões de decidir, entendo que não assisti razão ao embargante, vez que ausentes os vícios alegados no acórdão recorrido. Rejeito, portanto, os embargos apresentados.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2078/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.596/2013-5.
 - 1.1. Aposos: 003.662/2017-9; 022.180/2016-8; 016.363/2016-7; 001.421/2015-8.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (Denúncia).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Identidade Preservada (art. 55, Caput, da Lei N. 8.443/1992) (019.164.077-81)
 - 3.2. Responsáveis: Luiz Carlos da Silva (171.801.209-87); Paulo Roberto Rocha Kruger (186.859.949-34); Universidade Federal do Paraná (75.095.679/0001-49); Zaki Akel Sobrinho (359.063.759-53); Álvaro Pereira de Souza (600.130.019-49).
 - 3.3. Recorrente: Zaki Akel Sobrinho (359.063.759-53).
4. Órgão/Entidade: Universidade Federal do Paraná.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Gestão de Processos (Seproc).
8. Representação legal:
 - 8.1. Claudismar Zupiroli (12250/OAB-DF), representando Zaki Akel Sobrinho.
 - 8.2. Fausto Pereira de Lacerda Filho (5491/OAB-PR) e outros, representando Luiz Carlos da Silva e Paulo Roberto Rocha Kruger.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se apreciam Embargos de Declaração opostos por Zaki Akel Sobrinho contra o Acórdão 1406/2018-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, rejeitá-los;
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante e aos demais interessados.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.



11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2078-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 033.673/2014-4 [Apenso: TC 029.240/2014-0]

Natureza: Atos de Admissão (revisão de ofício)

Órgão: Senado Federal

Interessada: Silvia Andrea Cupertino (780.127.161-00)

Representação legal: João Paulo Amaral Rodrigues (OAB-DF 24.867), representando Silvia Andrea Cupertino.

SUMÁRIO: ADMISSÃO. REGISTRO. VERIFICAÇÃO POSTERIOR DE QUE A INTERESSADA, DESCLASSIFICADA NA PRIMEIRA ETAPA DO RESPECTIVO CONCURSO PÚBLICO, TEVE SUA CONTINUIDADE NO CERTAME ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL DE CARÁTER PRECÁRIO, ATUALMENTE SEM EFICÁCIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. REVISÃO DE OFÍCIO DO ACÓRDÃO DESTA CORTE QUE CHANCELOU O ATO. RETORNO AO ESTADO ANTERIOR, SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO. SOBRESTAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), a qual contou com a anuência dos dirigentes da unidade técnica:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de ato de admissão de *Sílvia Andrea Cupertino*, servidora do Senado Federal desde 25/7/2014.

2. O referido ato foi apreciado pela legalidade por este Tribunal, mediante o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, de relatoria do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, na sessão de 27/1/2015 (peça 10).

3. A presente instrução tem como objetivo a reapreciação do ato de admissão da interessada, haja vista afronta ao ordenamento jurídico.

HISTÓRICO

4. Para um melhor entendimento dos fatos relativos à admissão da servidora em comento, cumpre transcrever parte da instrução elaborada por esta unidade técnica em setembro de 2018 (peça 24):

‘5. A Sra. *Silvia Andrea Cupertino* não havia sido classificada na primeira etapa (Provas Objetivas) do Concurso Público de Consultor Legislativo - Área de Consultoria e Assessoramento Legislativo, Especialidade: Assessoramento Legislativo, Subárea: Minas e Energia - e, portanto, segundos as regras do edital do certame, não estava apta a realizar a segunda etapa (Provas Escritas Discursivas).

6. Irresignada, impetrou ação ordinária (processo 001796588-2012.4.01.3400) alegando discrepância entre matéria abordada em questões inseridas na prova objetiva e o conteúdo programático previsto no edital regulador do certame. Na ocasião o pedido de antecipação de tutela

para que a candidata pudesse participar da segunda etapa do certame (provas discursivas) foi indeferido pelo juiz federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

7. Em face do aludido **decisum**, a interessada apresentou o Agravo de Instrumento 0023527-93.2012.4.01.0000/DF com pedido de efeito suspensivo, o qual foi deferido em 28/4/2012 (TC-029.240/2014-0, apenso a este processo, peça 5), assegurando somente a sua participação na segunda etapa do certame de forma que, após a realização dessa etapa e da avaliação de títulos, obteve aprovação e classificação final em 4º lugar para o cargo de Consultor Legislativo.

8. No âmbito administrativo, a interessada teve seu nome relacionado dentre os aprovados, na condição de candidata aprovada **sub judice**, no Ato n. 2.501, de 30/7/2012 (TC-029.240/2014-0, apenso a este processo, peça 4), tendo inclusive sido nomeada no dia 25/7/2014 (TC-029.240/2014-0, apenso a este processo, peça 1, p. 5).

9. Importa informar, ainda, que a servidora propôs, em 2014, outra ação ordinária – 0062200-72.2014.4.01.3400/DF – visando a anulação de uma das questões de língua portuguesa da prova objetiva.

10. Ocorre que em 28/10/2014 foi apresentada denúncia a este Tribunal acerca da existência de indícios de irregularidades na admissão da servidora, a qual foi juntada ao processo TC-029.240/2014-0, apenso a estes autos (peça 2 daquele processo).

11. No âmbito do referido processo, foram ouvidos a interessada e o Senado Federal, sendo prolatado o Acórdão 2.846/2015-Plenário (TC-029.240/2014-0, apenso a este processo, peça 28), também de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no qual constou determinação a esta Unidade Técnica para que:

‘1.8.1. nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, encaminhe ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, bem como à Consultoria Jurídica deste Tribunal, as informações necessárias ao acompanhamento da Ação Ordinária 0017965-88.2012.4.01.3400, em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, informando a este Tribunal acerca do deslinde da questão nela tratada;

1.8.2. promova, nos termos dos artigos 36 e 37 da Resolução-TCU 259/2014, o apensamento destes autos ao TC 033.673/2014-4, no qual foi proferido o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, que considerou legal o ato de admissão da Sra. Silvia Andrea Cupertino, na hipótese de a ação judicial informada no subitem precedente transitar em julgado desfavoravelmente à servidora, de modo a subsidiar a análise de eventual revisão de ofício desse acórdão.’

12. Após o decurso de um ano, sentença de primeiro grau (peça 15) no âmbito do processo 0062200-72.2014.4.01.3400/DF - prolatada em 13/9/2016 e com trânsito em julgado - declarou extinto o processo judicial sem resolução do mérito, não sendo sujeita a reexame necessário, uma vez que a servidora estava admitida no cargo e, portanto, estaria verificada a perda de interesse superveniente, já que não haveria objetivo a ser obtido por meio de ação judicial. No mesmo sentido foi proferida, em 10/4/2017, decisão judicial no processo 001796588-2012.4.01.3400/DF (peça 16).

13. Nada obstante, observa-se que a decisão, em 2012, relativa ao agravo de instrumento assegurava apenas a participação da interessada na segunda etapa do certame, e que a nomeação e posse da autora não decorreram de cumprimento de decisão judicial, mas foram promovidas por ato próprio da Administração Pública.

14. Importante transcrever trecho da aludida sentença do Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Presidente em plantão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) naquela oportunidade:

‘Não obstante os fundamentos da decisão agravada, verifico que se encontram evidenciados, na espécie, os pressupostos necessários aptos a autorizar a concessão da tutela cautelar pleiteada, de forma a possibilitar a participação da Recorrente na segunda etapa do concurso público descrito nos autos, **até que se defina acerca da legitimidade, ou não, da pretensão por ela deduzida nos autos principais, assegurando-se, assim, o resultado útil do julgamento a ser proferido, em caso do pleito ali formulado**’ (destaques acrescidos).



15. Em que pese não haver julgamento desfavorável à servidora, constata-se que também não há sentença final a beneficiando no sentido de assegurar, judicialmente, a sua admissão no cargo em questão. Também se observa que inexistente a verificação da legitimidade da pretensão da interessada suscitada pelo Presidente, na ocasião, do TRF1.

16. Esta unidade técnica, em consonância com o disposto no subitem 1.8.2 do Acórdão 2846/2015-Plenário, manteve o processo sobrestado. Contudo, recentemente, a Diretora-Geral do Senado Federal encaminhou à Sefip o Ofício 96/2018-DGER (peça 17), acompanhado da Recomendação 30/2018 (peça 18) expedida pelo Ministério Público Federal no âmbito do Inquérito Civil 1.16.000.003643/2014-01, para que este Tribunal tivesse ciência da situação e adotasse as providências de sua alçada, ante a peculiaridade do caso.

17. Em síntese, o **parquet** registrou, no referido documento, algumas considerações e recomendou ao Senado Federal que exonerasse do cargo de Consultor Legislativo a servidora Sílvia Andrea Cupertino até sentença que julgasse o mérito do pedido de tutela antecipada formulada pela interessada, reconhecendo seu direito à participação na segunda etapa do concurso público realizado em 2012 e, dessa forma, lhe concedendo a prerrogativa de nomeação.

18. Por conseguinte, a unidade jurisdicionada providenciou a abertura de processo administrativo, no qual a interessada exerceu o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Instada a se pronunciar, a Advocacia do Senado entendeu que a Recomendação 30/2018 não poderia ser acolhida administrativamente, enquanto não houvesse decisão judicial definitiva transitada em julgado desfavoravelmente à servidora, de modo a subsidiar a análise de eventual revisão de ofício desse acórdão, devido ao aperfeiçoamento do ato de admissão no âmbito do TCU. Ainda, na sua manifestação, a Advocacia do Senado consignou que o ato foi considerado legal por este Tribunal e que esta Corte rejeitou a denúncia apresentada contra a admissão de Sílvia Andrea Cupertino.

19. Ainda, quase que simultaneamente, o Ministério Público solicitou ao Secretário-Geral de Controle Externo a cópia do TC-029.240/2014-0 (processo de denúncia), para análise da regularidade da nomeação da interessada ao cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal (peça 19).

20. À vista dos fatos, esta unidade técnica buscou verificar a situação da Ação Ordinária 0017965-88.2012.4.01.3400, a qual, após apelação, foi remetida para a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) no mês de outubro de 2017. Contudo, mesmo decorrido quase um ano, aquele Tribunal ainda não se manifestou acerca do assunto, conforme é possível observar na movimentação daqueles autos (peça 21).’

5. Assim, considerando que o ato de admissão da interessada apresentava indícios de irregularidades, em razão de sua nomeação sem que houvesse sido aprovada na primeira fase do certame relativo ao cargo de Consultor Legislativo, tampouco nomeada com amparo em decisão judicial, esta Secretaria propôs a autorização de realização de novo exame no ato de admissão de Sílvia Andrea Cupertino, com vistas à verificação da ocorrência de violação à ordem legal que fundamenta a revisão de ofício do Acórdão 19/2015-1ª Câmara.

6. Após o devido sorteio efetuado pela Secretaria de Sessões deste Tribunal, o novo presidente deste processo, Exmo. Ministro Benjamin Zymler, proferiu despacho (peça 27) acolhendo a proposição desta unidade técnica com autorização de adoção das medidas pertinentes.

7. Por conseguinte, esta Unidade Técnica, após algumas tentativas frustradas (peças 28-33), enviou à Sra. Sílvia Andrea Cupertino o ofício de oitiva, por meio do Senado Federal, para que se manifestasse sobre os indícios de irregularidade. A interessada recebeu o referido documento em 22/11/2018 (peça 38, p. 4).

8. Por intermédio de seu procurador, a servidora solicitou prorrogação de prazo por 15 dias para se manifestar, com fulcro no parágrafo único do art. 183 do Regimento Interno do TCU, no intuito de a defesa técnica examinar tudo que constava nos autos, bem como relacionar documentos capazes de fundamentar plenamente sua manifestação (peça 42). Importa informar que a prorrogação do prazo foi autorizada e que a resposta de comunicação foi encaminhada tempestivamente (peça 44).



EXAME TÉCNICO

Resposta à oitiva

9. Por questão de clareza, cabe reproduzir a resposta de oitiva da interessada:

DAS PRELIMINARES

Preliminarmente, a Servidora manifesta sua inconformidade com o procedimento adotado pela Administração do Senado Federal, ao encaminhar a essa Corte de Contas o Ofício 96/2018-DGER, de 20/08/2018, reportando as providências adotadas por aquela Administração após o recebimento da Recomendação nº 30/2018, do 2º Ofício de Servidor Público e Concursos da Procuradoria da República no Distrito Federal, que, com base no Inquérito Civil nº 1.16.000.003643/2014-01, conduzido pelo procurador da República Carlos Bruno Ferreira da Silva, recomendou a revogação de seu ato de nomeação. Tal providência se mostra absolutamente desnecessária, pois era do conhecimento da Administração do Senado Federal que esse Tribunal já havia se manifestado sobre a matéria ao julgar o processo TC-029.240/2014-0, que tratou de denúncia idêntica àquela que gerou a Recomendação nº 30/2018. Naquele julgamento, esse Tribunal editou o Acórdão nº 2.846/2015 - TCU - Plenário, que considerou a denúncia anônima improcedente e determinou que o processo retromencionado fosse apensado ao processo no qual foi proferido o acórdão que considerou legal o ato de nomeação da Servidora e aguardasse o trânsito em julgado das ações que possibilitaram à Servidora participar do Concurso Público.

Ademais, entende que a Administração do Senado Federal, na instrução do processo nº 00200.013203/2017-66, aberto de ofício para tratar da Recomendação nº 30/2018, agiu contrário ao que determina a Constituição, as leis que regem os servidores públicos federais e a Súmula nº 20 do Supremo Tribunal Federal (STF), pois tem-se que SILVIA ANDREA CUPERTINO foi nomeada pela Portaria da Diretoria Geral nº 1.963, de 2014, publicada no BASF nº 5.523, Seção 2, de 25/07/2014, e no DOU, do mesmo dia, e seu estágio probatório foi homologado pela Portaria da SEGP nº 109, de 2017, publicada no BASF nº 6.293, Seção I, de 07/07/2017, o que garante à Servidora a estabilidade funcional de que trata o **caput** do art. 41 da Constituição Federal. Dessa forma, sua exoneração somente pode ser feita a pedido ou nos termos do rito determinado pelo § 1º do mesmo art. 41, que reza:

‘Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.’

A matéria é tratada, nos mesmos termos, pelos arts. 21 e 22 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos.

Trata-se de questão pacificada na jurisprudência pelo STF, nos termos da Súmula nº 20, que reza:

‘É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.’

Tal restou reconhecido pela própria Advocacia do Senado Federal, que assim se manifestou:

‘Ante o exposto, s.m.j., entendo que a Recomendação nº 30/2018 não pode ser acolhida administrativamente enquanto não houver decisão judicial definitiva transitada em julgado desfavoravelmente à servidora, de modo a subsidiar a análise de eventual revisão de ofício desse acórdão, devido ao aperfeiçoamento do ato de admissão no âmbito do TCU, que nesses termos o considerou legal e rejeitou a denúncia apresentada contra a admissão em causa’ (grifos no original).

Assim, temos que a Administração do Senado Federal, em seu intuito de atender a uma Recomendação do Ministério Público, de base frágil, como será amplamente demonstrado ao se abordar o mérito da matéria, não observou os trâmites previstos na Constituição Federal, no Regime



Jurídico dos Servidores Públicos e na legislação pertinente, optando por um arranjo processual que mais se assemelha a um regime de exceção onde um procurador, ao mesmo tempo, recebe uma delação anônima, instrui um processo sigiloso, apresenta uma denúncia a si mesmo e dita uma 'sentença' condenatória sem que qualquer acusado, em qualquer tempo, saiba de nada. Depois, envia esta 'sentença' espúria para que a Administração, sob ameaças de sanções legais, venha a cumpri-la.

DO MÉRITO

A Recomendação da Procuradoria da República no DF, baseada no Inquérito Civil nº 1.16.000.003643/2014-01, do qual não consta cópia no processo sobre o qual a Servidora ora se manifesta, é fundada em equívocos fáticos e interpretação errônea da tramitação dos processos judiciais que tramitam na Justiça Federal do DF e, em grau de apelação, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A Servidora, em 2012, quando da realização do Concurso Público para o preenchimento de cargos de Consultor Legislativo do Senado Federal, ajuizou ação ordinária, processo nº 0017965-88.2012.4.01.3400, tramitando na 22ª Vara Federal de Brasília (DF), com pedido de antecipação de tutela, para lhe garantir o direito de participar da segunda fase do concurso. A antecipação de tutela pedida foi indeferida, tendo a Servidora interposto Agravo de Instrumento perante a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, processo nº 0023527-93.2012.4.01.0000, e obtido a tutela antecipada para continuar sua participação no certame, onde obteve aprovação.

Quando os referidos processos ainda estavam em tramitação, a Servidora foi nomeada por ato regular da Diretoria Geral do Senado Federal, que foi julgado legal pelo Tribunal de Contas da União, conforme o Acórdão nº 19/2015-1ª Câmara. Posteriormente, quando da análise de denúncia anônima apresentada perante aquela Corte de Contas e cujo teor era o mesmo da apresentada perante a Procuradoria da República no DF, o TCU, nos autos do processo TC-029.240/2014-0, emitiu o Acórdão nº 2.846/2015-Plenário, que considerou a denúncia anônima improcedente e determinou que o processo retromencionado fosse apensado ao processo no qual foi proferido o acórdão que considerou legal o ato de nomeação da Servidora e aguardasse o trânsito em julgado das ações que possibilitaram a Servidora a participar do Concurso Público.

*Cabe aqui ressaltar que, em resposta a pedido de informações do TCU, para a instrução do processo TC-029.240/2014 (Denúncia), a Diretora-Geral do Senado Federal enviou correspondência dirigida ao Secretário-Geral de Controle Externo do TCU (Ofício nº 74/2015-DGER) informando que 'alguns candidatos **sub judice** foram nomeados após o esgotamento da lista de concursados aprovados que não estavam nessa condição, diante da persistência da necessidade e conveniência da Administração e, em outros casos, após a avaliação de probabilidade de vitória judicial nas ações que moveram contra a realizadora do concurso, para evitar o pagamento de indenizações, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (grifo nosso).*

De igual forma, o então Diretor-Geral do Senado Federal, Luiz Fernando Bandeira de Mello, exarou despacho, dirigido ao Advogado-Geral do Senado Federal, às fls. 26 do processo nº 0200.009609/2014-00, que trata da nomeação de Paulo Roberto Simão Bijos para o cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal, onde afirma:

'Em atendimento aos questionamentos da AGU, esta Diretoria-Geral esclarece que a nomeação do candidato mencionado supra decorreu de reconhecimento do pedido administrativo, considerando:

1) A decisão favorável em medida cautelar, assegurando ao candidato o direito de continuar participando do certame (cópia às fls. 24/25);

2) O princípio da autotutela, que norteia a Administração Pública em seus atos;

3) A conveniência e oportunidade de nomeação do candidato dentro do prazo de validade do concurso, conforme dispõe o art. 1º do Ato do Presidente nº 196 de 2011, que autorizou a realização de Concurso Público para preenchimento de cargos do Quadro de Pessoal do Senado Federal e constituiu comissão de servidores para organização do certame, publicado no Boletim Administrativo Eletrônico de Pessoal de 1611/2011;



4) A probabilidade de vitória judicial na ação movida contra a realizadora do concurso, com eventual pagamento de indenizações por parte da União ao candidato pelo período em que deveria ter exercido o cargo’.

Não restam dúvidas, portanto, que a Portaria nº 1.963, de 2014, da DGER, que nomeou a Servidora para o cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal, foi decorrente de reconhecimento de pedido administrativo no interesse e na conveniência da Administração, baseado no princípio da autotutela. Tratou-se, assim, de uma transação extrajudicial da Administração com a Servidora, com o reconhecimento implícito de sua vitória judicial.

Tanto assim foi que, ao ser informado da nomeação, o Juízo da 22ª Vara Federal disse não mais haver motivo para a continuidade do processo nº 0017965-88.2012.4.01.3400 (Ação Ordinária) e o extinguiu, mediante sentença sem julgamento de mérito. Da mesma forma, o Relator do Agravo de Instrumento (processo nº 0023527-93.2012.4.01.0000) agiu no mesmo diapasão e decretou a perda de objeto do Agravo.

A Servidora, porém, por precaução na defesa de seus direitos, interpôs Apelação contra a Sentença do Juízo da 22ª Vara Federal de Brasília (DF) que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, para pedir o reconhecimento judicial definitivo da legalidade de sua participação na segunda fase do concurso e da própria transação entre ela e a Administração. Tal processo continua em tramitação, estando sob a relatoria do Desembargador João Batista Moreira, da Sexta Turma do TRF1, razão pela qual é incorreto o entendimento de que houve trânsito em julgado de decisão contrária à Servidora.

Nesse ponto, ousa-se afirmar que o Ministério Público ou a Administração do Senado não podem, sob pena de estarem sujeitos à alegação de tentar induzir o Poder Judiciário a erro, usar a sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito como justificativa para revogar o ato de nomeação da Servidora, pois os próprios termos da Sentença foram baseados na defesa apresentada pela União, representando a Administração do Senado Federal, que informou que a demanda havia perdido seu objeto pois já havia ocorrido a nomeação e o reconhecimento administrativo do pedido feito judicialmente.

Ora, o pedido formulado no âmbito do processo nº 17965- 88.2012.4.01.3400 é o reconhecimento do direito da Servidora de participar da segunda fase do concurso. Por decisão dada em tutela antecipada, ela participou da referida segunda fase e obteve aprovação, tendo o Senado Federal, dentro do princípio da autotutela, que norteia os atos da Administração Pública, e em vista sua conveniência e oportunidade, a nomeado para o cargo para o qual foi aprovada, dentro do prazo de validade do concurso.

Mesmo sendo óbvio, é importante ressaltar que uma vez declarada a legalidade da participação da Servidora na segunda fase do concurso, todos os atos subsequentes, particularmente a nomeação, também estariam sob o manto da legalidade.

Convém, também, repetir e enfatizar que esse TCU, por intermédio do Acórdão nº 19/2015-1ª Câmara, julgou legal o ato de admissional da Servidora. Em seguida, ao julgar novamente a questão, em razão do surgimento de denúncia anônima que levantou dúvidas sobre a legalidade do ato admissional, editou o Acórdão nº 2.846/2015-Plenário, que considerou a denúncia anônima improcedente e determinou que o processo nº TC-029.240/2014-0 (Denúncia) fosse apensado ao processo no qual foi proferido o acórdão que considerou legal o ato de nomeação da Servidora e aguardasse o trânsito em julgado das ações que possibilitaram à Servidora participar do Concurso Público.

Nesse ponto, pede-se a devida vênia para assinalar que a instrução processual elaborada pela área técnica dessa Secretaria de Fiscalização de Pessoal afirma, ao final do item 24, que ‘... verifica-se que a Advocacia do Senado consignou no seu parecer, erroneamente, que o TCU rejeitou a denúncia apresentada, fato esse que não aconteceu, conforme se observa nos respectivos autos (TC-029.240/2014-0, apenso a este processo)’ (grifo nosso).



Ora, s.m.j., é a assertiva da instrução processual, e não o parecer da Advocacia do Senado, que está equivocada, pois contraria os próprios termos do Acórdão nº 2.864/2015-Plenário, que claramente considera a denúncia improcedente, **verbis**:

'ACÓRDÃO Nº 2846/2015 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão extraordinária de caráter reservado de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 143, incisos 111 e V, 'a', 234, 235 e 250, inciso 1, do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente denúncia, para, no mérito, considerá-la improcedente, promovendo-se, em seguida, o seu arquivamento, sem prejuízo de enviar cópia da instrução de peça 25 e desta deliberação ao denunciante e ao Senado Federal, de acordo com o parecer emitido pela Sefip (grifo nosso):

Processo TC-029.240/2014-0 (DENÚNCIA)

(...)

1.8.1. nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, encaminhe ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, bem como à Consultoria Jurídica deste Tribunal, as informações necessárias ao acompanhamento da Ação Ordinária 0017965- 88.2012.4.01.3400, em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, informando a este Tribunal acerca do deslinde da questão nela tratada;

1.8.2. promova, nos termos dos artigos 36 e 37 da Resolução-TCU 259/2014, o apensamento destes autos ao TC 033.673/2014-4, no qual foi proferido o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, que considerou legal o ato de admissão da Sra. Silvia Andrea Cupertino, na hipótese de a ação judicial informada no subitem precedente transitar em julgado desfavoravelmente à servidora, de modo a subsidiar a análise de eventual revisão de ofício desse acórdão.'

Tal equivoco, sem dúvida, prejudica o entendimento da questão ora em discussão em detrimento dos interesses da Servidora, razão pela qual merece ser retificado.

Cabe também alertar que a eventual revisão dos Acórdãos desse Tribunal que julgaram legal o ato admissional em tela e determinaram aguardar decisão judicial definitiva transitada em julgado sobre a questão da segunda fase do concurso, antes que tal decisão judicial definitiva seja efetivamente exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, causará dano irreparável à Servidora, pois, em face do final do prazo de validade do concurso, mesmo que a decisão judicial definitiva transitada em julgado lhe seja afinal favorável, ela jamais poderá ser nomeada novamente. Seria um caso de SUMA INJUSTIÇA, em nome de uma suposta legalidade estrita.

Por fim, desde a edição do Acórdão nº 2.864/2015-TCU-Plenário, não ocorreram fatos novos que justificassem a mudança de posição do Tribunal. A Recomendação nº 30/2018 e o processo aberto de ofício pela Administração do Senado Federal não trazem nenhum fato que já não tenha sido apreciado pelo TCU.

Em face do exposto, requer a esse Tribunal de Contas da União a manutenção dos termos do Acórdão 19/2015-TCU-1ª Câmara e do Acórdão 2.864/2015-TCU-Plenário até o julgamento definitivo do processo nº 0017965-88.2012.4.01.3400 (Apelação), ora em tramitação na 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Requer, outrossim, seja assegurado o amplo de direito de defesa e o devido processo legal, para que esta Servidora possa, no momento oportuno, manifestar sua defesa em obediência ao princípio do contraditório.'

Análise

10. A parte inicial da resposta de oitiva é importante no aspecto de contextualização das providências efetuadas pelo Senado Federal e pelo Ministério Público Federal nos últimos meses. Contudo, no que concerne às alegações da defendente acerca das aludidas providências dessas instituições, este Tribunal não tem como adentrar na esfera de competência de cada uma delas.

11. O que cabe registrar nesta etapa é que a servidora poderá ser exonerada do cargo, por determinação deste Tribunal, sem que haja sentença judicial transitada em julgado em desfavor da interessada, bem como a desnecessidade de instauração de processo administrativo em que lhe seja



assegurada ampla defesa na unidade jurisdicionada. Isso porque o ato de admissão se trata de um ato complexo cujo aperfeiçoamento somente ocorre com o exame, constitucionalmente exigido, do Tribunal de Contas, conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

12. Na lição de Hely Lopes Meirelles, os atos de pessoal são atos compostos, isto é, atos que, embora produzam efeitos desde logo, os produzem de forma precária, porquanto sujeitos a exame posterior de outra autoridade, sem o qual os atos não se aperfeiçoam. Daí que o prazo de cinco anos, instituído pela Lei 9.784/1999, somente poderia ter início a partir do exame feito pelo Tribunal de Contas da União. Jamais antes, porquanto parte considerável dos atos somente é analisada após esse prazo, por várias razões, entre as quais contumazes atrasos no encaminhamento dos atos ao TCU.

13. Assim, se este Tribunal apreciar o ato de admissão pela ilegalidade, não se aplica a Súmula 20 do STF, uma vez que esta Corte de Contas terá considerado que a interessada não foi admitida por concurso público.

14. Vale mencionar também que não faria sentido o Senado instaurar processo administrativo em que fosse assegurada a ampla defesa, no caso de o Tribunal de Contas se manifestar pela ilegalidade do ato de admissão, haja vista que este Tribunal já oportunizou o contraditório e a ampla defesa nesses autos nos termos do ordenamento jurídico.

15. No tocante ao Acórdão 2.846/2015-Plenário insta destacar que a assertiva mais adequada para descrever brevemente a deliberação do Tribunal proferida no TC-029.240/2014-0 é a de que a Corte de Contas conheceu da denúncia, para no mérito considerá-la improcedente.

16. A propósito, considera-se oportuno relembrar que esta Secretaria opinou pela improcedência da denúncia (peças 25-27, TC-029.240/2014-0), com base no fato de que no âmbito do TC-021.826/2014-5, cujo teor de denúncia, referente à admissão de Paulo Roberto Simão Bijos, é idêntico ao do constante no processo apensado aos presentes autos, este Tribunal de Contas havia considerado aquela denúncia improcedente após conhecê-la.

17. Impende destacar, também, que por meio do Acórdão 2.310/2017-2ª Câmara o exame do ato de admissão daquele servidor foi considerado prejudicado por perda de objeto, com fundamento nos arts. 260, § 5º, do Regimento Interno do TCU e 7º da Resolução 206, de 24 de outubro de 2007.

18. Não é forçoso concluir que, diante da perspectiva daquele servidor de permanecer no Senado Federal sob o risco de o Judiciário ou esta Corte de Contas entender que a forma como que se procedeu a admissão foi irregular e, por conseguinte, ser exonerado, ele preferiu prestar concurso para Consultor da Câmara dos Deputados, cargo que passou a ocupar após pedir o seu desligamento do Senado Federal.

19. Ainda, no que concerne à admissão do referido servidor, cumpre transcrever a manifestação do Controle Interno contida no formulário Sisac 30734703-01-2014-000140-9:

‘O servidor Paulo Roberto Roberto Simão Bijos foi aprovado na condição **sub judice**, conforme Ato da Diretoria Geral nº 2.501, publicado no DOU de 31/07/2012, que homologou o Concurso Público do Senado Federal para a categoria funcional Consultor Legislativo. O servidor foi nomeado em 31/07/2014, último dia de validade do concurso, e sua posse e exercício ocorreu em 11/08/2014. O servidor conseguiu na justiça antecipação de tutela que lhe assegurou tão somente a continuidade de participação na fase seguinte do concurso (Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Agravo de Instrumento nº 0023860-45.2012.4.01.0000/ DF). Foi publicado no Diário Oficial da União DOU, em 04/08/2015, o Acórdão nº 1862/2015 TCU Plenário, cujo objeto é o Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU/MPTCU, em relação a outro acórdão firmado pela Corte de Contas referente à denúncia de suposta ilegalidade na admissão do servidor Paulo Roberto Simão Bijos. Muito embora o TCU tenha fixado o entendimento de que a existência de decisão judicial sobresta a apreciação de legalidade ou ilegalidade do ato de admissão, este órgão de Controle Interno entende de forma diversa. Realmente um ato de admissão embasado em decisão liminar requererá o trânsito em julgado do processo para sua avaliação. Todavia, no caso em foco, não há decisão judicial que ampare a nomeação. O que existe é uma medida cautelar que tão e unicamente assegura a participação do candidato na segunda fase do concurso. Se não há decisão judicial que



assegure a nomeação, o ato de nomeá-lo passa a ser discricionário, em franca inobservância dos preceitos constitucionais que norteiam a nomeação de servidor público efetivo. Face a inexistência de decisão processual que ampare a nomeação e posse do servidor, ainda que em medida cautelar, opinamos pela ilegalidade do ato de admissão.’

20. Cabe lembrar que a situação do Sr. Paulo Roberto Simão Bijos era similar à da Sra. Silvia Andrea Cupertino. Então surgem os seguintes questionamentos: Por que o Controle Interno do Senado Federal não opinou pela ilegalidade no formulário Sisac do ato de admissão da referida servidora? Por que se optou por não descrever no campo de esclarecimentos do gestor de pessoal do respectivo formulário Sisac, dada a peculiaridade do caso, as condições em que a interessada foi admitida?

21. Causa estranheza tal circunstância, motivo pelo qual entende-se que cumpre propor audiência dos responsáveis, caso esta Corte de Contas conclua pela irregularidade nos procedimentos de admissão da interessada.

22. Vale mencionar que, devido a essa situação, o Tribunal apreciou inicialmente o ato de admissão da interessada pela legalidade, sem que o auditor responsável pela instrução do processo, o representante do Ministério Público junto ao TCU e o Ministro-Relator estivessem de posse de informações que demonstrassem a existência de ação judicial da servidora.

23. Importante neste momento destacar que o processo judicial 0017965-88.2012.4.01.3400 permanece sem análise no TRF1 desde a sua autuação naquela Corte (23/10/2017), conforme é possível verificar no sítio eletrônico daquele Tribunal (peça 46).

24. Tendo em vista que o Acórdão 19/2015-TCU-1ª Câmara foi prolatado em 27/1/2015, cabe concluir que o mais razoável não seria aplicar o entendimento firmado na Decisão 318/2001 - 1ª Câmara, bem como nos Acórdãos 139/2006, 3959/2013, 3960/2013, 544/2014, 545/2014, 636/2014, 637/2014, todos da 2ª Câmara, visando o sobrestamento dos autos, pois o presente caso trata de situação distinta, cujo prazo é exíguo (27/1/2020) para se aguardar uma possível decisão judicial desfavorável à interessada com o trânsito em julgado. Esse conjunto de fatos é que enseja a necessidade de o Tribunal deliberar urgentemente acerca do caso em exame.

25. Aliás, cabe divergir do entendimento de que há maior probabilidade de vitória judicial na ação movida contra a realizadora do concurso, com eventual pagamento de indenização por parte da União à candidata pelo período em que deveria ter exercido o cargo.

26. Primeiramente, porque é patente a existência de irregularidade na admissão da servidora, uma vez que a interessada foi admitida sem que houvesse sido aprovada, de fato, na primeira etapa do certame em comento, ao arrepio do disposto no subitem 6.1 do Edital N. 1, de 22/12/2011, do Senado Federal.

27. Cumpre lembrar o consagrado aforismo ‘o edital é a lei do concurso público’, consubstanciado no princípio da vinculação ao edital, o qual determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital. O edital não é apenas o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame, mas o que também contém os ditames que o regerão.

28. Esse princípio nada mais é que a faceta dos princípios da legalidade e moralidade, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

29. Ademais, o sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, inciso II, da Constituição Federal). A realização de certame competitivo prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar princípios consagrados em nosso sistema constitucional,



notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

30. Além disso, impende destacar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto que está sendo discutido no âmbito da ação judicial. A linha de entendimento daquela Corte é a de que os critérios adotados por banca examinadora de concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário (Recurso Extraordinário 632.853, com repercussão geral conhecida. Tribunal Pleno, relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe de 29/6/2015).

31. Considera-se oportuno também trazer o entendimento do TRF 1ª Região na decisão proferida nos autos da Apelação/Reexame necessário nº. 0001906- 23.2012.4.01.3821/MG, com acórdão transitado em julgado em 24 de junho de 2016, no qual ficaram mantidas as questões de n. 46 e 54, considerando o tipo de Prova 1 – Branco, da prova objetiva para o cargo de Analista Judiciário da Área Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral:

‘2. A intervenção do Poder Judiciário, em matéria de concurso público, somente tem lugar na hipótese de flagrante ilegalidade na elaboração ou correção de provas, por parte da banca examinadora, sem o respeito às normas veiculadas no edital, o que não é a hipótese dos autos, porquanto a elaboração das questões impugnadas está em sintonia com as diretrizes do Edital n. 1/2011.’

32. Importa informar que a referida deliberação foi prolatada na Sexta Turma daquele Tribunal, ou seja, o órgão julgador responsável pelo processo 0017965-88.2012.4.01.3400, no qual a interessada figura como parte.

33. Em face da independência das instâncias, cabe lembrar que este Tribunal de Contas da União pode decidir a questão posta a sua análise, com base nos documentos acostados aos autos e a sua jurisprudência. Assim, considerando o ordenamento jurídico, está ilegal o ato de admissão da Sra. Sílvia Andrea Cupertino.

34. Nada obstante, compulsando os autos, não foi possível identificar a má-fé da interessada em nenhum momento. Desse modo, cabe dispensar a reposição das importâncias indevidamente recebidas, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

35. Por fim, quanto ao pedido da servidora de que lhe seja assegurado o amplo direito de defesa e o devido processo legal, para que a interessada possa, no momento oportuno, manifestar sua defesa em obediência ao princípio do contraditório, cabe informar que, caso a decisão que vier a ser proferida seja desfavorável a ela, poderá, se assim entender pertinente, apresentar recurso a este Tribunal nos moldes previstos no Regimento Interno do TCU.

CONCLUSÃO

36. O ato de admissão de Sílvia Andrea Cupertino está ilegal, em razão da irregularidade consubstanciada na afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao princípio da vinculação ao edital. A situação se amolda no art. 260, § 2º, do RITCU, devendo este Tribunal proceder a revisão de ofício do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, sessão de 27/1/2015, passando a considerar ilegal o referido ato de admissão.

37. Caso a deliberação que vier a ser proferida por este Tribunal apreciar o ato pela ilegalidade, caberá determinação à Sefip para que promova a audiência do gestor de pessoal e do representante do controle interno responsáveis pelo preenchimento do formulário Sisac.

38. Em relação às importâncias indevidamente recebidas de boa-fé cumpre dispensar a reposição com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

39. De conformidade com o preceituado no art. 71, inciso III, da Constituição Federal, c/c os arts. 1º, inciso V, e 39, incisos I e II, da Lei 8.443/1992, 1º, inciso VIII, e 260, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno/TCU, e tomando por base as verificações feitas pela unidade técnica, na forma prevista no artigo 260, **caput**, do Regimento Interno/TCU, propõem-se as seguintes medidas:



a) rever de ofício o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, para considerar **ilegal** o ato de admissão de Sílvia Andrea Cupertino, negando o seu registro, em virtude da irregularidade consubstanciada na afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao princípio da vinculação ao edital;

b) dispensar a reposição das importâncias indevidamente recebidas de boa-fé, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;

c) determinar ao Senado Federal que:

c.1) no prazo de 15 (quinze) dias, notifique a Sra. Sílvia Andrea Cupertino acerca do teor do Acórdão que vier a ser proferido;

c.2) adote as medidas regularizadoras cabíveis, fazendo cessar todo e qualquer pagamento do ato impugnado;

c.3) alerte a interessada que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos junto ao TCU não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente, caso os recursos não sejam providos; e

c.4) encaminhe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, cópias das documentações comprobatórias do cumprimento das medidas listadas nos subitens anteriores;

d) determinar à Sefip que:

d.1) monitore as determinações listadas no item 'c'; e

d.2) promova a audiência do gestor de pessoal e do representante do controle interno responsáveis pelo preenchimento do formulário Sisac NC 30734703-01-2014-000148-4.”

2. O Ministério Público, acompanhando as conclusões da unidade técnica, consigna:

“.....

2. De início, cabe relatar que a interessada, após ser **reprovada** na primeira fase do concurso, só participou das fases seguintes do certame em razão da antecipação de tutela obtida no Agravo de Instrumento nº 0023527-93.2012.4.01.0000, julgado pela sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1).

3. A interposição do referido Agravo decorreu do indeferimento da tutela antecipada solicitada nos autos da Ação Ordinária nº 001.7965-88.2012.4.01.3400, que ainda tramita na 22ª Vara Federal de Brasília, e acabou possibilitando que a interessada ficasse em 4º lugar na classificação final do concurso para o cargo de Consultor Legislativo.

4. Ocorre que, ainda no curso da ação, a mesma foi nomeada pela Diretoria Geral do Senado Federal e tomou posse no cargo, o que motivou o Juiz Federal Substituto da 22ª Vara/SJDF a declarar o processo extinto, sem análise do mérito, por ausência de interesse processual, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil (peça 16).

5. O mesmo desfecho ocorreu também nos autos da Ação Ordinária nº 0062200-72.2014.4.01.3400, interposta pela interessada na 22ª Vara Federal de Brasília para anular uma das questões da prova de língua portuguesa, relativa à primeira fase do concurso, que teve a tutela antecipada negada e o processo foi extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC (peça 15).

6. No entanto, com vistas a obter o reconhecimento judicial definitivo da legalidade de sua participação na segunda fase do concurso e da própria admissão, a servidora alega que interpôs apelação contra a Sentença do Juízo da 22ª Vara Federal de Brasília (DF) que extinguiu o processo sem julgamento de mérito nos autos da Ação Ordinária nº 001.7965-88.2012.4.01.3400.

7. Em consulta realizada no portal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, realizada por este Gabinete em 29/3/2019, verificou-se que, de fato, a ação continua em tramitação, estando os autos sob a relatoria do Desembargador João Batista Moreira, da Sexta Turma, ainda sem previsão de data para julgamento. Todavia, a tramitação de tal ação não impede que este Tribunal exerça sua competência constitucional de apreciar a legalidade do ato para fins de registro.

8. Vale lembrar que, no âmbito deste Tribunal, a situação da referida admissão também foi objeto de denúncia apreciada nos autos do TC-029.240/2014-0, que se encontra apensado a estes



autos, a qual foi conhecida, para, no mérito, ser considerada improcedente, por meio do Acórdão 2.864/2015-TCU-Plenário.

9. Naquela oportunidade, tendo em vista que a Ação Ordinária nº 001.7965-88.2012.4.01.3400 ainda não havia sido extinta, sem julgamento de mérito, esta Corte determinou o encaminhamento das informações necessárias ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, bem como à Consultoria Jurídica deste Tribunal, para o acompanhamento da ação.

10. Além disso, na instrução da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), que fundamentou a decisão prolatada naqueles autos, ficou muito bem consignada a natureza precária da admissão realizada pelo Senado Federal com base em decisão judicial ainda não transitada em julgado, conforme se verifica no trecho transcrito a seguir (TC-029.240/2014-0, peça 25, p. 4-5):

‘22. Como se vê, o delineamento da matéria feito pelo Tribunal é suficiente para concluir que não houve ilegalidade na nomeação da Sra. Silvia Andrea Cupertino. No entanto, é pertinente registrar, em relação à alegação da servidora de que sua nomeação não pode mais ser tornada sem efeito, que a jurisprudência tanto do STJ quanto do STF não reconhece a aplicação da teoria do fato consumado ‘às hipóteses de nomeação de candidato com base em decisão judicial liminar, sujeita à reversibilidade, em face do julgamento definitivo do mérito da demanda’. Afinal, ‘caso a decisão judicial provisória torne-se decisão de mérito desfavorável ao requerente, este já sabe, desde o início, da instabilidade da sua situação jurídica, razão pela qual assume o ônus do efeito ‘ex tunc’ ocasionado pela revogação da decisão outrora proferida’ (grifei).

11. Nesse contexto, conclui-se que a admissão da servidora Sílvia Andrea Cupertino no cargo de Consultora Legislativa do Senado Federal foi realizada sem a aprovação da mesma na primeira fase do concurso e não há, até o momento, nenhuma decisão judicial que tenha reconhecido, no mérito, essa aprovação, tampouco determinado a sua admissão no Senado Federal.

12. Por conseguinte, entende-se que não há como este Tribunal manter a decisão prolatada anteriormente no Acórdão 19/2015-TCU-1ª Câmara sem considerar os fatos ora descritos, o que enseja a revisão de ofício daquele **decisum**, para que o ato passe a ser considerado ilegal, por ter sido emitido em desacordo com as regras previstas no edital do concurso e, consequentemente, no art. 37, inciso II, da Constituição Federal:

‘II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração’ (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

13. Ademais, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e que não houve decisão de mérito desfavorável à servidora no âmbito judicial, tampouco verificou-se a ocorrência de má-fé, por parte dela, nos presentes autos, entende-se que deve ser acolhida a dispensa de reposição das importâncias recebidas, de boa-fé, pela mesma, proposta pela Sefip com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU.

14. Ante o exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta anuência à proposta de encaminhamento alvitada pela unidade técnica.”

É o relatório.

VOTO

Por meio do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, esta Corte considerou legal a admissão da sra. Silvia Andrea Cupertino, em junho de 2014, pelo Senado Federal, no cargo de Consultor Legislativo, subárea minas e energia.

2. Mais tarde, todavia, veio aos autos a notícia de que a interessada, desclassificada ainda na primeira fase do respectivo concurso público (prova objetiva), apenas participou das fases subsequentes do certame (prova discursiva e títulos) por força de decisão judicial de caráter liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1; Agravo de Instrumento 0023527-



93.2012.4.01.0000; peça 53). A interposição do agravo decorreu do indeferimento, pelo juízo de primeiro grau, do pedido de antecipação de tutela, no mesmo sentido, formulado pela então candidata na Ação Ordinária 17965-88.2012.4.01.3400.

3. Ocorre que, com a investidura da autora no cargo, a ação ordinária foi extinta, em 10/4/2017, sem análise de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil (peça 16). O agravo de instrumento, de modo semelhante, foi tido por prejudicado pelo TRF-1 (peça 54).

4. Nessas circunstâncias, tendo desaparecido a salvaguarda jurídica que lhe permitiu prosseguir no concurso, após sua desclassificação na primeira fase, foi promovida, em procedimento de revisão de ofício, a oitiva da interessada a respeito.

5. Em resposta à notificação, a sra. Silvia Andrea Cupertino, em essência, argumenta que:

- nomeada em 25/7/2014 e já aprovada no estágio probatório, detém estabilidade funcional, de modo que *“sua exoneração somente pode ser feita a pedido ou nos termos do rito determinado pelo § 1º do art. 41 da Constituição Federal”*;

- as circunstâncias de sua admissão já foram apreciadas pelo TCU em denúncia autuada no TC-029.240/2014-0, considerada improcedente pela Corte (cf. Acórdão 2.864/2015-Plenário) justamente por não encerrar nenhuma ilegalidade;

- na época, a Diretora-Geral do Senado, indagada a respeito, informou ao Tribunal que *“alguns candidatos **sub judice** foram nomeados após o esgotamento da lista de concursados aprovados que não estavam nessa condição, diante da persistência da necessidade e conveniência da Administração e, em outros casos, após a avaliação de probabilidade de vitória judicial nas ações que moveram contra a realizadora do concurso, para evitar o pagamento de indenizações, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”*;

- sua nomeação, portanto, *“foi decorrente de reconhecimento de pedido administrativo no interesse e na conveniência da Administração, baseado no princípio da autotutela; tratou-se, assim, de uma transação extrajudicial da Administração com a Servidora, com o reconhecimento implícito de sua vitória judicial”*;

- essa, inclusive, foi a razão da extinção do processo judicial sem julgamento de mérito;

- a servidora, *“por precaução na defesa de seus direitos, interpôs Apelação contra a Sentença do Juízo da 22ª Vara Federal de Brasília (DF) que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, para pedir o reconhecimento judicial definitivo da legalidade de sua participação na segunda fase do concurso e da própria transação entre ela e a Administração”*;

- *“a eventual revisão dos Acórdãos desse Tribunal que julgaram legal o ato admissional em tela e determinaram aguardar decisão judicial definitiva transitada em julgado sobre a questão da segunda fase do concurso, antes que tal decisão judicial definitiva seja efetivamente exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, causará dano irreparável à Servidora, pois, em face do final do prazo de validade do concurso, mesmo que a decisão judicial definitiva transitada em julgado lhe seja afinal favorável, ela jamais poderá ser nomeada novamente”*;

- *“desde a edição do Acórdão 2.864/2015-Plenário, não ocorreram fatos novos que justificassem a mudança de posição do Tribunal”*.

6. Conclusivamente, a sra. Silvia Andrea Cupertino requer *“a manutenção dos termos do Acórdão 19/2015-TCU-1ª Câmara e do Acórdão 2.864/2015-TCU-Plenário até o julgamento definitivo do processo nº 0017965-88.2012.4.01.3400 (Apelação), ora em tramitação na 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região”*.

7. Na instrução do feito, a Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip) sustenta que *“o ato de admissão de Sílvia Andrea Cupertino está ilegal, em razão da irregularidade consubstanciada na afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal e ao princípio da vinculação ao edital, (...), devendo este Tribunal proceder à revisão de ofício do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, passando a considerar ilegal o referido ato de admissão”*. Aditivamente, sugere *“a audiência do gestor de pessoal e do representante do controle interno do Senado responsáveis pelo preenchimento do formulário*



Sisac do ato de admissão da interessada”, em face da ausência de informações acerca das peculiaridades do caso.

8. O Ministério Público, salientando a natureza precária da decisão judicial que embasou a nomeação da interessada pelo Senado, põe-se de acordo com as conclusões da secretaria especializada.

9. Salvo no tocante à audiência dos agentes responsáveis pelo cadastramento da admissão no Sisac, tenho por correta, em essência, a análise procedida nos pareceres técnicos. Divirjo, todavia, do encaminhamento propugnado, por entender que as particularidades do caso recomendam conduta mais cautelosa desta Corte de Contas.

10. De plano, saliento que o fato de a sra. Silvia Andrea Cupertino ter sido aprovada no estágio probatório referente ao cargo para o qual foi nomeada pelo Senado Federal não afasta, e nem mesmo restringe, a competência constitucionalmente atribuída a esta Corte para apreciar, para fins de registro, seu ato de admissão. Com efeito, em se reconhecendo irregular sua nomeação – ou, mais propriamente, em deixando de subsistir seu direito à titularidade do cargo –, perde relevância qualquer discussão acerca de sua pretensa estabilidade, até porque o instituto não se presta, em nenhuma medida, à convalidação de ilícitos, mormente quando em jogo o preceito republicano do concurso público.

11. Aliás, é preciso deixar claro que não se discute, neste momento processual, a regularidade das ações dos administradores do Senado que culminaram na nomeação da interessada. Essa questão já foi superada quando o Tribunal considerou improcedente, por meio do Acórdão 2.864/2015-Plenário, denúncia alusiva à matéria.

12. Nesta oportunidade, o que se examina – em perfeita harmonia com aquela deliberação, diga-se de passagem – é se os pressupostos da admissão da sra. Silvia Andrea Cupertino se mantêm válidos.

13. Aqui, permito-me transcrever excerto da instrução produzida pela Sefip no referido processo de denúncia, a qual, acolhida pelo relator, fundamentou o Acórdão 2.864/2015-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

*“O delineamento da matéria feito pelo Tribunal é suficiente para concluir que não houve ilegalidade na nomeação da Sra. Silvia Andrea Cupertino. No entanto, é pertinente registrar, em relação à alegação da servidora de que sua nomeação não pode mais ser tornada sem efeito, que a jurisprudência tanto do STJ quanto do STF não reconhece a aplicação da teoria do fato consumado ‘às hipóteses de nomeação de candidato com base em decisão judicial liminar, sujeita à reversibilidade, em face do julgamento definitivo do mérito da demanda’. Afinal, ‘caso a decisão judicial provisória torne-se decisão de mérito desfavorável ao requerente, este já sabe, desde o início, da instabilidade da sua situação jurídica, razão pela qual assume o ônus do efeito **ex tunc** ocasionado pela revogação da decisão outrora proferida”* (peça 25).

14. Essas ponderações da unidade técnica ecoam o entendimento esposado pelo Tribunal no TC-021.856/2014-5, que tratou de caso análogo envolvendo o mesmo concurso do Senado Federal. Naqueles autos, o eminente relator, Ministro Raimundo Carreiro, deixou assente no voto condutor do Acórdão 1.862/2015-Plenário:

“8.14. Assim, a permanência no certame do Sr. (...) se deve exclusivamente à medida cautelar proferida nos autos do Agravo de Instrumento 0023860-45.2012.4.01.0000/DF, que foi interposto por ele próprio em face do indeferimento da antecipação de tutela requerida nos autos do Processo nº 18391-03.2012.3.01.3400, que tramita na 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Logo, há necessidade de o Poder Judiciário reconhecer seu direito, sob pena de não poder mais continuar no exercício do cargo de Consultor Legislativo, Área de Consultoria e Assessoramento em Orçamentos do Senado Federal, considerando que foi eliminado na 1ª fase e só pôde continuar no certame em decorrência da liminar que obteve no já citado AI” (ênfase acrescentada).

15. Não foi outra a razão para esta Corte, ao prolatar o Acórdão 2.864/2015-Plenário, envolvendo a sra. Silvia Andrea Cupertino, a par de ter por improcedente a denúncia, dirigir as seguintes determinações à Sefip:



“1.8.1. nos termos da Questão de Ordem aprovada pelo Plenário do TCU em 8/6/2011, encaminhe ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, bem como à Consultoria Jurídica deste Tribunal, as informações necessárias ao acompanhamento da Ação Ordinária 0017965-88.2012.4.01.3400, em trâmite na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, informando a este Tribunal acerca do deslinde da questão nela tratada;

1.8.2. promova, nos termos dos artigos 36 e 37 da Resolução-TCU 259/2014, o apensamento destes autos ao TC 033.673/2014-4, no qual foi proferido o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, que considerou legal o ato de admissão da Sra. Silvia Andrea Cupertino, na hipótese de a ação judicial informada no subitem precedente transitar em julgado desfavoravelmente à servidora, de modo a subsidiar a análise de eventual revisão de ofício desse acórdão”.

16. Pois bem, antes de avançar, é preciso deixar assente que, ao contrário do que alega a defesa, de modo algum a nomeação da então candidata pelo Senado poderia ser tomada como reconhecimento extemporâneo, “baseado no princípio da autotutela”, “de pedido administrativo no interesse e na conveniência da Administração”. Fosse esse o caso, o ato – já na sua gênese – padeceria de insanável nulidade, por flagrante ofensa aos princípios da impessoalidade, da legalidade e da moralidade.

17. Ora, o concurso público, consubstanciação desses princípios, tem regramento pré-estabelecido, e é a rigorosa observância desse regramento que assegura a igualdade de tratamento entre os participantes. Nesse contexto, não é possível conceber exercício de autotutela, ou formulação de juízo de conveniência administrativa, que venha a implicar, em qualquer medida, transigência casuística com as normas fixadas no edital convocatório.

18. A nomeação da sra. Silvia Andrea Cupertino pelo Senado, portanto, não caracterizou, ao menos na extensão projetada pela defesa, “transação entre ela e a administração”, até porque o órgão não poderia, àquela altura, alterar o resultado do certame nem inovar nos critérios de elaboração e correção das provas – não sem incorrer em gravíssima ilicitude, a ensejar, nos exatos termos do § 2º do art. 37 da Carta, a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável.

19. De toda sorte, a ideia de uma eventual transação no episódio também não foi cogitada pelo juízo da causa. Na realidade, o julgado que extinguiu o processo sem julgamento de mérito fundou-se, expressamente, no art. 485, VI, do CPC (Lei 13.105/2015), ou seja, em suposta perda de interesse processual. Se o juízo tivesse vislumbrado o reconhecimento, pelo Senado, da procedência do direito pleiteado, como quer a interessada, a subsunção seria ao art. 487, III, “a” ou “b”, com julgamento de mérito:

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

.....
Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

(...)”

20. Na hipótese dos autos, a sra. Silvia Andrea Cupertino foi eliminada do concurso público realizado pelo Senado, ainda na primeira fase, por somar apenas 48 pontos na prova de português, quando o mínimo exigido para aprovação eram 50 pontos. Em recurso administrativo, sua desclassificação foi ratificada.

21. Inconformada, a candidata, alegando a existência de irregularidades na formulação/correção de quatro questões, pleiteou em juízo sua participação na segunda fase. Vendo negado em primeira instância seu pedido de antecipação de tutela, interpôs agravo de instrumento junto ao TRF-1, onde, finalmente, obteve êxito, ainda que em caráter precário.

22. Sendo, pois, sustentáculo essencial de sua condição – posteriormente implementada – de candidata aprovada no concurso, a desconstituição do provimento judicial impõe, inexoravelmente, o restabelecimento do **status quo ante**, a saber, o retorno à condição de eliminada na primeira fase do certame.

23. Tal é o entendimento fixado, em regime de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO **STATUS QUO ANTE**. ‘TEORIA DO FATO CONSUMADO’, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.

2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito **ex tunc**, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

3. Recurso extraordinário provido” (RE 608.482/RN, rel. Min. Teori Zavascki, plenário, julgado em 7/8/2014; o trecho em destaque é a tese então fixada pela Corte).

24. A propósito, por sua percuciência, peço licença para transcrever excertos do voto condutor dessa deliberação, da lavra do saudoso Ministro Teori Zavascki:

“É decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos **ex tunc**. (...) A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente (inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, ‘ficam sem efeito’, ‘restituindo-se as partes ao estado anterior’ (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao **status quo ante**, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

A doutrina é uníssona a respeito, cumprindo referir, por todos, a lição didática de Humberto Theodoro Júnior:

‘Não há dúvida que a Teoria do Risco, no campo da tutela cautelar, foi adotada pelo CPC e amplamente acatada pela doutrina como melhor, mais justa e jurídica opção do legislador. Com efeito, tem-se a responsabilidade objetiva do art. 811 ‘como contrapartida do juízo provisório e superficial que justifica a concessão da cautelar... Quem pleiteia em juízo, valendo-se apenas dos aspectos da probabilidade, há que indenizar a parte contrária sempre que esta, em um melhor exame, demonstrar a sua razão. É o risco e sua assunção andando lado a lado’.

Não se trata, em síntese, de sancionar a má-fé, mas apenas de cobrar do promovente da medida cautelar o prejuízo acarretado ao requerido, visto que tudo se passou sob o pálio de um juízo provisório e superficial próprio da tutela emergencial prestada por conta e risco da parte que, afinal, veio a decair de sua pretensão.

(...)

Pontes de Miranda já vislumbrava, mesmo antes da criação do instituto genérico da antecipação de tutela, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva fundada no art. 588, CPC (atual art. 475-O), a toda e qualquer execução provisória fundada em ‘outros títulos que a sentença’.

Daí se poder concluir que todos os atos executivos provisórios admitidos e tutelados pelo direito processual sujeitam o promovente à responsabilidade objetiva, sejam elas medidas cautelares (art. 811), medidas de antecipação de tutela (art. 273) ou medidas promovidas no processo de execução provisória de sentença (art. 475-O).

[...]

Se, pois, a antecipação se dá sob a garantia legal de reversibilidade, e se a reversão terá de ser feita com a restituição das partes ao estado anterior, forçosamente a recomposição patrimonial do prejudicado só poderá correr por conta de quem promoveu a execução de medida substancialmente provisória.

Por fim, impende concluir que se a responsabilidade objetiva, nesse quadro, é a solução imposta pela lei para as medidas cautelares e para a execução provisória de sentença, com igual intensidade terá de ser observada também nas antecipações de tutela, dada a substancial identidade de razões que as justificam no plano normativo. Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero – a tutela de urgência – porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando, sumariamente, provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte’ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 715-719).

Especificamente sobre o tema aqui examinado, calha a doutrina de Leonardo José Carneiro da Cunha:

‘A antecipação de tutela acarreta a imediata execução ou efetivação da medida, consistindo, em verdade, numa execução provisória. Significa que o regime da execução provisória é aplicável à efetivação da tutela antecipada, pondo-se em evidência a regra do inciso II do art. 475-O do CPC: revogada, modificada ou anulada a decisão antecipatória, fica sem efeito a tutela antecipada, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos por arbitramento.

Daí por que deferida tutela antecipada para determinar, por exemplo, a manutenção de um candidato num concurso público, a posterior revogação, anulação ou cassação da medida antecipatória impõe a restituição ao estado anterior: o candidato deve ser considerado eliminado do certame, não se aplicando a teoria do fato consumado’ (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 6. ed. Dialética: São Paulo, 2008, p. 248-250).

O que se quer realçar, com essa digressão sobre a natureza dos provimentos cautelares e da execução provisória das sentenças, é que não há suporte lógico ou teleológico para, em relação aos efeitos de sua efetivação, pretender evitar o retorno ao **status quo ante** invocando o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima.

4. Se nem esses princípios podem, aqui, ser contrapostos aos que orientam o sistema constitucional de acesso aos cargos públicos, o que resta como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão recorrido é, apenas, o interesse individual de manter o cargo. Ora, esse interesse da recorrida não tem aptidão para justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Aliás, a esse interesse individual se opõe, desde logo e com manifesta supremacia, até mesmo outro interesse particular de mesma natureza, daquele candidato que, tendo se submetido e obtido aprovação no concurso, foi, no entanto, alijado do cargo, que acabou ocupado por outro concorrente sem observância das exigências constitucionais.”

25. Como se vê, não houve, e não há, “mudança de posição” desta Corte de Contas, como sugere a defesa.



26. Houve, isto sim, importante alteração no quadro jurídico associado à admissão da interessada, decorrente da desconstituição da ordem judicial que assegurou sua continuidade no concurso público, fato superveniente, é bom enfatizar, ao Acórdão 2.864/2015-Plenário.

27. Destarte, tenho por pertinente a derrogação, relativamente à sra. Silvia Andrea Cupertino, do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, mediante sua revisão de ofício (cujo prazo para efetivação, devo anotar, expira em algumas semanas).

28. Sem embargo, dadas as particularidades do caso, não me parece oportuno emitir de imediato juízo definitivo de ilegalidade da admissão, como passo a expor.

29. Recapitulando brevemente os fatos, a sra. Silvia Andrea Cupertino, entre os anos de 2008 e 2014, foi empregada efetiva da estatal Eletronorte. Tendo participado, em 2012, do concurso para provimento do cargo de consultor legislativo do Senado, foi eliminada do certame por não alcançar a pontuação mínima exigida na prova de português. Por força de liminar concedida monocraticamente por desembargador do TRF-1, pôde prosseguir na disputa, vindo, dessa forma, a colocar-se entre os aprovados. Já no limiar da expiração do prazo de validade do concurso, em 2014, requereu administrativamente sua nomeação, o que foi deferido pela diretoria-geral da Casa (peça 44, p. 4-5). Diante disso, desligou-se da Eletronorte e assumiu o almejado cargo no Senado. Ocorre que sua nomeação, embora lastreada no provimento judicial liminar, motivou tanto o juízo de primeira instância como o juízo recursal a extinguirem a lide, em 2017, sem julgamento de mérito, por suposta perda de interesse da autora. Decorridos, pois, cerca de três anos no exercício das novas funções, a servidora foi surpreendida com o arquivamento sumário da ação em se discutia, em última análise, a regularidade de sua investidura. De pronto, “*por precaução na defesa de seus direitos*”, como afirma, interpôs a competente apelação ao TRF-1, que ainda não se pronunciou a respeito.

30. Neste momento, portanto, a servidora é paciente de ações estatais de cunho jurisdicional e, no âmbito desta Corte de Contas, administrativo.

31. É certo que, em função da independência das instâncias, o TCU não se encontra jungido ao desfecho da ação judicial intentada pela interessada para deliberar sobre o deferimento ou não do registro de sua admissão.

32. Todavia, o caso concreto encerra uma tensão incomum entre o princípio do concurso público, de um lado, e o princípio da segurança jurídica, de outro. Na verdade, parece-me claro que, aliada à demora na prestação jurisdicional, a conduta da administração do Senado, ao anuir à solicitação da sra. Silvia para proceder à sua nomeação – isso sem uma ordem judicial expressa nesse sentido –, ao invés de simplesmente assegurar-lhe a reserva da vaga, contribuiu para conturbar ainda mais o cenário, fragilizando, paradoxalmente, a posição da própria requerente, hoje irremediavelmente desvinculada de seu antigo emprego público.

33. Confesso, nessas circunstâncias, indisfarçável simpatia pela causa da servidora.

34. Nada obstante, dada a primazia da jurisdição, deixo a decisão final sobre a matéria a cargo do Poder Judiciário.

35. A propósito, creio não ser demasiado observar, de passagem, que o comportamento da então candidata, ao recorrer à Justiça, não discrepou daquele que seria adotado por qualquer cidadão médio que entendesse ter tido algum direito violado. Naturalmente, ao fazê-lo, assumiu os riscos inerentes a essa opção, mas, nessa hipótese, é função da própria Justiça deliberar em definitivo a respeito.

36. Assim, para o caso concreto, parece-me que o melhor encaminhamento é aquele adotado pelo Tribunal no já referido Acórdão 1.862/2015-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, alusivo a outro servidor admitido no mesmo concurso e em condições idênticas às da sra. Silvia Andrea Cupertino, qual seja, o sobrestamento da análise de mérito do ato até o trânsito em julgado do respectivo processo judicial.

37. Com isso, fica absolutamente resguardada a competência desta Corte para oportunamente se manifestar acerca da legalidade da admissão – juízo que, como visto, não pode ser proferido de imediato com a segurança que se exige – e, ainda, previnem-se os perversos efeitos decorrentes de eventuais deliberações conflitantes.



38. Essa postura, segundo penso, é a mais consentânea, inclusive, com o desiderato manifesto nas prescrições do art. 21 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro):

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

39. Por fim, quanto à proposição de audiência dos responsáveis, no âmbito do Senado, pelo cadastramento do ato de admissão no Sisac, em face da omissão de informações quanto às ações judiciais interpostas pela sra. Silvia Andrea Cupertino, entendo não se apresentar caracterizada no episódio eventual tentativa de indução desta Corte a erro, até porque, diferentemente do que hoje se verifica no sistema e-Pessoal, o Sisac não trazia instruções específicas a respeito. Afora isso, como mencionado alhures, o Tribunal, por meio do Acórdão 2.864/2015-Plenário, dadas as circunstâncias que se apresentavam em 2014, não vislumbrou a ocorrência de ilegalidade na admissão da interessada então promovida.

40. Diante do exposto, voto no sentido de que este Colegiado adote a deliberação que ora submeto à sua apreciação.

ACÓRDÃO Nº 2079/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.673/2014-4.

1.1. Apenso: 029.240/2014-0

2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Atos de Admissão (revisão de ofício)

3. Interessada: Silvia Andrea Cupertino (780.127.161-00).

4. Órgão: Senado Federal.

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).

8. Representação legal: João Paulo Amaral Rodrigues (OAB-DF 24.867), representando Silvia Andrea Cupertino.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de revisão de ofício do Acórdão 19/2015-1ª Câmara, alusivo a admissões de pessoal promovidas pelo Senado Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 71, inciso III, da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso V, 39, inciso I, e 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 260, § 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. rever parcialmente, de ofício, o Acórdão 19/2015-1ª Câmara, para, tornando-o sem efeito em relação à sra. Silvia Andrea Cupertino, cancelar o registro do ato número de controle 30734703-01-2014-000148-4;

9.2. determinar ao Senado Federal, com fulcro nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal, que acompanhe os desdobramentos da Ação Ordinária 17965-88.2012.4.01.3400, proposta junto à 22ª Vara Federal de Brasília, e, sobrevindo decisão judicial transitada em julgado denegatória do pleito formulado pela sra. Silvia Andrea Cupertino, adote as medidas regularizadoras pertinentes, dando imediata ciência a esta Corte a respeito;

9.3. determinar o sobrestamento da análise da legalidade, para fins de registro, do ato de



admissão da sra. Silvia Andrea Cupertino até o trânsito em julgado do processo judicial acima referido;

9.4. dar ciência desta deliberação à interessada;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, para conhecimento, à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria da República no Distrito Federal (2º Ofício de Servidor Público e Concursos), ao juízo da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2079-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 017.894/2004-9 [Apenso: TC 007.266/2013-8]

Natureza(s): Pedido de reexame (Relatório de Auditoria).

Órgão/Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.

Recorrentes: Aristóteles Bassin (270.900.867-04); José Carlos Parreira Paiva (851.863.417-20); e Sérgio dos Santos Arantes (335.417.367-04).

Advogados constituídos nos autos: Carlos Roberto Siqueira Castro (20.015/OAB-DF) e outros, representando Aristóteles Bassin (peça 106), José Carlos Parreira Paiva (peça 107) e Sérgio dos Santos Arantes (peça 130); Carolina Bastos Lima Brum (135.073/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A. (peça 102)

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. PETROBRAS. CAMPOS DE GÁS PEROÁ-CANGOÁ. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS DO EMPREENDIMENTO APÓS A ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO. FALTA DE PROVIDÊNCIAS PARA REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (confirmado em sede de embargos de declaração pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário), pelos Srs. Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes (peça 63, p. 2 a 26).

2. A acórdão recorrido foi proferido em autos de auditoria na Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, destinada a avaliar os indícios de irregularidades nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, objeto do Contrato 567.2.004.02-3, firmado com a empresa Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A, indicados no levantamento de auditoria do Fiscobras 2004.

3. A realização das audiências dos responsáveis foi determinada por meio do Acórdão 1.1662/2006-TCU-Plenário (rel. Ministro Ubiratan Aguiar). Devidamente notificados, os responsáveis, ora recorrentes, apresentaram suas razões de justificativas, algumas das quais foram



rejeitadas por esta Corte de Contas, nos termos do Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, ora recorrido, a seguir transcrito, com os meus destaques:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, objeto do Contrato 567.2.004.02-3, firmado com a empresa Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos artigos 1º, inciso II, e 43, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, e 250, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. acolher as razões de justificativa de:

9.1.1. Antônio Luiz Silva de Menezes, Irani Carlos Varella, João Pinheiro Nogueira Batista, José Coutinho Barbosa, Rogério Almeida Manso da Costa Reis, Roberto Moro, Luiz Antônio Martins Sampaio, José Orlando Melo de Azevedo, José Eduardo de Barros Dutra, Guilherme de Oliveira Estrella, Ildo Luís Sauer, José Sérgio Gabrielli de Azevedo, Nestor Cuñat Cerveró, Rogério Almeida Manso da Costa Reis, Renato de Souza Duque, Paulo Roberto Costa, Lígia Ribeiro Camello, José Maria Apoliano Lima, Hélio Barros de Siqueira, Roberto Loschiavo, Renato Marques de Oliveira, Fábio Keller da Costa, Edgar Megale Barrios, Samir Adib Chaim, e Regina Célia Vieira de Assis;

9.1.2. Aristóteles Bassin e Sérgio dos Santos Arantes pela:

9.1.2.1. inclusão de equipamentos elétricos e instrumentos na planilha analítica da estimativa de custos da “Revisão A” (subitem 9.3.5.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.2.2. não inclusão do bônus de desempenho e do anexo IIC na estimativa de custos original (subitem 9.3.5.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.2.3. utilização de pesos específicos de tubulações maiores do que os especificados em normas técnicas (subitem 9.3.7 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3. José Carlos Parreira Paiva pela:

9.1.3.1. manutenção do Convite 567.8.001.02-6 (subitem 9.3.3.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.2. falta de elaboração de novo projeto básico (subitem 9.3.3.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.3. inclusão do item “verificação da consistência, adaptação e complementação do projeto básico”, como encargo da contratada, na minuta de contrato (subitem 9.3.3.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.4. habilitação da Setal Engenharia e Construções e Perfurações Ltda. (item 9.3.3.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.5. utilização da estimativa de custos da “Revisão A”, com desvio provável entre -10% e +30% (subitem 9.3.3.5 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.6. inclusão de equipamentos elétricos e instrumentos na planilha analítica da estimativa de custos da “Revisão A” (subitem 9.3.5.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.1.3.7. não inclusão do bônus de desempenho e do anexo IIC na estimativa de custos original (subitem 9.3.5.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2. rejeitar as razões de justificativa de:

9.2.1. Aristóteles Bassin pela:

9.2.1.1. falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento (subitens 9.3.2.1 e 9.3.2.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.1.2. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);



9.2.1.3. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.1.4. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “equipamentos mecânicos” “tubovias e suportes” e “homem-hora” (subitens 9.3.5.5 e 9.3.6.1/9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2. Sérgio dos Santos Arantes pela:

9.2.2.1. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2.2. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2.3. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “equipamentos mecânicos” “tubovias e suportes” e “homem-hora” (subitens 9.3.5.5 e 9.3.6.1/9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3. José Carlos Parreira Paiva pela:

9.2.3.1. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3.2. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3.3. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem (subitem 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.3. aplicar a Aristóteles Bassin, Sérgio dos Santos Arantes e José Carlos Parreira Paiva, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, nos valores de **R\$ 12.000,00 (doze mil reais), R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, respectivamente, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento das respectivas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente entre a data do presente acórdão e a do efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.5. considerar cumpridas as determinações contidas nos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário;

9.6. arquivar o processo.” (grifou-se)

4. Contra o referido acórdão condenatório, foram opostos embargos de declaração, os quais foram conhecidos e, no mérito, parcialmente providos, todavia com a manutenção dos exatos termos do acórdão embargado, conforme consta do Acórdão 364/2011-TCU-Plenário.

5. Ato contínuo, em 28/02/2011, foi interposto o presente recurso de reconsideração.

6. Em razão da natureza eminentemente técnica dos argumentos apresentados pelos recorrentes, em 20/06/2011, a Secretaria de Recursos – Serur propôs a formulação dos seguintes quesitos à Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro – SecexEstataisRJ (peça 63, p. 40-45), *verbis*:

“Quesito

12. Considerando terem sido utilizados pelo Relator do Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário como fundamento para a aplicação de multa aos recorrentes as seguintes irregularidades:



12.1. Falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento (subitens 9.3.2.1 e 9.3.2.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

12.2. Ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens "equipamentos mecânicos" "tubovias e suportes" e "homem-hora" (subitens 9.3.5.5 e 9.3.6.1/9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

12.3. Majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

12.4. Inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário).

13. Considerando que o citado Acórdão acolheu o pronunciamento da 9ª Secretaria de Controle Externo.

14. Considerando ter sido juntado aos presentes autos CD com arquivos em formato Excel, que possivelmente permite a conferência das memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos, dentre todos os outros documentos anexados aos presentes autos via memorial que compõe o anexo 24, volume principal e volume 1.

15. Pergunta-se:

15.1. Os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos, em especial aqueles constantes do Anexo 24, e os argumentos recursais constantes da peça acostada às fls. 1-25, anexo 26 atendem às solicitações desta Corte quanto à prestação de informações pela Petrobras? São capazes de elidir alguma das irregularidades descritas no item 12 da presente instrução?"

7. À época relator do feito, em 11/07/2011, acolhi a proposta da Serur e determinei a remessa dos autos à SecexEstataisRJ, para manifestação quanto aos questionamentos acima colacionados, conforme despacho à peça 63, p. 46.

8. Após proferido tal despacho, em 22/01/2014, os recorrentes ainda apresentaram esclarecimentos adicionais, acostados à peça 77.

9. A SecexEstataisRJ, por sua vez, em 19/05/2014, em pronunciamentos uniformes (peças 78 a 80), realizou a análise acerca dos questionamentos formulados pela Serur, como também dos esclarecimentos adicionais apresentados pelos recorrentes, tendo assim concluído, *verbis*:

“a.2) em resposta aos questionamentos constantes do item 15.1 da instrução daquela unidade (peça 63, p. 40-45), os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos, em especial aqueles constantes do Anexo 24, e os argumentos recursais constantes da peça acostada às fls. 1-25, anexo 26, **não atendem** às solicitações desta Corte quanto à prestação de informações pela Petrobras; bem como, **não são capazes** de elidir as irregularidades descritas no item 12 da instrução da Serur;”

10. Levando em consideração a análise realizada no âmbito da SecexEstataisRJ, a Serur, em 05/10/2015, de maneira uniforme, propôs ao Tribunal conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento (peças 85 a 87), nos termos da seguinte instrução, *verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário interposto, conjuntamente, por Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes.

2. A deliberação recorrida, mantida pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário (peça 17, p. 38-39), proferido por força de embargos de declaração, apresenta o seguinte teor:

(...)



HISTÓRICO

3. Trata-se de auditoria nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, em que se identificaram indícios de irregularidades no contrato celebrado com a Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A.

4. Identificou-se que o projeto básico não apresentava o nível adequado de detalhamento exigido pela Lei 8.666/1993 e pela Resolução Confea 361/1991. Tal situação teria impedido a correta estimativa dos custos e exigido significativas alterações no projeto, que resultaram no acréscimo de R\$ 29,8 milhões no valor da obra, equivalente a 60% do valor inicial. Além disso, teria imposto atraso de 13 meses no início de produção de gás.

5. Não obstante tais falhas tenham sido identificadas na fase inicial da licitação, motivadas não por deficiência no projeto básico, importante que se frise, mas por alterações substanciais na concepção do empreendimento após a elaboração de tal projeto, um dos recorrentes não adotou providências com vistas a revogar a licitação para, após a elaboração de novo projeto básico compatível com as alterações do empreendimento, lançar novo procedimento licitatório.

6. Ademais, os recorrentes, instados a fazê-lo, não apresentaram ao Tribunal, sob a alegação de preservação de sigilo comercial, argumento repudiado pela jurisprudência desta Corte, as memórias de cálculo que justificassem as alterações promovidas no projeto básico após a abertura das propostas das licitantes.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 63, p. 35-36), ratificado à peça 63, p. 39, pelo Ministro Raimundo Carreiro, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário.

EXAME TÉCNICO

8. Delimitação do recurso.

8.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

- a) se cometeu irregularidade o recorrente ao não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento;
- b) se houve majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem que alterassem as premissas inicialmente estabelecidas;
- c) se foram juntados aos autos as memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos;
- d) se há ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens "equipamentos mecânicos", "tubovias e suportes" e "homem-hora".

9. Tendo em vista a natureza eminentemente técnica dos argumentos apresentados pelos recorrentes nos recursos originários e nos esclarecimentos adicionais (peça 77), foi proposto por esta Unidade Técnica (peça 63, p. 40-45) e acatado pelo Relator a formulação de quesitos à Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (peça 63, p. 46), que, com ajustes de forma, assim se manifestou sobre os argumentos recursais (peça 78):

10. Existência de irregularidade praticada pelo recorrente ao não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento.

10.1. No pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), com o objetivo de contextualizar o momento em que foi deflagrado o procedimento licitatório, o recorrente esclarece que a elaboração do projeto conceitual de construção da plataforma PPER e da unidade de tratamento de gás UTGC foi aprovado em abril de 2001, ocasião em que o país passava por uma crise energética que havia afetado o fornecimento e a distribuição de energia elétrica. Assim, a Petrobras precisou viabilizar projetos voltados para a produção de insumos para o programa de investimentos do governo federal em usinas

termoelétricas, movidas a gás, carvão, óleo combustível e gás natural que não dependiam do ciclo das águas.

10.2. Em virtude da necessidade de inovações tecnológicas, da dificuldade em prever a demanda local no longo prazo e com base em dados geológicos da época, foi feita a opção por manter o custo de implementação o mais baixo possível para que o projeto de desenvolvimento fosse viabilizado. Com isso, a comissão de licitação foi nomeada em 1/3/2002 e o convite enviado em 28/3/2002.

10.3. Durante o procedimento licitatório, após o envio dos convites, a área de Exploração e Produção da Petrobras tomou conhecimento dos resultados de um novo estudo de reservatório que demonstravam que a vazão dos poços servidos pela plataforma seria ampliada. Com isso, os novos estudos foram incorporados ao projeto, com as alterações informadas aos licitantes, antes da entrega das propostas.

10.4. O prosseguimento do certame se deu, segundo o responsável, em virtude da grave crise energética e o declínio das reservas em terra no Espírito Santo, o que traria risco de a Companhia não honrar os compromissos contratuais assumidos de entrega de gás. Enfatiza ainda que, apesar de os estudos geológicos não serem qualificados como imprevisíveis, os dados resultantes destes estudos são fatos supervenientes e imprevisíveis, posto que as propriedades dos reservatórios sofrem alterações a partir de novos levantamentos sísmicos, perfuração de novos poços e histórico de produção da área. O que justificaria a necessidade de modificação das premissas originalmente adotadas.

10.5. Paralelamente às soluções técnicas que estavam sendo implementadas no projeto, a estimativa de custo para a contratação estava sendo elaborada pelo setor de Engenharia. No entanto, argumenta que, após o recebimento das propostas, foi verificada uma discrepância entre os valores apresentados pelas licitantes e a estimativa da Companhia, em especial na parte da obra relativa à UTGC. Diante disso, obedecendo a padrões internos (E&P - PE-37-2889-D), a Companhia reviu a estimativa originalmente elaborada e constatou uma divergência nos quantitativos estimados para alguns itens de projeto, dando origem a Revisão A da Estimativa de Custo, que resultou no valor de R\$ 78.954.027,00.

10.6. Esclarece, ainda, que a quantidade de insumos não havia sido informada no processo licitatório. Quanto à Revisão 0, reforça que se trata da estimativa de custo original, utilizada para fins de comparação com as propostas apresentadas.

10.7. Por fim, informa o entendimento do setor jurídico quanto à possibilidade legal de manter o procedimento licitatório, visto que as licitantes tiveram conhecimento das alterações realizadas no projeto.

10.8. Argumentos semelhantes haviam sido expostos nos Esclarecimentos Adicionais (peças 55-61). Esse documento destacou a diferença entre a logística de produção de gás e de óleo, em virtude da impossibilidade de estocar a produção e da dependência da demanda imediata do mercado do gás. Expôs, também, que em razão das inovações tecnológicas envolvidas e da expertise necessária em exploração offshore, o projeto básico que subsidiaria a licitação foi encomendado ao Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello (Cenpes - Centro de Pesquisa da Petrobras) que desenvolveu todo o projeto com base nas informações disponíveis naquele momento, visando desenvolver soluções que fossem as mais econômicas para atender a demanda de manter o custo do investimento o menor possível e, assim, viabilizar o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE). Nesse contexto, o projeto previu que a plataforma seria totalmente desabitada e controlada de forma remota, a energia necessária ao funcionamento obtida através de painéis fotovoltaicos e armazenada em Thermal Electric Generator (TEGs), o gás seria enviado às instalações de terra em sua forma original e todo o tratamento seria feito na UTGC.

10.9. Em relação aos acontecimentos após o envio do convite, o documento apresenta também que, em virtude do novo estudo sobre o reservatório, cujos resultados demonstravam aumento na vazão dos poços que serviriam a plataforma (peça 55, p. 29-53, peça 56, p. 1-15), os gestores não poderiam ignorar as características da reserva a ser explorada, nem o cenário de crise energética. Assim, no curso da licitação, os participantes foram informados das modificações de projeto necessárias para

atender a nova realidade. E o contrato foi, então, firmado com aquela que apresentou condições econômicas mais vantajosas para a Companhia. Portanto, conclui que não houve prejuízo causado pelas adequações ao projeto durante a fase licitatória.

10.10. Quanto às alterações ocorridas durante a execução do contrato, a princípio, afirmam que as alterações de escopo não foram preponderantemente causadas por modificações no projeto básico, mas de necessidades diretas e indiretas que não podiam ser previstas por ocasião de sua elaboração (peça 55, p. 8-12). Apesar de 6 Solicitações de Alteração de Escopo (SAEs) estarem diretamente relacionadas às modificações exigidas pela Portaria ANP 104/2002, emitida após o início do processo licitatório, ou seja, aos serviços de interligação da UTGC com a DPP (Hydrocarbon Dew, Point Plant - ponto de transferência de hidrocarbonetos), diversas outras SAEs foram indiretamente influenciadas pela necessidade de implementação da DPP, mas não foram classificadas como “alteração de legislação”, tais como, SAE-UTGC-081/04 - R\$ 2.238.356,72; SAE-UTGC-072/04; SAE-PEER-038/03 - de R\$ 1.803.300,54; e SAE-PEER-014/03.

10.11. Reforça que o projeto básico inicialmente elaborado era completo e trazia soluções técnicas adequadas para a realidade do momento em que foi concebido. Se houve necessidade de alteração das premissas inicialmente adotadas foi em razão de fatos supervenientes que não poderiam ser previstos.

10.12. Quanto ao atraso, preliminarmente, alega que se tratava de projeto inovador e sujeito a pequenas alterações de prazo em função da necessidade de se adequar perfeitamente a configuração dos equipamentos as premissas do projeto, bem como que um novo estudo dos dados geológicos daquele campo havia sido concluído e indicava outras necessidades de adaptação. Em seguida, argumenta que a demanda pela colocação de gás havia se retraído um pouco devido às grandes precipitações ocorridas naquele ano, o que gerou a oportunidade de realizar pequenos ajustes para contemplar os novos dados sem que houvesse um comprometimento da demanda de curto prazo. Por último, conclui que a decisão se mostrou adequada, pois possibilitou sucessivas expansões posteriores.

Análise

10.13. As irregularidades tratadas nos subitens 9.3.2.1 e 9.3.2.2 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário referem-se ao não cancelamento do Convite 567.8.001.02-6, quando da verificação de que o projeto básico constante do aludido convite ocasionou a revisão de cerca de 50% do valor da estimativa de custos elaborada pela Petrobrás, o que caracteriza a insuficiência de detalhamento do projeto básico e a necessidade de reinício do certame para a obtenção de novas propostas com base em informações mais precisas. Além disso, a não elaboração de novo projeto básico com o nível de detalhamento adequado exigido pelo art. 6º, inciso IX, c/c art. 7º, inciso I e § 2º, da Lei 8.666/1993 e pelo art. 3º, alínea f, c/c art. 6º da Resolução CONFEA 361/1991, de modo a evitar que houvesse 176 solicitações de alteração de escopo no Contrato 567.2.004.02-3, acrescendo em mais de 25% o valor original do contrato, além de atraso de aproximadamente 13 meses para o início da produção de gás.

10.14. Ao proceder à análise dos Esclarecimentos Adicionais e do Pedido de Reexame, verifica-se que, em relação a esse item, ou seja, a falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento, os argumentos apresentados são similares aos analisados anteriormente, quando foi proferido o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, mantido pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário.

10.15. Aprovado o projeto básico e inaugurado o certame licitatório para o desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peròá-Cangoá, a unidade de Exploração & Produção alterou substancialmente a concepção do empreendimento, em especial quanto ao aumento do potencial de produção dos poços. Com isso, houve necessidade de ajustar o projeto, não por defeitos em sua versão inicial, mas em razão de novos parâmetros de produção de gás.

10.16. No entanto, o Sr. Aristóteles Bassin, então gerente de Implementação de Empreendimentos de Engenharia, mesmo ciente da incompatibilidade entre o projeto básico e a nova configuração do empreendimento, deixou de adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto.



10.17. Mais uma vez, a justificativa reside na crise energética que havia afetado o fornecimento e a distribuição de energia elétrica. Contudo, nesse ponto, não está sendo questionado o caráter estratégico do desenvolvimento da produção de gás nos Campos de Peroá e Cangoá, nem sua importância para o abastecimento do estado do Espírito Santo, mas sim a inadequação do projeto básico em virtude de uma nova realidade. Ademais, a urgência do empreendimento não deve servir de justificativa à elaboração de um projeto básico deficiente.

10.18. Entende-se, portanto, que um empreendimento desta envergadura não pode prescindir do regular e tempestivo projeto básico, fundamental para que qualquer serviço de engenharia seja executado de forma adequada e sem imprevistos, conforme previsto na Lei 8.666/1993, no regulamento aprovado pelo Decreto 2.745/1998 e jurisprudência do TCU.

10.19. No tocante à pesquisa de preços, não é admissível que seja feita pela entidade destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, o que fica caracterizado quando após o recebimento das propostas, foi verificada uma discrepância entre os valores apresentados pelas licitantes e a estimativa da Companhia. O valor da estimativa de custos é procedimento prévio e indispensável à realização de processos de contratação, serve também para confronto e exame de proposta em licitação.

10.20. Assim, no caso concreto, conforme já identificado pelo Plenário no Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, deu-se uma inversão do rito licitatório, porque, após o recebimento das propostas, com os quantitativos revistos, procedeu-se à nova estimativa orçamentária da obra, a qual foi chamada de Revisão A.

10.21. Outro argumento exaustivamente avaliado por ocasião do mesmo acórdão e novamente apresentado, diz respeito ao parecer do Departamento Jurídico da empresa, que teria identificado duas possibilidades: cancelamento do convite ou classificação da melhor proposta, no caso de novos orçamentos.

10.22. Cabe reprisar que o referido parecer jurídico DIP JS-4328/02 (peça 24, p. 64-68) foi elaborado em 26/6/2002, cerca de 4 meses após a emissão do DIP ENGENHARIA/IEEPT/IENN 15/2002 (peça 23, p. 9-11), ocasião em que o responsável já tinha potencial conhecimento de que o projeto básico necessitava de consolidação. Portanto, não se afigura razoável que decorrido esse tempo, o defendente possa arrimar-se em parecer jurídico com o fito de excluir sua culpabilidade, haja vista que o próprio responsável deu causa a este transcurso de prazo, não podendo alegar a urgência do empreendimento como causa justificadora do não cancelamento do convite.

10.23. Resta observar que no Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário foi excluída a culpabilidade da comissão de licitação, ao optar pelo não cancelamento do convite 567.8.001.02-6, com respaldo no parecer jurídico, em virtude de erro escusável, pois a decisão quanto à elaboração de novo projeto básico não estaria entre as suas atribuições. A jurisprudência do TCU tem delimitado as prerrogativas da comissão de licitação com base no que dispõe o art. 51 da Lei 8.666/1993 (Acórdão 2.206/2008-TCU- Plenário). Nessa linha, a responsabilidade por defeitos no projeto básico e no orçamento estimativo deve recair sobre os profissionais envolvidos especificamente na sua elaboração.

10.24. Diferente da comissão de licitação, era razoável admitir que o Sr. Aristóteles Bassin, Gerente de Implementação de Empreendimentos da Engenharia para a Região Norte e Nordeste - IENN à época, tivesse pleno conhecimento do empreendimento. Além disso, o parecer jurídico, apesar de ter admitido, em seu corpo, a possibilidade de a Petrobras revisar seus orçamentos, concluiu pela necessidade de adoção de nova licitação.

10.25. Com relação às Solicitações de Alteração de Escopo (SAEs), o defendente traz apenas alguns exemplos e se coloca à disposição para esclarecimentos mais aprofundados sobre as modificações implementadas. Essa explicação não é suficiente para desconstituir o indicativo da inconsistência do projeto básico, uma vez que carece de todos os elementos para análise. Além disso, as SAEs não foram as únicas a impactar os valores contratados.

10.26. Considera-se, desta forma, que o parecer jurídico, a nova estimativa orçamentária da obra e as circunstâncias relativas ao suprimento de gás não consubstanciam causas aptas a excluir a

culpabilidade do responsável. Portanto, considerando que o Sr. Aristóteles Bassin era o responsável pelo empreendimento em questão, e tinha competência administrativa para cancelar o certame, as justificativas apresentadas pelo defendente não devem ser acolhidas.

10.27. Diante do exposto, os documentos juntados pelo recorrente aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.1 (falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

11. Alteração das premissas inicialmente estabelecidas em razão da majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem.

11.1. Nos Esclarecimentos Adicionais (peças 55-61), no que tange aos questionamentos voltados a estimativa de custos, reforça que os valores ofertados pelas licitantes foram comparados com a estimativa inicialmente elaborada (revisão 0) pela Companhia e, em seguida, observada uma divergência significativa (estimativa - R\$ 49.132.845,00 e menor preço ofertado - R\$ 75.735.821,70). Diante disso, foi constatado um equívoco quanto aos quantitativos de alguns itens. Com os quantitativos revistos procedeu à Revisão A da estimativa de custo que resultou no valor de R\$ 78.954.027,00. Concomitantemente à revisão da estimativa, o setor jurídico foi consultado para que emitisse parecer sobre a possibilidade de se dar prosseguimento ao certame naquelas circunstâncias. Como a hipótese foi considerada legal, os gestores deram prosseguimento ao feito sugerindo a contratação da empresa Setal que havia ofertado o menor preço.

11.2. Em relação ao aumento do valor unitário de alguns equipamentos e instrumentos contidos na Revisão A (estação de monitoramento de CFTV; 2 resfriadores de ar intermediário; 2 resfriadores de ar final; tanque de água para combate a incêndio; e painel de controle de intertravamento de segurança), esclarece que, apesar de a revisão da estimativa ter sido realizada após a entrega das propostas, foi feita de forma autônoma e dissociada dos preços apresentados no processo licitatório.

11.3. Quanto à estação de monitoramento de CFTV, algumas características técnicas foram modificadas. Nesta revisão correlacionou-se o sistema que estava sendo adquirido a outros projetos semelhantes, no caso específico ao da Plataforma P-31, cujo sistema de circuito fechado de televisão possuía monitoramento de acessos e vazamentos, câmeras com invólucros a prova de explosão e alta resolução, e com capacidade de armazenamento de imagens. Os valores de aquisição deste sistema, o Closed Circuit TV System e o TV Reception System para a plataforma P-31 foram de U\$ 236.835,80 e U\$ 147.800,00, respectivamente, totalizando U\$ 384.635,80, conforme Purchase Order PO.VN.GSU 8E89040/97 e Purchase Order PO.VN.GSU 8E84003/96 (peça 58, p. 42-50).

11.4. Para avaliar o que seria o sistema de CFTV da UTGC - PPER1 adotou-se uma correlação entre o número total de câmeras a serem utilizadas no sistema da UTGC/PPER1 (4 unidades) com o total de câmeras da P-31 (16 unidades). Recorreu-se, então, a expressão de Lang, utilizando-se o valor total do Closed Circuit TV System Control + TV Reception System, como o valor conhecido de aquisição.

11.5. Com isso: Valor Procurado = Valor do Sistema Conhecido X (número de câmeras do novo sistema UTGC-PPER1 / número de câmeras do sistema conhecido da P-31) elevado ao expoente 0,4 (típico para a disciplina Instrumentação). Procedendo-se os cálculos: Valor Correlacionado (Procurado) = U\$ 384.635,80 X (4/16) 0,4, o que corresponde a U\$ 220.915,00, ou seja, U\$ 220.000,00, na estimativa.

11.6. Como foi verificado que não havia grande variação de mercado no período compreendido entre a aquisição destes equipamentos para a P-31 e a contratação ora vergastada, foi feita a conversão pelo câmbio da época que equivaleu a R\$ 550.000,00. No entanto, este valor, quando testado junto ao mercado naquele momento histórico se mostrou inadequado e foram feitas novas pesquisas e correções no banco de dados para melhor refletir a situação dos preços praticados para este equipamento.

11.7. No que tange aos resfriadores de ar intermediário, relatam que na revisão 0 houve um equívoco na interpretação do valor da vazão, na qual foi suposta uma área de 2,4 m² de troca, conforme memória de cálculo do Sistema Mecanizado de Estimativa de Custo (SMEC) – trocador de

calor por tubos, em virtude de equívoco na leitura dos dados constantes na coluna características técnicas (peça 59, p. 2-5). Confundiu-se a informação de vazão, lendo 2,6 m³/h ao invés de 60 m³/h e a consequente área de troca. Por ocasião da revisão A, o equívoco foi percebido e este valor foi alterado para 120 m³/h.

11.8. Com a alteração de vazão para este equipamento, retificaram-se as informações de custo, buscando outras referências técnicas e de custos que apresentassem relação com a nova vazão. Com o intuito de corroborar a referência utilizada apresenta parte da publicação The Richa Rapid System - Process Plant Construction Estimating Standards - complete 1994 edition - Process Equipment, publicada pela Richardson Engineering Services, Inc (peça 59, p. 6-11). Nota que na revisão A foi necessário alterar as quantidades de trocadores de um para dois. Logo, o valor de R\$ 106.750,00 foi considerado em dobro.

11.9. Já em relação aos resfriadores de ar final, como o equipamento possui as mesmas características técnicas do resfriador de ar intermediário, foi adotado o mesmo preço unitário de R\$ 106.750,00. No entanto, sem alteração da quantidade prevista para este equipamento, uma vez que constavam duas unidades desde a revisão 0.

11.10. Na revisão 0, o tanque de água de combate a incêndio foi orçado em R\$ 262.432,25 (peça 59, p. 12-14). Para atender à nova demanda do projeto, na revisão A, a capacidade do tanque foi alterada para 2.550 m³ e mantidas as demais características e quantidade, gerando um novo valor de R\$ 431.465,96 (peça 59, p. 15-17).

11.11. Quanto ao painel de controle e intertravamento de segurança, da revisão 0 para A, algumas características técnicas para avaliação de custo foram revistas, em especial dos itens 3.2 e 4.1 da especificação técnica (peça 59, p. 18-51 e peça 60, p. 1-25).

11.12. No pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), especificamente em relação às modificações empreendidas no projeto básico, quanto à majoração do valor de instrumentos e equipamentos (estação de monitoramento de CFTV, 2 resfriadores de ar intermediário, 2 resfriadores de ar final, tanque de água para combate a incêndio, e painel de controle de intertravamento de segurança), afirma, em resumo, que derivam de o valor unitário no momento da estimativa original ser menor do que o apresentado no momento da revisão A, sem impacto na classificação das propostas e no resultado final da licitação, uma vez que o valor atribuído a esses itens na revisão representa menos de 3,7% do valor total estimado e menos de 3,9% do valor total contratado.

11.13. Aduzem, ainda, que a função do Sr. José Carlos Parreira Paiva, Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, consistiu exclusivamente no levantamento dos quantitativos de materiais e equipamentos, sendo que os questionamentos referem-se à majoração do valor unitário dos equipamentos, o que afastaria sua responsabilidade.

Análise

11.14. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata do aumento dos valores de instrumentos e equipamentos, contidos na estimativa de custos original, efetuado após a abertura das propostas, proporcionando patamares bem superiores aos valores propostos pelos licitantes, desacompanhada de demonstrativos e/ou documentos que o respaldassem e que indicassem a antiga e a atual composição destes valores.

11.15. Neste ponto, a análise estará restrita aos itens indicados na tabela do relatório de auditoria (peça 2, p. 4). Na época, a equipe de auditoria constatou uma discrepância entre os valores inicialmente previstos e os revisados nos aludidos itens, totalizando um aumento de R\$ 2.481.853,00, aproximando a estimativa total dos valores propostos pelos licitantes, visando à classificação das propostas apresentadas. Cabe lembrar que os defendentes estão sendo arrolados pelo aumento injustificado do valor unitário de equipamentos e instrumentos inseridos na estimativa de custos (revisão A).

11.16. A tese defendida que a revisão da estimativa foi feita de forma autônoma e dissociada dos preços apresentados no processo licitatório, apesar de ter sido realizada após a entrega das propostas, não deve prosperar.

11.17. Primeiramente, antes da realização de qualquer procedimento licitatório deve ser realizada a pesquisa de preço, com a finalidade de elaborar orçamento, o qual será utilizado para se definir a modalidade de licitação, bem como proceder à necessária adequação orçamentária da despesa, consoante dispõem os arts. 14 e 15, inciso V, da Lei 8.666/1993. O item 5.2 do Decreto 2.745/1998 estabelece, ainda, que o pedido de licitação deverá conter, dentre outros, os seguintes elementos: indicação do custo estimado para a execução, com o orçamento anexado ao pedido, e indicação da fonte de recursos para a contratação.

11.18. Além disso, o orçamento constitui instrumento essencial e obrigatório para que seja verificada a pertinência dos preços contratados com aqueles praticados no mercado, nos termos do art. 43 da lei de licitações. O item 6.10 do Decreto 2.745/1998 também prevê que o critério de julgamento das propostas constará do edital ou carta-convite, bem como que na sua fixação levar-se-ão em conta os fatores de qualidade, prazo de execução, preços e condições de pagamento.

11.19. Desse modo, as pesquisas de preço que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

11.20. Em relação aos pontos em análise (orçamento da estação de monitoramento de CFTV, alteração da vazão dos resfriadores intermediários de 2,6 m³/h para 120 m³/h, alteração da vazão dos resfriadores de ar final, alteração da capacidade do tanque de água de combate a incêndio de 1.000 m³ para 2.550 m³ e alterações de características do painel de controle e intertravamento de segurança), não se mostram suficientes os argumentos que se refiram a equívocos na leitura de dados ou complexidade do objeto, uma vez que se trata de uma área técnica, que tem dentre suas funções básicas e atribuições questões de tal natureza. Além disso, repetem argumentos examinados, no sentido de que as alterações se prestaram a corrigir equívocos de projeto, sem causar prejuízos para a empresa.

11.21. Os documentos apresentados servem para demonstrar as alterações realizadas, o que denota, mais uma vez, a precariedade do projeto básico, mas não para justificar o aumento do valor dos equipamentos em patamar bem superior aos valores do orçamento inicial e aos valores cotados pelos próprios licitantes.

11.22. No tocante à responsabilidade do Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, Sr. José Carlos Parreira Paiva, não há como afastá-la, porquanto bem identificada pela equipe de auditoria à época da fiscalização. Mesmo na hipótese que sua atuação tenha se restringido aos quantitativos do projeto, é de se observar que todas as irregularidades a ele imputadas referem-se também a quantitativos (subitens 9.3.5.1, 9.3.5.4 e 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário).

11.23. Sendo assim, os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.3 (majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

12. Inexistência de memórias de cálculo para demonstrar os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos.

12.1. No pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), reforça que, após diversas tratativas entre a Petrobras e o TCU, ficou acordado em 15/4/2010, conforme ata da reunião (peça 63, p. 7), o formato adequado para entrega do documento eletrônico. Conclui que resta comprovada que a punição aplicada aos recorrentes não encontra guarida, uma vez que a não entrega das referidas estimativas de custos em documento eletrônico, com as respectivas memórias de cálculos no início da auditoria, devia-se ao cumprimento do dever funcional, pois se tratava de uma decisão corporativa. Ademais, houve a entrega das estimativas a tempo de serem analisadas, no formato e com assinatura eletrônica, conforme previamente acordado.

12.2. Nos esclarecimentos adicionais (peças 55-61), com o intuito de fundamentar os cálculos da estimativa de preços, quanto ao subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário, encaminhou arquivo, em meio magnético e formato Excel, provido com assinatura digital, solicitando a confidencialidade destas informações.

Análise

12.3. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata da inexistência de memórias de cálculo que comprovem e fundamentem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento constantes das estimativas de custos e suas alterações, que deveriam estar arquivadas para efeito das ações e verificações dos sistemas de controle interno e externo, contrariando o que dispõe a alínea “f” do inciso IX do art. 6º c/c o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93 c/c a alínea “c” do inciso I do item 5.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/1998.

12.4. A equipe de auditoria observou a inexistência de memórias de cálculo que fundamentassem os valores contidos nas estimativas de custos original e nas alterações contidas na estimativa de custos da revisão A, em termos quantitativos e de composição de alguns custos de bens e serviços. Na época, foi informado, em entrevista com o Sr. José Carlos Parreira Paiva, então coordenador do projeto na Engenharia/IEEPT, que o levantamento das alterações quantitativas foi realizado informalmente, com pressuposições de características, tipos e dimensões de obras civis e tubulações em reunião com técnicos da engenharia, não sendo arquivados esses rascunhos como memórias de cálculo.

12.5. Nesse sentido, o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993 estipula a obrigatoriedade do detalhamento dos preços unitários. Ademais, a jurisprudência deste tribunal é farta quanto à necessidade da existência das composições analíticas nas licitações. Desta forma, os processos licitatórios para a execução de obras e para a prestação de serviços devem ser instruídos com orçamento detalhado da composição analítica dos custos unitários do objeto a ser contratado.

12.6. A própria equipe de auditoria já havia apontado em seu relatório (peça 1, p. 40-45) que conforme dispõe a alínea “f” do inciso IX do art. 6º c/c o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993 c/c a alínea “c” do inciso I do item 5.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/1998, deve existir, no Projeto Básico constante da licitação, um orçamento detalhado do custo, chamado no âmbito da Petrobras de Estimativa de Custos, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, isto é, os orçamentos devem ser lastreados e propriamente avaliados em memórias de cálculo que comprovem e fundamentem seus valores e quantitativos de serviços e de fornecimento, devendo ser arquivadas para efeito das ações e verificações dos sistemas de controle interno e externo.

12.7. Ao analisar os documentos ora enviados (peça 56, p. 23-50 e peça 57, p. 1-44), infere-se que as solicitações de alteração de escopo apresentadas, num total de R\$ 5.808.360,34, além de não estarem acompanhadas das memórias de cálculo solicitadas, não representam a totalidade das estimativas de custos. É o que se depreende do cotejo desse total apresentado, com o valor de R\$ 78.954.027,00 referente às alterações contidas na estimativa de custos da revisão A, bem como aos R\$ 49.132.845,00 atinentes à estimativa de custo original. Esse procedimento não se coaduna com a jurisprudência do TCU, segundo a qual essas composições devem descrever todos os insumos necessários para a perfeita caracterização dos serviços/fornecimentos (Acórdãos 549/2006, 2.385/2006, 946/2007 e 2.293/2007, todos do Plenário).

12.8. Outrossim, a planilha enviada à peça 60, p. 33, representa apenas um demonstrativo sintético das alterações, destituída das memórias de cálculo solicitadas e, portanto, incapaz de fundamentar os valores estimados. Além disso, o documento possui data de modificação em 13/10/2006, não havendo documentos que comprovem que se trata de estimativas da época – as propostas das licitantes foram apresentadas em 17/6/2002 (peça 23, p. 46).

12.9. Dessa forma, conclui-se que os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.4 (Inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

13. Ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens "equipamentos mecânicos", "tubovias e suportes" e "homem-hora".

13.1. No pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), no que tange à ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, em decorrência das modificações de projeto

implementadas pela Circular 12, que previa uma torre para o flare e passou a prever um ground flare, afirma que a área teve que ser recalculada por questão de segurança operacional, o que gerou um volume maior de terraplenagem.

13.2. Nos esclarecimentos adicionais (peças 55-61), em relação ao acréscimo nos quantitativos de áreas e espessuras, no valor de R\$ 926.378,00, item do orçamento 4.3 (Urbanização e Área Geral – Terraplanagem), sem que houvesse justificativa técnica para tanto, demonstrada por meio de plantas e cálculos (subitem 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário), encaminha a planta que acompanhou a Circular 12, o que demonstraria as alterações na área (peça 60, p. 28-30). Acrescenta que para atender as normas de segurança, motivado pela troca do flare (vertical) pelo multi-flare (flare horizontal), ocorreu um aumento da área de aproximadamente 16.600m². Com isso, e em decorrência da topografia da área, foi verificada a necessidade de rebaixamento de aproximadamente um metro do solo, o que gerou um volume total de terraplenagem 61.600m³.

13.3. Em relação à utilização de BDI de serviço de 40 %, no pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), informa que o fornecimento de equipamentos taguados foi separado da planilha de fornecimento de serviços e sobre aqueles se aplicou o percentual de 17% de BDI, considerando que tais bens sofrem tratamento diferenciado em função dos aspectos tributários, percentual aplicado desde a estimativa original (Revisão 0), segundo orientação tributária do Departamento Jurídico da Companhia. Assim, na planilha de fornecimento de materiais deveria constar apenas o “valor individual dos equipamentos que não sejam considerados insumos da prestação do serviço, sejam contabilizados individualmente e possam ser desmobilizados sem que alteradas a sua natureza e características”. Ressalva que os itens questionados pela auditoria não se referem a itens taguados, mas a materiais e equipamentos que estão intrinsecamente associados à prestação de serviços e que dela não podem se dissociar, pois afrontaria o entendimento tributário dominante, em conformidade com a jurisprudência do STJ, conforme já reproduzido em esclarecimentos adicionais e embargos de declaração.

13.4. No documento que contém os esclarecimentos adicionais (peças 55-61), quanto ao subitem 9.3.6.1 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário, expõe que os itens 3.1 da PPFER-01 e 3.1.3 da UTGC referem-se a equipamentos e materiais que estão intrinsecamente associados à prestação de serviços e dela não podem se dissociar. Reforça que por questões de norma tributária quando não se pode dissociar a utilização dos equipamentos dos serviços deve-se enquadrá-los nesta categoria e não como fornecimento de bens.

13.5. Aduz que só poderá haver aproveitamento dos créditos de ICMS dos bens que não representem insumo da prestação de serviços, ou seja, dos bens imobilizados contabilmente no Ativo de forma individual ou, ainda, dos chamados bens taguados. Com o intuito de corroborar sua tese, reproduz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a base do cálculo do ISS (REsp 976.605/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 5/3/2009, DJe 2/4/2009 e REsp 1051383/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 24/6/2008, DJe 12/8/2008).

13.6. No pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), quanto à majoração dos custos unitários dos itens: equipamentos mecânicos, tubovias e suportes, e homem-hora, afirma que a alteração relativa à base de equipamento mecânico e a tubovias de suporte ocorreu em função de uma falha na composição do concreto, pois a estimativa original teria considerado apenas o fornecimento, lançamento e adensamento e, então, seria necessário incorporar a eles a previsão das fôrmas, das armaduras e dos transportes.

13.7. Por último, acrescenta que a alteração do custo unitário do serviço representou apenas 2% do valor total da revisão, com impacto pequeno na correção da estimativa. Com isso, a alteração mais significativa sofrida na Revisão A teria decorrido das alterações de quantitativos, o que confirmaria que o grande problema foi na estimativa de quantitativos feita internamente e não nos valores unitários alterados.

13.8. Já nos esclarecimentos adicionais (peças 55-61), em relação ao subitem 9.3.6.2 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário, informa que, em função do decurso do tempo, a Petrobras não mais dispõe do mesmo banco de dados utilizado para realizar a decomposição deste serviço. Apesar disso,

encaminha simulação (peça 60, p. 32-33) com o objetivo de demonstrar que a alteração do custo unitário do serviço representou 2% do valor total da revisão e expõe que a alteração sofrida na Revisão A decorreu das alterações de quantitativos, sendo que a soma de todos os preços modificados responderam apenas por 7% do valor total da revisão.

13.9. Além disso, acrescenta que a página 165 da Revista Construção Mercado 9, de abril/2002, contempla o valor de estrutura de concreto armado - RJ, no montante de R\$ 900,56/m³, o que justificaria o valor de R\$ 900,00 /m³, adotado na estimativa de custos da Revisão A (peça 61, p. 25).

13.10. Com relação à revisão do valor do homem/hora (de R\$ 35,14/Hh para R\$ 50,76/Hh) ocorrida entre a estimativa inicial (Revisão 0) e a Revisão A, no pedido de reexame (peça 63, p. 18-33), explica que foi necessária em decorrência da percepção que o valor estimado encontrava-se defasado em relação ao mercado e incompatíveis com os preços que vinham sendo ofertados em empreendimentos semelhantes. Para comprovar os números utilizados, junto com os esclarecimentos adicionais, foi carreado aos autos um quadro demonstrativo da evolução do valor da mão de obra em empreendimentos licitados pela empresa, com o intuito de demonstrar que os novos valores estimados estão compatíveis com os valores de mercado.

13.11. Nos esclarecimentos adicionais (peças 55-61), no que tange ao subitem 9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário, esclarece que o valor da mão de obra passou de R\$ 35,14 para R\$ 50,76 H/h, pois se encontrava defasado em relação ao mercado. Assim, por ocasião da Revisão A, ocorreu a reavaliação dos custos por um indicador mais apropriado para a composição do custo e, desta forma, corrigindo um erro de avaliação técnica.

13.12. Em complemento (peça 61, p. 25-27), apresenta um quadro demonstrativo da evolução dos custos de montagem de empreendimentos que estavam sendo executados à época.

Análise

13.13. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata do acréscimo nos quantitativos de áreas e espessuras, no valor de R\$ 926.378,00, no item do orçamento 4.3 (Urbanização e Área Geral – Terraplenagem), sem que houvesse justificativa técnica para tanto, demonstrada por meio de plantas e cálculos.

13.14. Por ocasião dos esclarecimentos adicionais, as justificativas técnicas apresentadas pelos defendentes vieram acompanhadas de tabela, a seguir reproduzida, com o levantamento das áreas iniciais e finais, bem como de plantas (peça 60, p.28-31):

SERVIÇO	INI CIAL	FIN AL	DIFERE NÇA
Terraplenagem (m ²)	45.0 00,00	60.8 72,70	15.872,70
Calçadas (m ²)	774, 22	1.24 7,14	472,92
Ruas (m ²)	5.91 1,52	8.97 4,29	3.062,77
Grama (m ²)	23.4 25,37	21.2 45,19	-2.180,18
Brita (m ²)	12.4 48,65	10.4 73,28	-1.975,37
Cerca (m)	1.07 4,00	1.40 9,73	335,73

13.15. A equipe de auditoria havia destacado em seu relatório (peça 2, p. 7) a falta de demonstrativos e/ou documentos que respaldassem e indicassem a antiga e atual composição dos itens questionados. Foi mencionada a necessidade de que as alterações promovidas fossem demonstradas,

por exemplo, com base nas plantas do terreno da UTGC, de modo que a equipe pudesse certificar a adequação dos cálculos que resultaram no aumento do volume total de terraplenagem.

13.16. Analisando os documentos acostados aos autos, em especial as plantas (peça 60, p.30-31), verifica-se que não há indicação entre a situação inicial e a final, de forma que seja possível certificar os cálculos que resultaram no aumento do volume total de terraplenagem. Além disso, as plantas apresentadas são iguais, em diferentes perspectivas, não sendo possível verificar as alterações promovidas. Quanto à tabela, esta é somente indicativa da quantidade de serviços inicial e final, não se prestando para qualquer tipo de comprovação.

13.17. Assim sendo, as informações ora trazidas pelos responsáveis pouco agregam à situação já verificada pelos auditores.

13.18. Quanto à utilização do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) de serviços de 40% para composição do valor total de venda constante das Estimativas de Custos do item 3.1.3 (fornecimento de materiais - tubulações, conexões, válvulas, materiais elétricos, instrumentação, comunicação, transporte de equipamentos e materiais), para o caso da UTGC, e do 3.1 (fornecimento da contratada, materiais - estacas, estruturas, proteção catódica, tubulações, elétrica e instrumentação), para o caso da PPER-01, os responsáveis restringem sua argumentação à questão tributária do aproveitamento do crédito do ICMS dos bens que não representem insumo da prestação de serviços. Tal justificativa não se coaduna com as orientações do TCU acerca da composição do BDI, consoante o Acórdão 2369/2011–TCU–Plenário que consolidou as premissas utilizadas no seu cálculo. O referido trabalho destaca que o ICMS não deve compor o BDI porquanto não se insere na categoria de despesas indiretas, já que incide diretamente sobre o preço dos materiais. Desta forma, resta injustificada a não aplicação do percentual de 17% de BDI, referente a bens, bem como a adequação dos valores referentes ao fornecimento de materiais e equipamentos.

13.19. Subsiste, assim, a irregularidade apontada pela equipe de auditoria em seu relatório (peça 2, p. 11-12), cujos fundamentos destaca-se abaixo:

Observa-se um aumento de 23% da taxa de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) para o fornecimento de materiais, utilizado para composição do valor total de venda constante das Estimativas de Custos do item 3.1.3 (fornecimento de materiais - tubulações, conexões, válvulas, materiais elétricos, instrumentação, comunicação, transporte de equipamentos e materiais), para o caso da UTGC, e do 3.1 (fornecimento da contratada, materiais - estacas, estruturas, proteção catódica, tubulações, elétrica e instrumentação), para o caso da PPER-01, sem a apresentação de demonstrativos e/ou documentos que respaldassem ou indicassem a composição dos custos.

O gerente setorial de Estimativa de Custos e Prazos da ENGENHARIA/SL/ECP, Sr. Sérgio dos Santos Arantes, conforme DIP ENGENHARIA/SL/ECP 152/2004, às fls. 30/43 do Anexo 4, informa que foi utilizado o BDI de serviços no percentual de 40% e não o BDI utilizado para fornecimento de bens (equipamentos de processo, ar comprimido), cujo percentual é de 17%, devido ao volume de mão-de-obra agregada na composição do preço final dos materiais em questão.

Todavia, não nos foi apresentada a composição do preço final desses materiais e a demonstração de quanto seria a mão-de-obra necessária ao fornecimento desses materiais, tampouco uma composição específica para a taxa aplicada que justifique um aumento de 23% na taxa de BDI para esses materiais.

De acordo com o DIP supracitado foram consideradas as mesmas despesas para a composição do BDI em ambos os casos (fornecimento de materiais e de equipamentos), como as despesas de gerenciamento de suprimento, diligenciamento, inspeção e tributos.

Observa-se que a composição do BDI de serviços em relação ao de bens, descrita na tabela abaixo e no mesmo DIP, utilizada para esses materiais, apresenta aumento do lucro, inclusão de riscos e seguros, e até a existência de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), que não incide sobre esses materiais, dado o fato gerador do tributo municipal.

Composição do BDI de bens e serviços conforme DIP ENGENHARIA/SL/ECP 152/2004

Item Custo	Taxa utilizada na composição	Taxa utilizada na composição do BDI Bens	Diferença

Administração Central – “OVERHEAD”	8,5 %	5,00%	+ 3,5%
Riscos e seguros	1,5%	0,0%	+ 1,5%
Lucro	10,0%	3,5%	+ 6,5%
Impostos e			
IR	5,63%	3,84%	+1,79%
ISSQN	5,00%	0,00%	+5,00
PIS-PASEP	0,65%	0,65%	
COFINS	3,00%	3,00%	
Total ⁽¹⁾	40%	17%	+ 23%

O demonstrativo de preços apresentado pela SETAL na fase de negociação apresenta que a taxa de BDI utilizada para equipamentos é a mesma para tubulações, materiais elétricos e instrumentação, à fl.117 do Anexo 6, corroborando o entendimento de que a aplicação da taxa de BDI nesse caso foi indevida, visto que anteriormente a própria Petrobras utilizava outro critério.

13.20. Em relação ao aumento de 86% do custo unitário (R\$/m³) dos subitens bases de equipamentos mecânicos, tubovia e suportes (item 4.1 - Bases e fundações), da planilha sintética da Estimativa de Custos Original e da Revisão A, passando de R\$ 485/m³ para R\$ 900/m³ após a abertura das propostas, sem a apresentação de demonstrativos e/ou documentos que o respaldassem e que indicassem a antiga e a atual composição destes custos unitários (item 9.3.6.2 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário), os responsáveis informam que este novo valor está condizente com estimativa publicada em revista técnica especializada datada de abril de 2002. No entanto, essa publicação já existia por ocasião da estimativa de custos original de junho de 2002, não sendo elemento hábil a justificar o aumento ocorrido após a abertura das propostas.

13.21. Quanto ao aumento de 44% do valor unitário do homem-hora (R\$/Hh), após a abertura das propostas, descrito na coluna “valor unit.”, no item 6, subitem 6.1 “tubulações e conexões”, parte de montagem, da planilha analítica da Estimativa de Custos Original e Revisão A, passando de R\$ 35,14/Hh para R\$ 50,76/Hh, as justificativas apresentadas pelos defendentes não vieram acompanhadas dos elementos comprobatórios exigidos, de modo a indicar o novo patamar do mercado fornecedor desse serviço, à época, bem como a antiga e a atual composição de custos desses valores unitários (item 9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário). Registre-se que essas justificativas são completamente diferentes das apresentadas anteriormente, quando da análise das audiências (Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário). Naquela oportunidade, a argumentação foi de que os responsáveis utilizaram índices de produtividade distintos, sendo que, agora, alegam defasagem de preços em relação ao mercado.

13.22. O quadro demonstrativo da evolução do custo de montagem pouco agrega à situação já verificada pelos auditores, à época da fiscalização. Na auditoria, já havia sido mencionada a necessidade de que as alterações promovidas fossem demonstradas e lastreadas em levantamentos precisos e não pressuposições ou atribuições aleatórias. Esse demonstrativo indicaria, no máximo, que os responsáveis assumiram como valor de mercado os números estabelecidos em um único contrato (PRA-1), o que torna a estimativa bastante precária.

13.23. Ademais, a equipe de auditoria bem observou que o custo do homem-hora para a montagem das tubulações é majoritariamente definido pelo mercado (demanda x oferta) fornecedor desse serviço. Neste sentido, os defendentes não apresentam justificativas para o fato de, decorridos apenas 40 dias da Estimativa de Custos Original (Revisão 0), o valor unitário do homem-hora (R\$/Hh) ter aumentado em 44%, passando de R\$ 35,14/Hh (Revisão 0), para R\$ 50,76/Hh (Revisão A).

13.24. Diante do exposto, os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.2 (ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos



unitários dos itens "equipamentos mecânicos" "tubovias e suportes" e "homem-hora") da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45). **CONCLUSÃO**

14. Das análises anteriores conclui-se que:

a) houve irregularidade na prática de não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento, haja vista as profundas alterações realizadas na concepção do empreendimento;

b) restou configurada a majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem que alteraram as premissas inicialmente estabelecidas;

c) a planilha com as memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos juntadas aos autos não permitem a comprovação da correção dos valores e quantitativos adotados;

d) não restou justificado o acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens "equipamentos mecânicos", "tubovias e suportes" e "homem-hora".

14.1. Dessa forma, não há razões para se prover o pedido de reexame.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos pedidos de reexame interpostos por Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.” (grifos do original)

11. Estando os autos pautados para julgamento na Sessão Ordinária do Plenário, prevista para o dia 13/04/2016, a pedido do procurador da Petrobrás para a apresentação de documentação complementar, determinei a sua exclusão de pauta, em 12/04/2016, conforme despacho à peça 92.

12. Ato contínuo, em 06/05/2016, a defesa dos recorrentes juntou aos autos o documento denominado Memorial (peça 93).

13. Diante da apresentação da aludida documentação, em 01/08/2016, determinei a restituição dos autos à Serur, para a atualização da proposta de encaminhamento, conforme despacho à peça 103.

14. A Serur, por sua vez, em pronunciamentos uniformes (peças 119 a 121), em 20/12/2017, considerando que diversos documentos referenciados no aludido memorial não teriam sido juntados, oficiou aos procuradores dos recorrentes para que juntassem tais documentos, providência essa cumprida, em 12/01/2018, conforme documentos constantes da peça 122.

15. Realizado o saneamento do feito, a Serur, em 21/05/2019, mais uma vez de maneira uniforme (peças 124 a 126), ratificou o seu posicionamento inicial (peças 85 a 87), propondo à Corte de Contas o conhecimento do recurso, para, no mérito, ser-lhe negado provimento, nos termos da seguinte instrução, *verbis*:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame contra o Acórdão 3007/2010-TCU-Plenário interposto, conjuntamente, por Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes (peça 63, p. 2-26).

1.1. A deliberação recorrida, mantida pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário (peça 17, p. 38- 39), proferido por força de embargos de declaração, apresenta o seguinte teor:

(...)

HISTÓRICO

2. Trata-se de auditoria nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, em que se identificaram

indícios de irregularidades no contrato celebrado com a Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A.

2.1. Identificou-se que o projeto básico não apresentava o nível adequado de detalhamento exigido pela Lei 8.666/1993 e pela Resolução Confea 361/1991. Tal situação teria impedido a correta estimativa dos custos e exigido significativas alterações no projeto, que resultaram no acréscimo de R\$ 29,8 milhões no valor da obra, equivalente a 60% do valor inicial. Além disso, teria imposto atraso de 13 meses no início de produção de gás.

2.2. Não obstante tais falhas tenham sido identificadas na fase inicial da licitação, motivadas não por deficiência no projeto básico, importante que se frise, mas por alterações substanciais na concepção do empreendimento após a elaboração de tal projeto, um dos recorrentes não adotou providências com vistas a revogar a licitação para, após a elaboração de novo projeto básico compatível com as alterações do empreendimento, lançar novo procedimento licitatório.

2.3. Ademais, os recorrentes, instados a fazê-lo, não apresentaram ao Tribunal, sob a alegação de preservação de sigilo comercial, argumento repudiado pela jurisprudência desta Corte, as memórias de cálculo que justificassem as alterações promovidas no projeto básico após a abertura das propostas das licitantes.

2.4. Interposto o pedido de reexame que ora se instrui em 28/2/2011, em razão da natureza eminentemente técnica dos argumentos apresentados pelos recorrentes nos recursos originários e nos esclarecimentos adicionais (peça 77), em 14/6/2011 foi proposto por esta Unidade Técnica (peça 63, p. 40-45) e acatado pelo Relator (peça 63, p. 46) a formulação de quesitos à Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro.

2.5. A Unidade Técnica especializada respondeu os quesitos por meio da instrução acostada à peça 78, tendo informado, em 2/4/2014, que:

a.2) em resposta aos questionamentos constantes do item 15.1 da instrução daquela unidade (peça 63, p. 40-45), os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos, em especial aqueles constantes do Anexo 24, e os argumentos recursais constantes da peça acostada às fls. 1-25, anexo 26, não atendem às solicitações desta Corte quanto à prestação de informações pela Petrobras; bem como, não são capazes de elidir as irregularidades descritas no item 12 da instrução da Serur;

2.6. Esta Unidade Técnica, em 18/7/2014, propôs ao Tribunal, após a análise dos argumentos recursais apresentados e das conclusões da Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento (peça 85).

2.7. Estando os autos pautados para julgamento na Sessão Ordinária do Plenário prevista para o dia de 13/04/2016, foi retirado de pauta na véspera da sessão a pedido do procurador da Petrobrás para a apresentação de documentação complementar.

2.8. Ato contínuo a defesa dos recorrentes juntou aos autos documento denominado memorial (peça 93), trazendo diversos argumentos com o intuito de combater as conclusões emitidas tanto pela Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro, quanto por esta Secretaria de Recursos, e outros já exaustivamente enfrentados no âmbito desta Corte na fase processual anterior e nesta etapa recursal.

2.9. Em despacho acostado à peça 103 o Ministro-Relator determinou a atualização da proposta de encaminhamento elaborada por esta Unidade Técnica à luz dos elementos trazidos aos autos pelos recorrentes via memorial.

2.10. Contudo, compulsando o referido memorial não se localizou diversos documentos nos quais os recorrentes baseavam suas argumentações, motivo pelo qual, em atenção aos princípios da celeridade e economia processuais, associados ao princípio da ampla defesa e da busca da verdade material, esta Unidade Técnica, em instrução acostada à peça 119, entendeu por bem oficial os procuradores dos recorrentes para que, caso quisessem, juntassem aos presentes autos os diversos documentos referenciados no memorial e não anexados à peça de defesa, providência por eles cumprida conforme documentos que compõe a peça 122 dos presentes autos.



EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 63, p. 35-36), ratificado à peça 63, p. 39, pelo Ministro Raimundo Carreiro, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso.

4.1. Constitui objeto do recurso examinar se os argumentos e/ou documentos acostados aos autos via memorial (peça 93) são capazes de alterar a proposta de encaminhamento acostada à peça 85.

4.2. Os recorrentes trazem à apreciação as seguintes questões:

- a) se José Carlos Parreira Paiva pode ser responsabilizado pelo Tribunal;
- b) se a crise energética enfrentada pelo país à época dos fatos é motivo justo para a não revogação do procedimento licitatório;

5. Responsabilização de José Carlos Parreira Paiva.

5.1. Sustenta o recorrente que, à época dos fatos, tinha como atribuição apoiar tecnicamente os empreendimentos nos projetos que eram desenvolvidos pela área de engenharia da Empresa Pública, de modo que as imputações a ele atribuídas pelo Tribunal são estranhas às funções por ele desempenhadas, afirmando que:

Assim, no exercício das atribuições de Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, este cuidava, na fase de licitação, exclusivamente do levantamento dos quantitativos de materiais e equipamentos, com base nos documentos do Projeto Básico, elaborado pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento da PETROBRAS (CENPES) - quantitativos que eram preenchidos nas Planilhas para elaboração da Estimativa de Custos pelo órgão especializado da Companhia.

Já na fase de execução contratual, cumpria ao Coordenador do Projeto, junto com a equipe de fiscalização do projeto, verificar se toda a documentação do Projeto Executivo elaborado pela contratada amoldava-se aos padrões e especificações técnicas, antes que fossem liberadas as atividades executórias do contrato.

5.2. Dessa forma, entende que a simples existência de ato irregular não tem o condão de torna-lo responsável, eis que não há sua participação na autoria do ato irregular, sua conduta não contribuiu para a irregularidade apurada e que, portanto, não há como se estabelecer o necessário nexo de causalidade entre seus atos e as irregularidades tratadas nos presentes autos.

Análise

5.3. A questão foi correta e exaustivamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior, assim como nas instruções lançadas por esta Unidade Técnica e pela Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro nesta fase recursal.

5.4. Na qualidade de Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, mesmo em relação às atribuições que informa que eram por ele desempenhadas, não há razões para que sua responsabilidade seja afastada.

5.5. Ocorre que os atos irregulares a ele atribuídos dizem respeito justamente aos cálculos dos quantitativos que afirma, via memorial, serem de sua responsabilidade, devendo se observar que todas as irregularidades a ele imputadas se referem justamente aos quantitativos (subitens 9.3.5.1, 9.3.5.4 e 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário).

6. Crise energética.

6.1. Repetem os recorrentes os argumentos que vem sendo debatidos nos presentes autos desde sua autuação no âmbito deste Tribunal, no sentido de que a crise energética enfrentada à época dos fatos justificava a opção pela não revogação do procedimento licitatório em curso na Petrobrás.

6.2. Juntam aos autos cópia do Decreto 3.371/2000, de resultado de sondagem e da aprovação da licitação do Projeto Antecipado de Desenvolvimento dos Campos de Peroá e Cangoá por parte da Diretoria Executiva da Petrobrás, além de documentos que supostamente comprovam a inviabilidade de cancelamento da licitação em face da urgência da contratação em tela, haja vista que somente a fase de licitação perdurou por nove meses.

6.3. Ademais, afirmam os recorrentes que esta Corte, em situação análoga, já decidiu ser viável, em razão do caráter antieconômico, o não cancelamento de licitação, citando o Acórdão 1112/2011-TCU-Plenário.

Análise

6.4. Os argumentos, exaustivamente refutados pelo Tribunal na fase processual anterior, não tem o condão de alterar o acórdão recorrido, tampouco os documentos juntados pelos recorrentes via memorial, conforme se demonstrará a seguir.

6.5. Ocorre que a alegada urgência para se iniciar a produção de gás por meio da licitação irregular acabou por atrasar ainda mais o início da exploração conforme já destacado por esta Corte, eis que foi identificado que o projeto básico não apresentava o nível adequado de detalhamento exigido pela Lei 8.666/1993 e pela Resolução Confea 361/1991. Tal situação teria impedido a correta estimativa dos custos e exigido significativas alterações no projeto, que resultaram no acréscimo de R\$ 29,8 milhões no valor da obra, equivalente a 60% do valor inicial. Além disso, teria imposto atraso de 13 meses no início de produção de gás.

6.6. Não obstante tais falhas tenham sido identificadas na fase inicial da licitação, motivadas não por deficiência no projeto básico, importante que se frise, mas por alterações substanciais na concepção do empreendimento após a elaboração de tal projeto, um dos recorrentes não adotou providências com vistas a revogar a licitação para, após a elaboração de novo projeto básico compatível com as alterações do empreendimento, lançar novo procedimento licitatório.

6.7. Ademais, o precedente citado pelos recorrentes em sua última manifestação não se amolda aos fatos tratados nos presentes autos, já que não se trata aqui da faculdade de a empresa pública, motivada por razões econômicas, de não lançar novos procedimentos licitatórios, como trata o Acórdão 1112/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, mas de procedimento licitatório com diversas falhas em seu projeto básico.

7. Outras considerações.

7.1. Por fim os recorrentes insistem nos argumentos relativos à aplicação da Lei 8.666/1993 às licitações realizadas pela Petrobras, do correto trâmite do procedimento licitatório ora questionado e outras questões já tratadas por esta Unidade Técnica nas instruções lançadas nos presentes autos.

7.2. Não obstante, cabe esclarecer que os recorrentes não trazem junto ao memorial quaisquer documentos e/ou argumentos novos, motivo pelo qual não tem o condão de alterar o posicionamento anterior deste Tribunal.

7.3. Verifica-se, da análise da vasta documentação trazida pelos recorrentes para fundamentar os argumentos contidos no memorial, que, assim como repetem os argumentos já enfrentados nas instruções anteriores desta Unidade Técnica, a maioria dos documentos já constava dos presentes autos desde a fase processual anterior, conforme se demonstrará a seguir:

Documento	Anteriormente juntado à
Documento interno da Petrobras de 6/7/2001	peça 28, p. 13
Comunicado de 17/1/2013	peça 23, p. 7
Resumo executivo da Diretoria Executiva	peça 23, p. 8
Relatório da Comissão de Licitação	peça 23, p. 46-51
E-mail de 17/6/2005	peça 77, p. 37-38
Documento interno da Petrobras de 2/1/2002	peça 23, p. 4
Quadro demonstrativo de preços ofertados	peça 26, p. 39
Documento interno da Petrobras de 26/6/2002	peça 24, p. 64-68
Escopo do projeto	peça 77, p. 39-41
Ata de reunião ocorrida nesta Corte	Peça 63, fl. 27-28
Notícia veiculada no site deste Tribunal	Peça 63, fl. 29



7.4. Além disso, há documentos, como o Decreto 3.371/2000, Portaria ANP 104/2002 (peça 53, pag. 100-104), que, por serem públicos, eram de conhecimento desta Corte antes do julgamento dos presentes autos na fase processual anterior, não tendo o condão de beneficiar os recorrentes.

7.5. Constam da documentação trazida, ainda, os seguintes documentos constantes da peça 123:

- a) Decisões da diretoria executiva de 17/1/2002 – p. 24;
- b) Documento interno da Petrobras de 3/9/1998 – p. 25-30;
- c) Documento interno da Petrobras de 3/5/2002 – p. 31-33;
- d) Documento interno da Petrobras de 7/5/2002 – p. 34-38;
- e) Documento interno da Petrobras de 19/6/2002 – p. 39;
- f) Acompanhamento de projetos – p. 56-59;
- g) Ata de reunião de análise crítica – p. 60;
- h) Esclarecimentos quanto ao aumento dos valores, quantitativos e percentuais – p. 61-80;
- i) Relatório de sondagem geotécnica – p. 95-127.

7.6. Entretanto, apesar de não terem sido juntados anteriormente aos presentes autos, tais documentos não trazem quaisquer informações novas e/ou relevantes à análise dos recursos de reconsideração interpostos.

CONCLUSÃO.

8. Da análise anterior conclui-se que os elementos trazidos pelos recorrentes junto ao memorial juntado aos autos não são capazes de alterar o posicionamento anterior desta Unidade Técnica, de modo que, nesta oportunidade, ratifica-se a proposta de encaminhamento constante da instrução acostada à peça 85 no sentido de se conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhes provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do pedido de reexame interposto conjuntamente por Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes contra o Acórdão 3007/2010-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.” (grifos do original)

16. Estando os autos em meu gabinete, em 12/08/2019, foi realizada reunião técnica com os recorrentes e seus causídicos, oportunidade em que ofereceram esclarecimentos diretamente à minha assessoria e, mais uma vez, apresentaram novo memorial (peça 131).

É o Relatório.

VOTO

Inicialmente, esclareço que atuo nos presentes autos por força de novo sorteio realizado em 04/06/2019 (peça 129), em razão da declaração de impedimento do Ministro Aroldo Cedraz (peça 128), que atuava no feito por força do art. 152 do RI/TCU. Registro, ademais, que já vinha atuando como relator destes autos nesta fase recursal por força do primeiro sorteio realizado em 24/03/2011 (peça 63, p. 38).

2. Em análise, pedido de reexame interposto, em 28/02/2011, contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (confirmado em sede de embargos de declaração pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário), pelos Srs. Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva, e Sérgio dos Santos Arantes (peça 63, p. 2 a 26).

3. Quanto à admissibilidade, ratifico o posicionamento preliminar por mim adotado, em 30/03/2011 (peça 63, p. 39), para conhecer do pedido de reexame, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992.



4. Quanto ao mérito, desde já, adianto que acompanho os posicionamentos uniformes proferidos no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peças 85 a 87 e 124 a 126), cujos fundamentos, transcritos em meu relatório, incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações.

5. Cumpre destacar que a Serur lançou duas instruções acerca dos argumentos e documentos apresentados pelos recorrentes, ambas com propostas uniformes de encaminhamento pela negativa de provimento ao recurso.

6. A primeira, em 05/10/2015 (peças 85 a 87), por meio da qual, levando em consideração a análise técnica realizada no âmbito da SecexEstataisRJ (peças 78 a 80), examinou e refutou as alegações apresentadas pelos recorrentes em sua peça recursal, datada de 28/02/2011 (peça 63, p. 2 a 26), e em elementos adicionais apresentados em 22/01/2014 (peça 77).

7. Encontrando-se os autos pautados para julgamento na Sessão Ordinária do Plenário, prevista para o dia 13/04/2016, a pedido do procurador da Petrobrás para a apresentação de documentação complementar, determinei a sua exclusão de pauta, em 12/04/2016, conforme despacho à peça 92.

8. Assim, foram apresentados pelos recorrentes o memorial à peça 93, em 06/05/2016, e a documentação complementar à peça 122, em 12/01/2018. Diante da juntada de tais elementos, a Serur procedeu a sua segunda instrução, em 21/05/2019 (peças 124 a 126), por meio da qual ratificou a proposta de encaminhamento constante de sua primeira instrução, por ter concluído que não foram apresentados pelos recorrentes quaisquer documentos e/ou argumentos novos capazes de alterar o posicionamento anteriormente adotado por esta Corte de Contas.

9. Como se vê, foi conferida aos recorrentes a possibilidade de juntada de novos elementos depois de encerrada a fase de instrução, isto é, após o titular da Serur, em 05/10/2015, ter emitido seu parecer conclusivo.

10. Destaco, a esse respeito, que o art. 160 do Regimento Interno do TCU apenas prevê a possibilidade de juntada de documentos novos pela parte antes do término da fase de instrução, o que não prejudica o direito de apresentação de memoriais quando da inclusão do processo em pauta, sendo que tal documento, por sua natureza jurídica, não condiciona a avaliação do julgador, que inclusive pode não autorizar a sua juntada aos autos, conforme entendimento pacífico desta Corte de Contas.

11. No caso concreto, contudo, considerando a complexidade da matéria e em homenagem ao princípio da verdade material, permiti a juntada dos referidos elementos de defesa apresentados pelos recorrentes após o encerramento da fase de instrução pela Serur, os quais foram devidamente analisados e rejeitados por aquela unidade técnica. Depreende-se, portanto, que foi oportunizada aos recorrentes a mais ampla garantia à ampla defesa e ao contraditório, ainda que em detrimento ao princípio da duração razoável do processo, tendo em vista que já faz mais de oito anos e meio que o recurso interposto se encontra pendente de julgamento.

12. Dito isso, não obstante os diversos documentos e alegações de defesa apresentados nesta fase recursal, dos elementos constantes dos autos, verifico que os recorrentes não lograram afastar as diversas irregularidades que lhes foram atribuídas, as quais configuram grave infração à legislação correlata, vigente à época. Irregularidades essas objetivamente descritas no dispositivo do Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, ora recorrido, quais sejam:

“9.2. rejeitar as razões de justificativa de:

9.2.1. Aristóteles Bassin pela:

9.2.1.1. falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento (subitens 9.3.2.1 e 9.3.2.2 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.1.2. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);



9.2.1.3. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.1.4. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “*equipamentos mecânicos*” “*tubovias e suportes*” e “*homem-hora*” (subitens 9.3.5.5 e 9.3.6.1/9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2. Sérgio dos Santos Arantes pela:

9.2.2.1. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2.2. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.2.3. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “*equipamentos mecânicos*” “*tubovias e suportes*” e “*homem-hora*” (subitens 9.3.5.5 e 9.3.6.1/9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3. José Carlos Parreira Paiva pela:

9.2.3.1. majoração o valor de instrumentos e equipamentos e aumentou a quantidade de terraplenagem (subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3.2. inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos (subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);

9.2.3.3. ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem (subitem 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006, Plenário);”

13. Cabe asseverar, ainda, que as alegações de defesa apresentadas pelos recorrentes foram minuciosamente examinadas pela Serur, a qual, de forma específica e objetiva, analisou cada uma das irregularidades imputadas aos recorrentes. A esse respeito, conquanto já conste de meu relatório a transcrição das aludidas instruções técnicas, peço vênias para colacionar os seguintes excertos da primeira instrução lançada pela Serur (peça 85), com os meus destaques, *verbis*:

“EXAME TÉCNICO

8. Delimitação do recurso.

8.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

a) se cometeu irregularidade o recorrente ao não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento;

b) se houve majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem que alterassem as premissas inicialmente estabelecidas;

c) se foram juntados aos autos as memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos;

d) se há ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “*equipamentos mecânicos*”, “*tubovias e suportes*” e “*homem-hora*”.

9. Tendo em vista a natureza eminentemente técnica dos argumentos apresentados pelos recorrentes nos recursos originários e nos esclarecimentos adicionais (peça 77), foi proposto por esta Unidade Técnica (peça 63, p. 40-45) e acatado pelo Relator a formulação de quesitos à Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (peça 63, p. 46), que, com ajustes de forma, assim se manifestou sobre os argumentos recursais (peça 78):

10. Existência de irregularidade praticada pelo recorrente ao não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento.

(...)

Análise

10.13. As irregularidades tratadas nos subitens 9.3.2.1 e 9.3.2.2 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário referem-se ao não cancelamento do Convite 567.8.001.02-6, **quando da verificação de que o projeto básico constante do aludido convite ocasionou a revisão de cerca de 50% do valor da estimativa de custos elaborada pela Petrobrás,** o que caracteriza a insuficiência de detalhamento do projeto básico e a necessidade de reinício do certame para a obtenção de novas propostas com base em informações mais precisas. Além disso, a não elaboração de novo projeto básico com o nível de detalhamento adequado exigido pelo art. 6º, inciso IX, c/c art. 7º, inciso I e § 2º, da Lei 8.666/1993 e pelo art. 3ª, alínea f, c/c art. 6º da Resolução CONFEA 361/1991, **de modo a evitar que houvesse 176 solicitações de alteração de escopo no Contrato 567.2.004.02-3, acrescendo em mais de 25% o valor original do contrato, além de atraso de aproximadamente 13 meses para o início da produção de gás.**

10.14. Ao proceder à análise dos Esclarecimentos Adicionais e do Pedido de Reexame, verifica-se que, em relação a esse item, ou seja, a falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento, **os argumentos apresentados são similares aos analisados anteriormente, quando foi proferido o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, mantido pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário.**

10.15. **Aprovado o projeto básico e inaugurado o certame licitatório para o desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peròá-Cangoá, a unidade de Exploração & Produção alterou substancialmente a concepção do empreendimento, em especial quanto ao aumento do potencial de produção dos poços. Com isso, houve necessidade de ajustar o projeto, não por defeitos em sua versão inicial, mas em razão de novos parâmetros de produção de gás.**

10.16. No entanto, **o Sr. Aristóteles Bassin, então gerente de Implementação de Empreendimentos de Engenharia, mesmo ciente da incompatibilidade entre o projeto básico e a nova configuração do empreendimento, deixou de adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto.**

10.17. Mais uma vez, a justificativa reside na crise energética que havia afetado o fornecimento e a distribuição de energia elétrica. Contudo, nesse ponto, não está sendo questionado o caráter estratégico do desenvolvimento da produção de gás nos Campos de Peròá e Cangoá, nem sua importância para o abastecimento do estado do Espírito Santo, mas sim a inadequação do projeto básico em virtude de uma nova realidade. Ademais, a urgência do empreendimento não deve servir de justificativa à elaboração de um projeto básico deficiente.

10.18. Entende-se, portanto, que um empreendimento desta envergadura não pode prescindir do regular e tempestivo projeto básico, fundamental para que qualquer serviço de engenharia seja executado de forma adequada e sem imprevistos, conforme previsto na Lei 8.666/1993, no regulamento aprovado pelo Decreto 2.745/1998 e jurisprudência do TCU.

10.19. No tocante à pesquisa de preços, não é admissível que seja feita pela entidade destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, o que fica caracterizado quando após o recebimento das propostas, foi verificada uma discrepância entre os valores apresentados pelas licitantes e a estimativa da Companhia. O valor da estimativa de custos é procedimento prévio e indispensável à realização de processos de contratação, serve também para confronto e exame de proposta em licitação.

10.20. **Assim, no caso concreto, conforme já identificado pelo Plenário no Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, deu-se uma inversão do rito licitatório, porque, após o recebimento das propostas, com os quantitativos revistos, procedeu-se à nova estimativa orçamentária da obra, a qual foi chamada de Revisão A.**



10.21. Outro argumento exaustivamente avaliado por ocasião do mesmo acórdão e novamente apresentado, diz respeito ao parecer do Departamento Jurídico da empresa, que teria identificado duas possibilidades: cancelamento do convite ou classificação da melhor proposta, no caso de novos orçamentos.

10.22. Cabe reprisar que o referido parecer jurídico DIP JS-4328/02 (peça 24, p. 64-68) foi elaborado em 26/6/2002, cerca de 4 meses após a emissão do DIP ENGENHARIA/IEEPT/IENN 15/2002 (peça 23, p. 9-11), ocasião em que o responsável já tinha potencial conhecimento de que o projeto básico necessitava de consolidação. Portanto, não se afigura razoável que decorrido esse tempo, o defendente possa arrimar-se em parecer jurídico com o fito de excluir sua culpabilidade, haja vista que o próprio responsável deu causa a este transcurso de prazo, não podendo alegar a urgência do empreendimento como causa justificadora do não cancelamento do convite.

10.23. Resta observar que no Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário foi excluída a culpabilidade da comissão de licitação, ao optar pelo não cancelamento do convite 567.8.001.02-6, com respaldo no parecer jurídico, em virtude de erro escusável, pois a decisão quanto à elaboração de novo projeto básico não estaria entre as suas atribuições. A jurisprudência do TCU tem delimitado as prerrogativas da comissão de licitação com base no que dispõe o art. 51 da Lei 8.666/1993 (Acórdão 2.206/2008-TCU- Plenário). **Nessa linha, a responsabilidade por defeitos no projeto básico e no orçamento estimativo deve recair sobre os profissionais envolvidos especificamente na sua elaboração.**

10.24. Diferente da comissão de licitação, era razoável admitir que o Sr. Aristóteles Bassin, Gerente de Implementação de Empreendimentos da Engenharia para a Região Norte e Nordeste - IENN à época, tivesse pleno conhecimento do empreendimento. Além disso, o parecer jurídico, apesar de ter admitido, em seu corpo, a possibilidade de a Petrobras revisar seus orçamentos, concluiu pela necessidade de adoção de nova licitação.

10.25. Com relação às Solicitações de Alteração de Escopo (SAEs), o defendente traz apenas alguns exemplos e se coloca à disposição para esclarecimentos mais aprofundados sobre as modificações implementadas. Essa explicação não é suficiente para desconstituir o indicativo da inconsistência do projeto básico, uma vez que carece de todos os elementos para análise. Além disso, as SAEs não foram as únicas a impactar os valores contratados.

10.26. Considera-se, desta forma, que o parecer jurídico, a nova estimativa orçamentária da obra e as circunstâncias relativas ao suprimento de gás não consubstanciam causas aptas a excluir a culpabilidade do responsável. Portanto, considerando que o Sr. Aristóteles Bassin era o responsável pelo empreendimento em questão, e tinha competência administrativa para cancelar o certame, as justificativas apresentadas pelo defendente não devem ser acolhidas.

10.27. Diante do exposto, os documentos juntados pelo recorrente aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.1 (falta de providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

11. Alteração das premissas inicialmente estabelecidas em razão da majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem.

(...)

Análise

11.14. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.1 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata do aumento dos valores de instrumentos e equipamentos, contidos na estimativa de custos original, efetuado após a abertura das propostas, proporcionando patamares bem superiores aos valores propostos pelos licitantes, desacompanhada de demonstrativos e/ou documentos que o respaldassem e que indicassem a antiga e a atual composição destes valores.

11.15. Neste ponto, a análise estará restrita aos itens indicados na tabela do relatório de auditoria (peça 2, p. 4). Na época, a equipe de auditoria constatou uma discrepância entre os valores inicialmente previstos e os revisados nos aludidos itens, totalizando um aumento de R\$ 2.481.853,00, aproximando a estimativa total dos valores propostos pelos licitantes, visando à classificação das



propostas apresentadas. **Cabe lembrar que os defendentes estão sendo arrolados pelo aumento injustificado do valor unitário de equipamentos e instrumentos inseridos na estimativa de custos (revisão A).**

11.16. A tese defendida que a revisão da estimativa foi feita de forma autônoma e dissociada dos preços apresentados no processo licitatório, apesar de ter sido realizada após a entrega das propostas, não deve prosperar.

11.17. Primeiramente, antes da realização de qualquer procedimento licitatório deve ser realizada a pesquisa de preço, com a finalidade de elaborar orçamento, o qual será utilizado para se definir a modalidade de licitação, bem como proceder à necessária adequação orçamentária da despesa, consoante dispõem os arts. 14 e 15, inciso V, da Lei 8.666/1993. O item 5.2 do Decreto 2.745/1998 estabelece, ainda, que o pedido de licitação deverá conter, dentre outros, os seguintes elementos: indicação do custo estimado para a execução, com o orçamento anexado ao pedido, e indicação da fonte de recursos para a contratação.

11.18. Além disso, o orçamento constitui instrumento essencial e obrigatório para que seja verificada a pertinência dos preços contratados com aqueles praticados no mercado, nos termos do art. 43 da lei de licitações. O item 6.10 do Decreto 2.745/1998 também prevê que o critério de julgamento das propostas constará do edital ou carta-convite, bem como que na sua fixação levar-se-ão em conta os fatores de qualidade, prazo de execução, preços e condições de pagamento.

11.19. Desse modo, as pesquisas de preço que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

11.20. Em relação aos pontos em análise (orçamento da estação de monitoramento de CFTV, alteração da vazão dos resfriadores intermediários de 2,6 m³/h para 120 m³/h, alteração da vazão dos resfriadores de ar final, alteração da capacidade do tanque de água de combate a incêndio de 1.000 m³ para 2.550 m³ e alterações de características do painel de controle e intertravamento de segurança), não se mostram suficientes os argumentos que se refiram a equívocos na leitura de dados ou complexidade do objeto, uma vez que se trata de uma área técnica, que tem dentre suas funções básicas e atribuições questões de tal natureza. Além disso, repetem argumentos examinados, no sentido de que as alterações se prestaram a corrigir equívocos de projeto, sem causar prejuízos para a empresa.

11.21. **Os documentos apresentados servem para demonstrar as alterações realizadas, o que denota, mais uma vez, a precariedade do projeto básico, mas não para justificar o aumento do valor dos equipamentos em patamar bem superior aos valores do orçamento inicial e aos valores cotados pelos próprios licitantes.**

11.22. **No tocante à responsabilidade do Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, Sr. José Carlos Parreira Paiva, não há como afastá-la, porquanto bem identificada pela equipe de auditoria à época da fiscalização. Mesmo na hipótese que sua atuação tenha se restringido aos quantitativos do projeto, é de se observar que todas as irregularidades a ele imputadas referem-se também a quantitativos** (subitens 9.3.5.1, 9.3.5.4 e 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário).

11.23. Sendo assim, os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.3 (majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

12. Inexistência de memórias de cálculo para demonstrar os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos.

(...)

Análise

12.3. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.4 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata da inexistência de memórias de cálculo que comprovem e fundamentem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento constantes das estimativas de custos e suas alterações, que deveriam estar arquivadas para efeito das ações e verificações dos sistemas de controle interno e externo, contrariando



o que dispõe a alínea “f” do inciso IX do art. 6º c/c o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93 c/c a alínea “c” do inciso I do item 5.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/1998.

12.4. **A equipe de auditoria observou a inexistência de memórias de cálculo que fundamentassem os valores contidos nas estimativas de custos original e nas alterações contidas na estimativa de custos da revisão A, em termos quantitativos e de composição de alguns custos de bens e serviços.** Na época, foi informado, em entrevista com o Sr. José Carlos Parreira Paiva, então coordenador do projeto na Engenharia/IEEPT, que o levantamento das alterações quantitativas foi realizado informalmente, com pressuposições de características, tipos e dimensões de obras civis e tubulações em reunião com técnicos da engenharia, não sendo arquivados esses rascunhos como memórias de cálculo.

12.5. **Nesse sentido, o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993 estipula a obrigatoriedade do detalhamento dos preços unitários. Ademais, a jurisprudência deste tribunal é farta quanto à necessidade da existência das composições analíticas nas licitações. Desta forma, os processos licitatórios para a execução de obras e para a prestação de serviços devem ser instruídos com orçamento detalhado da composição analítica dos custos unitários do objeto a ser contratado.**

12.6. A própria equipe de auditoria já havia apontado em seu relatório (peça 1, p. 40-45) que conforme dispõe a alínea “f” do inciso IX do art. 6º c/c o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/1993 c/c a alínea “c” do inciso I do item 5.2 do Regulamento Licitatório aprovado pelo Decreto 2.745/1998, deve existir, no Projeto Básico constante da licitação, um orçamento detalhado do custo, chamado no âmbito da Petrobras de Estimativa de Custos, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, isto é, os orçamentos devem ser lastreados e propriamente avaliados em memórias de cálculo que comprovem e fundamentem seus valores e quantitativos de serviços e de fornecimento, devendo ser arquivadas para efeito das ações e verificações dos sistemas de controle interno e externo.

12.7. **Ao analisar os documentos ora enviados (peça 56, p. 23-50 e peça 57, p. 1-44), infere-se que as solicitações de alteração de escopo apresentadas, num total de R\$ 5.808.360,34, além de não estarem acompanhadas das memórias de cálculo solicitadas, não representam a totalidade das estimativas de custos.** É o que se depreende do cotejo desse total apresentado, com o valor de R\$ 78.954.027,00 referente às alterações contidas na estimativa de custos da revisão A, bem como aos R\$ 49.132.845,00 atinentes à estimativa de custo original. **Esse procedimento não se coaduna com a jurisprudência do TCU, segundo a qual essas composições devem descrever todos os insumos necessários para a perfeita caracterização dos serviços/fornecimentos (Acórdãos 549/2006, 2.385/2006, 946/2007 e 2.293/2007, todos do Plenário).**

12.8. Outrossim, a planilha enviada à peça 60, p. 33, representa apenas um demonstrativo sintético das alterações, destituída das memórias de cálculo solicitadas e, portanto, incapaz de fundamentar os valores estimados. Além disso, o documento possui data de modificação em 13/10/2006, não havendo documentos que comprovem que se trata de estimativas da época – as propostas das licitantes foram apresentadas em 17/6/2002 (peça 23, p. 46).

12.9. Dessa forma, conclui-se que os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.4 (Inexistência de memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45).

13. Ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens "equipamentos mecânicos", "tubovias e suportes" e "homem-hora".

(....)

Análise

13.13. A irregularidade descrita no subitem 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário trata do acréscimo nos quantitativos de áreas e espessuras, no valor de R\$ 926.378,00, no item do

orçamento 4.3 (Urbanização e Área Geral – Terraplenagem), sem que houvesse justificativa técnica para tanto, demonstrada por meio de plantas e cálculos.

13.14. Por ocasião dos esclarecimentos adicionais, as justificativas técnicas apresentadas pelos defendentes vieram acompanhadas de tabela, a seguir reproduzida, com o levantamento das áreas iniciais e finais, bem como de plantas (peça 60, p.28-31):

SERVIÇO	INI CIAL	FIN AL	DIFERE NÇA
Terraplenagem (m²)	45.0 00,00	60.8 72,70	15.872,70
Calçadas (m²)	774, 22	1.24 7,14	472,92
Ruas (m²)	5.91 1,52	8.97 4,29	3.062,77
Grama (m²)	23.4 25,37	21.2 45,19	-2.180,18
Brita (m²)	12.4 48,65	10.4 73,28	-1.975,37
Cerca (m)	1.07 4,00	1.40 9,73	335,73

13.15. A equipe de auditoria havia destacado em seu relatório (peça 2, p. 7) a falta de demonstrativos e/ou documentos que respaldassem e indicassem a antiga e atual composição dos itens questionados. Foi mencionada a necessidade de que as alterações promovidas fossem demonstradas, por exemplo, com base nas plantas do terreno da UTGC, de modo que a equipe pudesse certificar a adequação dos cálculos que resultaram no aumento do volume total de terraplenagem.

13.16. Analisando os documentos acostados aos autos, em especial as plantas (peça 60, p.30-31), verifica-se que não há indicação entre a situação inicial e a final, de forma que seja possível certificar os cálculos que resultaram no aumento do volume total de terraplenagem. Além disso, as plantas apresentadas são iguais, em diferentes perspectivas, não sendo possível verificar as alterações promovidas. Quanto à tabela, esta é somente indicativa da quantidade de serviços inicial e final, não se prestando para qualquer tipo de comprovação.

13.17. Assim sendo, as informações ora trazidas pelos responsáveis pouco agregam à situação já verificada pelos auditores.

13.18. Quanto à utilização do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) de serviços de 40% para composição do valor total de venda constante das Estimativas de Custos do item 3.1.3 (fornecimento de materiais - tubulações, conexões, válvulas, materiais elétricos, instrumentação, comunicação, transporte de equipamentos e materiais), para o caso da UTGC, e do 3.1 (fornecimento da contratada, materiais - estacas, estruturas, proteção catódica, tubulações, elétrica e instrumentação), para o caso da PPER-01, os responsáveis restringem sua argumentação à questão tributária do aproveitamento do crédito do ICMS dos bens que não representem insumo da prestação de serviços. **Tal justificativa não se coaduna com as orientações do TCU acerca da composição do BDI, consoante o Acórdão 2369/2011-TCU-Plenário que consolidou as premissas utilizadas no seu cálculo. O referido trabalho destaca que o ICMS não deve compor o BDI porquanto não se insere na categoria de despesas indiretas, já que incide diretamente sobre o preço dos materiais. Desta forma, resta injustificada a não aplicação do percentual de 17% de BDI, referente a bens, bem como a adequação dos valores referentes ao fornecimento de materiais e equipamentos.**

13.19. Subsiste, assim, a irregularidade apontada pela equipe de auditoria em seu relatório (peça 2, p. 11-12), cujos fundamentos destaca-se abaixo:

Observa-se um aumento de 23% da taxa de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) para o fornecimento de materiais, utilizado para composição do valor total de venda constante das Estimativas de Custos do item 3.1.3 (fornecimento de materiais - tubulações, conexões, válvulas, materiais elétricos, instrumentação, comunicação, transporte de equipamentos e materiais), para o caso da UTGC, e do 3.1 (fornecimento da contratada, materiais - estacas, estruturas, proteção catódica, tubulações, elétrica e instrumentação), para o caso da PPER-01, sem a apresentação de demonstrativos e/ou documentos que respaldassem ou indicassem a composição dos custos.

O gerente setorial de Estimativa de Custos e Prazos da ENGENHARIA/SL/ECP, Sr. Sérgio dos Santos Arantes, conforme DIP ENGENHARIA/SL/ECP 152/2004, às fls. 30/43 do Anexo 4, informa que foi utilizado o BDI de serviços no percentual de 40% e não o BDI utilizado para fornecimento de bens (equipamentos de processo, ar comprimido), cujo percentual é de 17%, devido ao volume de mão-de-obra agregada na composição do preço final dos materiais em questão.

Todavia, não nos foi apresentada a composição do preço final desses materiais e a demonstração de quanto seria a mão-de-obra necessária ao fornecimento desses materiais, tampouco uma composição específica para a taxa aplicada que justifique um aumento de 23% na taxa de BDI para esses materiais.

De acordo com o DIP supracitado foram consideradas as mesmas despesas para a composição do BDI em ambos os casos (fornecimento de materiais e de equipamentos), como as despesas de gerenciamento de suprimento, diligenciamento, inspeção e tributos.

Observa-se que a composição do BDI de serviços em relação ao de bens, descrita na tabela abaixo e no mesmo DIP, utilizada para esses materiais, apresenta aumento do lucro, inclusão de riscos e seguros, e até a existência de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), que não incide sobre esses materiais, dado o fato gerador do tributo municipal.

Composição do BDI de bens e serviços conforme DIP ENGENHARIA/SL/ECP 152/2004

Item Custo	Taxa utilizada na composição do BDI Serviços	Taxa utilizada na composição do BDI Bens	Diferenças
Administração Central – “OVER HEADS”	8,5 %	5,00%	+ 3,5%
Riscos e seguros	1,5%	0,0%	+ 1,5%
Lucro	10,0%	3,5%	+ 6,5%
Impostos e			
IR	5,63%	3,84%	+1,79%
ISSQN	5,00%	0,00%	+5,00
PIS-PASEP	0,65%	0,65%	
COFINS	3,00%	3,00%	
Total ⁽¹⁾	40%	17%	+ 23%

O demonstrativo de preços apresentado pela SETAL na fase de negociação apresenta que a taxa de BDI utilizada para equipamentos é a mesma para tubulações, materiais elétricos e instrumentação, à fl.117 do Anexo 6, corroborando o entendimento de que a aplicação da taxa de BDI nesse caso foi indevida, visto que anteriormente a própria Petrobras utilizava outro critério.

13.20. Em relação ao aumento de 86% do custo unitário (R\$/m³) dos subitens bases de equipamentos mecânicos, tubovia e suportes (item 4.1 - Bases e fundações), da planilha sintética da Estimativa de Custos Original e da Revisão A, passando de R\$ 485/m³ para R\$ 900/m³ após a abertura das propostas, sem a apresentação de demonstrativos e/ou documentos que o respaldassem e que indicassem a antiga e a atual composição destes custos unitários (item 9.3.6.2 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário), os responsáveis informam que este novo valor está condizente com estimativa publicada em revista técnica especializada datada de abril de 2002. No entanto, essa publicação já existia por ocasião da estimativa de custos original de junho de 2002, não sendo elemento hábil a justificar o aumento ocorrido após a abertura das propostas.

13.21. Quanto ao aumento de 44% do valor unitário do homem-hora (R\$/Hh), após a abertura das propostas, descrito na coluna “valor unit.”, no item 6, subitem 6.1 “tubulações e conexões”, parte de montagem, da planilha analítica da Estimativa de Custos Original e Revisão A, passando de R\$ 35,14/Hh para R\$ 50,76/Hh, as justificativas apresentadas pelos defendentes não vieram acompanhadas dos elementos comprobatórios exigidos, de modo a indicar o novo patamar do mercado fornecedor desse serviço, à época, bem como a antiga e a atual composição de custos desses valores unitários (item 9.3.6.3 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário). Registre-se que essas justificativas são completamente diferentes das apresentadas anteriormente, quando da análise das audiências (Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário). Naquela oportunidade, a argumentação foi de que os responsáveis utilizaram índices de produtividade distintos, sendo que, agora, alegam defasagem de preços em relação ao mercado.

13.22. O quadro demonstrativo da evolução do custo de montagem pouco agrega à situação já verificada pelos auditores, à época da fiscalização. Na auditoria, já havia sido mencionada a necessidade de que as alterações promovidas fossem demonstradas e lastreadas em levantamentos precisos e não pressuposições ou atribuições aleatórias. Esse demonstrativo indicaria, no máximo, que os responsáveis assumiram como valor de mercado os números estabelecidos em um único contrato (PRA-1), o que torna a estimativa bastante precária.

13.23. Ademais, a equipe de auditoria bem observou que o custo do homem-hora para a montagem das tubulações é majoritariamente definido pelo mercado (demanda x oferta) fornecedor desse serviço. Neste sentido, os defendentes não apresentam justificativas para o fato de, decorridos apenas 40 dias da Estimativa de Custos Original (Revisão 0), o valor unitário do homem-hora (R\$/Hh) ter aumentado em 44%, passando de R\$ 35,14/Hh (Revisão 0), para R\$ 50,76/Hh (Revisão A).

13.24. Diante do exposto, os documentos juntados pelos recorrentes aos presentes autos não são capazes de elidir as irregularidades descritas no subitem 12.2 (ausência de justificativa para acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “equipamentos mecânicos” “tubovias e suportes” e “homem-hora”) da instrução da Serur (peça 63, p. 40-45). CONCLUSÃO

14. Das análises anteriores conclui-se que:

a) houve irregularidade na prática de não adotar providências para revogação da licitação e elaboração de novo projeto, compatível com a nova configuração do empreendimento, haja vista as profundas alterações realizadas na concepção do empreendimento;

b) restou configurada a majoração do valor de instrumentos e equipamentos e aumento da quantidade de terraplenagem que alteraram as premissas inicialmente estabelecidas;

c) a planilha com as memórias de cálculo que demonstrem os valores e quantitativos de serviços e de fornecimento indicados nas estimativas de custos juntadas aos autos não permitem a comprovação da correção dos valores e quantitativos adotados;

d) não restou justificado o acréscimo no quantitativo de terraplenagem, utilização de BDI de serviço de 40%, e majoração dos custos unitários dos itens “equipamentos mecânicos”, “tubovias e suportes” e “homem-hora”.

14.1. Dessa forma, não há razões para se prover o pedido de reexame.” (grifou-se)

14. Depreende-se, portanto, que os recorrentes não lograram afastar as irregularidades que lhes foram objetivamente imputadas pelo acórdão condenatório, conforme minudentes análises realizadas pelas unidades técnicas desta Casa (SecexEstataisRJ e Serur), incorporadas às minhas razões de decidir.

15. Quanto à documentação apresentada pelos recorrentes após o encerramento da fase de instrução pela Serur, documento denominado memorial (peça 93, com documentação complementar à peça 122), verifico que se trata, em verdade, de petição na qual os recorrentes buscam contestar a análise empreendida pela Serur, ressaltando, mais uma vez, as alegações já constantes dos autos e amplamente debatidas, como também juntando aos autos extensa documentação, cuja maioria

inclusive já constava dos autos, conforme bem observado na segunda instrução lançada pela Serur à peça 124, cujos excertos peço a vênica para transcrever, com os meus destaques, *verbis*:

“EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso.

4.1. Constitui objeto do recurso examinar se os argumentos e/ou documentos acostados aos autos via memorial (peça 93) são capazes de alterar a proposta de encaminhamento acostada à peça 85.

4.2. Os recorrentes trazem à apreciação as seguintes questões:

- a) se José Carlos Parreira Paiva pode ser responsabilizado pelo Tribunal;
- b) se a crise energética enfrentada pelo país à época dos fatos é motivo justo para a não revogação do procedimento licitatório;

5. Responsabilização de José Carlos Parreira Paiva.

(...)

Análise

5.3. A questão foi correta e exaustivamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior, assim como nas instruções lançadas por esta Unidade Técnica e pela Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro nesta fase recursal.

5.4. Na qualidade de Coordenador do Projeto Peroá-Cangoá, mesmo em relação às atribuições que informa que eram por ele desempenhadas, **não há razões para que sua responsabilidade seja afastada.**

5.5. **Ocorre que os atos irregulares a ele atribuídos dizem respeito justamente aos cálculos dos quantitativos que afirma, via memorial, serem de sua responsabilidade, devendo se observar que todas as irregularidades a ele imputadas se referem justamente aos quantitativos** (subitens 9.3.5.1, 9.3.5.4 e 9.3.5.5 do Acórdão 1.662/2006-TCU-Plenário).

6. Crise energética.

(...)

Análise

6.4. **Os argumentos, exaustivamente refutados pelo Tribunal na fase processual anterior, não tem o condão de alterar o acórdão recorrido, tampouco os documentos juntados pelos recorrentes via memorial,** conforme se demonstrará a seguir.

6.5. Ocorre que a alegada urgência para se iniciar a produção de gás por meio da licitação irregular acabou por atrasar ainda mais o início da exploração conforme já destacado por esta Corte, eis que foi identificado que o projeto básico não apresentava o nível adequado de detalhamento exigido pela Lei 8.666/1993 e pela Resolução Confea 361/1991. **Tal situação teria impedido a correta estimativa dos custos e exigido significativas alterações no projeto, que resultaram no acréscimo de R\$ 29,8 milhões no valor da obra, equivalente a 60% do valor inicial. Além disso, teria imposto atraso de 13 meses no início de produção de gás.**

6.6. Não obstante tais falhas tenham sido identificadas na fase inicial da licitação, motivadas não por deficiência no projeto básico, importante que se frise, mas por alterações substanciais na concepção do empreendimento após a elaboração de tal projeto, um dos recorrentes não adotou providências com vistas a revogar a licitação para, após a elaboração de novo projeto básico compatível com as alterações do empreendimento, lançar novo procedimento licitatório.

6.7. Ademais, o precedente citado pelos recorrentes em sua última manifestação não se amolda aos fatos tratados nos presentes autos, já que não se trata aqui da faculdade de a empresa pública, motivada por razões econômicas, de não lançar novos procedimentos licitatórios, como trata o Acórdão 1112/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, mas de procedimento licitatório com diversas falhas em seu projeto básico.

7. Outras considerações.



7.1. Por fim os recorrentes insistem nos argumentos relativos à aplicação da Lei 8.666/1993 às licitações realizadas pela Petrobras, do correto trâmite do procedimento licitatório ora questionado e outras questões já tratadas por esta Unidade Técnica nas instruções lançadas nos presentes autos.

7.2. **Não obstante, cabe esclarecer que os recorrentes não trazem junto ao memorial quaisquer documentos e/ou argumentos novos, motivo pelo qual não tem o condão de alterar o posicionamento anterior deste Tribunal.**

7.3. **Verifica-se, da análise da vasta documentação trazida pelos recorrentes para fundamentar os argumentos contidos no memorial, que, assim como repetem os argumentos já enfrentados nas instruções anteriores desta Unidade Técnica, a maioria dos documentos já constava dos presentes autos desde a fase processual anterior,** conforme se demonstrará a seguir:

(...)

7.4. Além disso, há documentos, como o Decreto 3.371/2000, Portaria ANP 104/2002 (peça 53, pag. 100-104), que, por serem públicos, eram de conhecimento desta Corte antes do julgamento dos presentes autos na fase processual anterior, não tendo o condão de beneficiar os recorrentes.

7.5. Constam da documentação trazida, ainda, os seguintes documentos constantes da peça 123:

(...)

7.6. Entretanto, **apesar de não terem sido juntados anteriormente aos presentes autos, tais documentos não trazem quaisquer informações novas e/ou relevantes à análise dos recursos de reconsideração interpostos.**

CONCLUSÃO.

8. Da análise anterior conclui-se que os elementos trazidos pelos recorrentes junto ao memorial juntado aos autos não são capazes de alterar o posicionamento anterior desta Unidade Técnica, de modo que, nesta oportunidade, ratifica-se a proposta de encaminhamento constante da instrução acostada à peça 85 no sentido de se conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhes provimento.” (grifou-se)

16. Vale destacar, ademais, que, estando os autos em meu gabinete, em 12/08/2019, foi realizada reunião técnica com os recorrentes e seus causídicos, oportunidade em que ofereceram esclarecimentos diretamente à minha assessoria e, mais uma vez, apresentaram novo memorial (peça 131).

17. Constato, novamente, que por meio do citado memorial os recorrentes buscam basicamente contestar a segunda análise empreendida pela unidade técnica, reforçando as alegações de defesa já apresentadas, e insistindo na tese de que “*os documentos duplamente juntados ao processo não receberam a devida atenção da Serur*”. Apenas inovam ao alegar a “*insubsistência da ‘grave infração à norma’ devido à retroação benigna da Lei n. 13.303/2016 (novatio legis in melius)*”.

18. Sobre a apresentação de memoriais e documentação após o encerramento da fase de instrução, **cabe assinalar que inexistente na processualística do Tribunal etapa de contestação da instrução da unidade técnica.** Como já asseverei acima, apenas autorizei a juntada dos referidos documentos (peças 93 e 122) diante da complexidade da matéria e em homenagem ao princípio da verdade material, abrindo aos recorrentes nova oportunidade para a apresentação de elementos de defesa capazes efetivamente de afastar as irregularidades que lhes foram imputadas.

19. Ocorre, todavia, conforme já acima exposto, que por meio dos indigitados memoriais os recorrentes apenas repetem os argumentos já exaustivamente enfrentados nos autos, seja na fase processual anterior, quando da prolação do acórdão ora recorrido, seja nas instruções lançadas pela SecexEstataisRJ e pela Serur nesta fase recursal. E mais, não juntaram aos autos quaisquer documentos novos capazes de afastar as irregularidades objetivamente descritas no dispositivo do acórdão condenatório, ora recorrido.

20. Ao contrário do alegado pelos recorrentes, a meu ver, as unidades técnicas desta Casa realizaram, em mais de uma oportunidade, análises minuciosas e precisas acerca dos fatos, das alegações apresentadas pelos recorrentes e dos documentos constantes dos autos, de forma suficiente a formar a minha convicção pelo não provimento do presente recurso, com a manutenção integral do



acórdão recorrido. Certamente, não há que se confundir o não acatamento das alegações aduzidas pelos responsáveis com a alegação de má apreciação das provas por parte do órgão julgador e de suas unidades técnicas auxiliares.

21. Quanto à proporcionalidade e razoabilidade das penas aplicadas aos recorrentes, questão essa suscitada no primeiro memorial (peça 93), entendo que os referidos princípios foram devidamente observados por esta Corte de Contas. De fato, o voto condutor da deliberação recorrida destacou de forma detalhada e objetiva as irregularidades cometidas pelos recorrentes em questão, explicitando a responsabilização de cada um dos responsáveis de forma individualizada, com evidente nexo de causalidade entre as suas condutas e as irregularidades constatadas pelo TCU.

22. Impende, ainda, salientar que os valores das multas aplicadas aos recorrentes (R\$ 12.000,00, R\$ 10.000,00, e R\$ 5.000,00, respectivamente aos Srs. Aristóteles Bassin, Sérgio dos Santos Arantes e José Carlos Parreira Paiva) encontram-se em plena conformidade com os parâmetros legais e normativos a respeito da matéria, a seguir transcritos, com os meus destaques:

Lei 8.443/1992

“Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o *caput*;

(...)

§ 2º O valor estabelecido no *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.”

Portaria-TCU n. 92, de 30/03/2010 (vigente à época)

“O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e considerando o disposto no § 2º do art. 58 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, resolve:

Art. 1º É fixado em R\$ 36.814,50 (trinta e seis mil, oitocentos e quatorze reais e cinquenta centavos), para o exercício de 2010, o valor máximo da multa a que se refere o art. 58, *caput*, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.”

Regimento Interno do TCU

“Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do *caput* do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

(...)

II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o *caput*;

23. Como se vê, de acordo com os referidos dispositivos legais e normativos, poderia o Tribunal aplicar aos responsáveis, ora recorrentes, multa no valor compreendido entre cinco e cem por cento do valor máximo estabelecido pelo art. 58, *caput*, da Lei 8.443/92, o qual foi fixado pelo TCU, à época do julgamento, em R\$ 36.814,50. Assim os valores das multas poderiam ter sido fixados por esta Corte de Contas entre R\$ 1.840,72 (5%) e R\$ 36.814,50 (100% do referido montante máximo).



24. Dessarte, repita-se, os valores das multas aplicadas pelo TCU no acórdão ora recorrido encontram-se em plena consonância com a legislação de regência, não se revelando desproporcionais nem desarrazoados, mas sim adequados diante da gravidade das irregularidades cometidas pelos respectivos responsáveis.

25. Finalmente, quanto à derradeira alegação apresentada pelos recorrentes, no memorial datado de 12/08/2019 (peça 131), acerca da *“insubsistência da ‘grave infração à norma’ devido à retroação benigna da Lei n. 13.303/2016 (novatio legis in melius)”*, essa também não merece acolhimento.

26. Não obstante reconheça a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, colacionados no referido memorial, acerca da possibilidade da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do direito administrativo sancionador, penso tratar-se ainda de entendimento em construção, e não de jurisprudência consolidada daquela Corte Superior. A fim de corroborar tal assertiva, cito o RMS 33.484/RS, julgado pela Segunda Turma do STJ, em 11/06/2013, em sentido contrário à tese defendida pelos recorrentes.

27. De qualquer sorte, sem me aprofundar nessa controvérsia, ainda que se admita a tese sustentada pelos recorrentes, no caso concreto, não vislumbro a sua possibilidade de aplicação, pelas razões que passo a expor.

28. Obviamente, a incidência da Lei 13.303/2016 sobre as sociedades de economia mista, não afasta a competência do TCU delineada pelos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, que incluem a administração indireta no rol de entidades fiscalizáveis por esta Corte de Contas. A referida lei, inclusive, no *caput* do artigo 87, deixa assente que *“O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição”*. Assim, não há na aludida lei qualquer dispositivo que retire desta Corte de Contas a sua competência para aplicar sanções aos responsáveis por ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e nem poderia assim o fazer, diante dos comandos constitucionais que outorgam tal competência ao TCU.

29. Não merece acolhida, outrossim, a alegação dos recorrentes de que, em razão da superveniência da Lei 13.303/2016, não mais perduraria a *“grave infração à norma legal ou regulamentar”*, a que se refere o art. 58, II, da Lei Orgânica do TCU, eis que as supostas condutas irregulares descritas no acórdão condenatório, ora recorrido, *“não mais podem ser tidas como infrações”*, mas sim *“como plenamente regulares, posto que adequadas as contratações semi-integrada ou integrada, conforme o art. 43, incs. V e VI”*.

30. Ora, não há como justificar as condutas irregulares praticadas pelos recorrentes no procedimento licitatório e na execução do contrato do mesmo decorrente, realizados na vigência da legislação anterior, com fundamento em regras estabelecidas em novel legislação que instituiu regimes de contratação diversos dos à época existentes.

31. Cabe, a esse respeito, salientar a regra de direito intertemporal estabelecida na própria Lei 13.303/2016, *verbis*:

“Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no *caput*, ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral.

§ 2º (VETADO).



§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.” (grifou-se)

32. Como se vê, o procedimento licitatório e a execução do contrato dele decorrente, ora em análise, indubitavelmente, permanecem regidos pela legislação anterior. Assim, por certo, os atos praticados pelos recorrentes com grave infração a tal regramento continuam passíveis de sanção por esta Corte de Contas.

Em razão do exposto, alinhando-me ao posicionamento uniforme da Unidade Técnica, VOTO por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2080/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.894/2004-9.
- 1.1. Apenso: 007.266/2013-8.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de reexame (Relatório de Auditoria).
3. Recorrentes: Aristóteles Bassin (270.900.867-04); José Carlos Parreira Paiva (851.863.417-20); Sérgio dos Santos Arantes (335.417.367-04).
4. Órgão/Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstat).
8. Advogados constituídos nos autos:
 - 8.1. Carlos Roberto Siqueira Castro (20.015/OAB-DF) e outros, representando Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes;
 - 8.2. Carolina Bastos Lima Brum (135.073/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão 3.007/2010-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues (confirmado em sede de embargos de declaração pelo Acórdão 364/2011-TCU-Plenário), proferido em autos de auditoria na Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, destinada a avaliar os indícios de irregularidades nas obras de instalação e montagem do projeto de desenvolvimento de produção dos campos de gás de Peroá-Cangoá, na bacia do Espírito Santo, objeto do Contrato 567.2.004.02-3, firmado com a empresa Setal Engenharia, Construções e Perfurações S/A, indicados no levantamento de auditoria do Fiscobras 2004,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pelos Srs. Aristóteles Bassin, José Carlos Parreira Paiva e Sérgio dos Santos Arantes, com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, aos recorrentes.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2080-34/19-P.



13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 007.973/2017-9

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Unidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.

Responsáveis: Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. (CNPJ 68.809.300/0001-50), Francisco Cordero Donha Filho (CPF 050.000.918-09), Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 16.629.693/0001-16), Marte Engenharia Ltda. (CNPJ 32.225.757/0001-70) e Paulo Roberto Telles Villas (CPF 277.273.517-68).

Representação legal: Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB/DF 27.154) e outros representando a Integral Engenharia Ltda.; Mariana de Mello Vaz Albuquerque (OAB/RJ 119.926) e outros representando Furnas Centrais Elétricas S.A.; Arthur Magno e Silva Guerra (OAB/MG 79.195) representando Francisco Cordero Donha Filho; João Joaquim Martinelli (OAB/RJ 139.475) e outros representando a Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. e Marte Engenharia Ltda.; Victor Lima Duque Estrada (OAB/DF 47.887) e outros representando Paulo Roberto Telles Villas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SOBREPREGO. VARIAÇÕES DE PREÇO NÃO COMPATÍVEIS COM AS DE MERCADO. DUPLICIDADES. SERVIÇOS PAGOS, E NÃO EXECUTADOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA.

RELATÓRIO

Adoto como parte deste relatório a instrução elaborada na Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica, que contou com a anuência dos dirigentes daquela unidade técnica (peças 241/243):

“INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de tomada de contas especial (TCE) instaurada por determinação deste Tribunal por meio do subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes, em razão superfaturamento de R\$ 7.090.755,43 no contrato 8000001197, firmado entre Furnas Centrais Elétricas S.A. (Furnas) e a empresa Integral Engenharia Ltda., no valor de R\$ 92.814.434,00 (data-base: janeiro/2010), para a relocação do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), no âmbito do empreendimento Aproveitamento Hidroelétrico (AHE) Simplício, entre os estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais.

HISTÓRICO

2. A instauração desta TCE decorreu da análise das oitivas dirigidas à Furnas e à empresa Integral Engenharia, promovida no âmbito do TC 011.792/2010-8, acerca da constatação da existência de sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado de R\$ 10.783.638,80 no contrato 8000001197. As empresas apresentaram justificativas para os serviços mais relevantes na formação do sobrepreço, quais sejam:

- a) execução de estaca raiz 20 cm;
- b) trilho TR-45 – aço carbono;
- c) administração local;
- d) manutenção de canteiro;
- e) construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR 45, fixação elástica;
- f) escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – todas as distâncias;

g) concreto estrutural – fck = 30,0 Mpa – controle razoável com adição de aditivo;

h) forma de placa compensada resinada; e

i) dreno longitudinal profundo para corte em solo DPS 02 AC/BC.

3. Do exame empreendido, foi elaborada nova Curva ABC, em razão da alteração ocasionada por alguns serviços medidos, e, mesmo acatando-se parcialmente alguns argumentos, permaneceu um sobrepreço de R\$ 7.090.755,43 (àquela altura já configurado em superfaturamento, uma vez que o contrato 8000001197 estava concluído).

4. Ainda no âmbito deste contrato, após o término da relocação da ferrovia, Furnas realizou levantamentos topográficos para elaboração do ‘as built’ do projeto executivo e constatou inconsistências entre o quantitativo apresentado pela Integral Engenharia em suas medições e os apurados pela estatal.

5. Diante disso, Furnas encaminhou correspondência à contratada em 22/08/2012 cobrando um débito de R\$ 10.478.226,77, relativo ao estorno de medição paga a maior. A Integral Engenharia, inconformada, impetrou ação cautelar (processo n. 0374398-17.2012.8.19.0001), junto a 28ª Vara Cível do Rio de Janeiro para suspensão da exigibilidade da cobrança e a liminar foi deferida pelo Juízo. Furnas, por seu turno, ajuizou Ação Ordinária de Cobrança contra a contratada perante o mesmo Juízo, com o fito de ser restituída do valor pago a maior. Como não havia decisão de mérito sobre a questão, foi proposto na instrução à peça 126 que Furnas encaminhasse informações atualizadas do resultado final das ações judiciais em curso.

6. Com base nessas informações foi prolatado o Acórdão 590/2017-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, que dentre diversas providências, demandou no seu item 9.2 a constituição deste processo de TCE e autorizou a citação dos responsáveis, bem como, por meio do item 9.3, determinou à Furnas que informasse a este Tribunal quando do julgamento de mérito das ações judiciais perante a 28ª Vara Cível do Rio de Janeiro relativas ao processo 0374398-17.2012.8.19.0001.

7. Foram, assim, expedidos ofícios de citação aos responsáveis, que juntaram as suas respostas a estes autos conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Relação de ofícios e respostas dos responsáveis

Destinatário	Natureza	Comunicação	Ciência	Resposta
Integral Engenharia Ltda.	Citação	Ofício 0204/2017- Peça 171	21/7/2017 Peça 177	Peças 183 e 184
ESEC	Citação	Ofício 0202/2017 Peça 172	26/7/2017 Peça 181	Peça 193
Francisco Cordero Donha Filho	Citação	Ofício 0203/2017 Peça 173	26/7/2017 Peça 182	Peças 203
Marte Engenharia Ltda.	Citação	Ofício 0205 e 0206/2017 Peças 174 e 175	26/7/2017 Peça 185	Peça 190
Paulo Roberto Telles Villas	Citação	Ofício 0207/2017 Peça 176	26/7/2017 Peça 180	Peça 200

8. Esta instrução tem, portanto, o objetivo de analisar as alegações de defesa oferecidas.

EXAME TÉCNICO

9. O Sr. Francisco Cordero Donha Filho – Chefe do Departamento de Construção e Geração Térmica – DGE.C, responsável pela aprovação e encaminhamento do orçamento de relocação do Trecho I da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), e o Sr. Paulo Roberto Telles Villas (CPF: 277.273.517 -68), da empresa Marte Engenharia Ltda., responsável pela elaboração do orçamento da obra, solidariamente à empresa ESEC – Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria Ltda. (Esec), contratada para avaliar e validar o orçamento elaborada pela Marte Engenharia, e a empresa Integral Engenharia Ltda., beneficiada pelos valores pagos a maior, foram devidamente citadas e apresentaram as suas defesas, conforme a Tabela 1 acima.



10. As empresas Esec e Marte Engenharia foram representados pelos mesmos advogados e trouxeram defesas com diversos trechos semelhantes, mas com algumas diferenças particulares em relação à atuação de cada empresa frente ao orçamento.

11. Da análise dos documentos acostados aos autos, verificou-se que a defesa apresentada pela empresa Integral Engenharia Ltda. foi a mais completa no tocante às justificativas relativas aos serviços com sobrepreço, razão pela qual serão resumidas as suas alegações e, no que for necessário para o esclarecimento dos fatos, comentadas os argumentos trazidos pelos demais.

I. Alegações de defesa da empresa Integral Engenharia Ltda. (peças 183 e 184)

12. Contextualiza o ambiente no qual foi firmado o contrato 8000001197 entre a empresa e Furnas, que decorreu de dispensa de licitação para remanescente de obra, em razão da empresa anteriormente contratada (Convap) não atingir a produtividade necessária para atendimento do cronograma inicialmente estabelecido em 2008 por meio do contrato 18.180.

13. Afirma que a obra para a relocação da Ferrovia Centro Atlântica (FCA) foi então dividida em três trechos, sendo que o contrato 8000001197 firmado com a Integral em 26/2/2010 se referiu ao Trecho I e abrangia a execução das obras em apenas seis meses.

14. Informa que em 15/11/2010 as obras foram devidamente concluídas nos termos contratados, possibilitando a entrada em operação da Usina Hidrelétrica nos prazos previstos pela Administração.

15. Passa então a tratar da adequação da data-base dos preços referenciais (peça 183, p. 3).

16. Assevera que a análise que apontou o sobrepreço incorreu em algumas impropriedades, destacando que foram utilizados referenciais de preços com data-base distinta daquela prevista em contrato. Enquanto os preços contratuais seriam de janeiro/2010, a análise adotou a data-base de setembro/2009. Apresenta trecho do Edital DL.APR.C.0002.2009 e do contrato para comprovar tal afirmação. Apenas com tal correção, já reduziria, aproximadamente, 15% do referido sobrepreço.

17. Transcreve trechos da jurisprudência do Tribunal e da doutrina sobre a importância de se realizar a comparação de preços dentro da mesma data-base.

I.1. Da necessidade da devida análise da Curva ABC Contratual – Itens reconhecidamente com valores abaixo dos preços referenciais (peça 183, p. 5)

18. Lembra que na análise da Curva ABC, além dos itens com sobrepreço, foram considerados também pela Unidade Técnica os serviços contratuais que estaria com preços abaixo dos referenciais de mercado (subpreço), alcançando um total de R\$ 669.500,84, verificados nos serviços ‘Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI SAC 350’, ‘Montagem estruturas metálicas em aço USI-SAC 350’, ‘Fornecimento, preparo, colocação de aço CA-50’ e ‘Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’.

19. Ressalta que se fossem efetivamente considerados todos os itens constantes nos 80% da Curva ABC do contrato o subpreço seria significativamente maior (R\$ 2.273.816,17), o que reduziria o suposto sobrepreço para R\$ 3.777.678,10.

I.1.1. Fornecimento de dormentes de madeira para bitola métrica (peça 183, p. 5-7)

20. Argumenta que a análise da Curva ABC foi omissa em relação a um dos principais serviços contratuais com preço inferior aos parâmetros de mercado que é o ‘Fornecimento de dormentes de madeira para bitola métrica’. Este não havia figurado na Curva ABC original do contrato, mas terminou por integrá-la na medição final, com peso de 1,88%.

21. Face a ausência de referencial no Sicro 2 e no Sinapi para serviços relativos à superestrutura ferroviária, aproveitou a referência do Edital Dnit 600/2012 para seleção de empresa especializada para fornecimento, transporte e armazenamento no local da obra de dormentes de madeira para a linha férrea no perímetro urbano e pátio de Anísio Brás, no município de Barra Mansa/RJ. O preço de referência para o fornecimento dos dormentes para a bitola métrica no referido edital tem valor unitário de R\$ 184,00, na data-base outubro/2012.

22. Sustenta que deflacionando o preço para a data-base do contrato (jan/2010) haveria um subpreço de R\$ 718.809,12.

1.1.2. Itens 'Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15º com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo' e 'Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350' (peça 183, p. 7-8)

23. Quanto ao item 'Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15º com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo' argumenta que o preço referencial utilizado na análise prevê diâmetro inferior ao previsto em contrato e executado na obra (89,1 mm x 150,0 mm), o que distorceria o resultado.

24. Atualiza os preços de referência do Sicro 2 para a data-base de jan/2010 e afirma que os valores contratuais estariam R\$ 18.639,61 abaixo dos de mercado.

25. Em relação ao item 'Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350', advoga que o coeficiente adotado para a produção do insumo Chapa SAC 350 foi de 0,54 toneladas quando o correto seria 1 tonelada, já que a estrutura metálica seria fabricada 100% em chapa de aço, ou seja, 1 tonelada de chapa para a produção de 1 tonelada de estrutura metálica. Destaca ainda que a utilização do coeficiente 1,00 seria conservador, uma vez que não são consideradas perdas provenientes de cortes e manuseio.

26. Realizando a correção do coeficiente e a data-base dos preços, demonstra que o subpreço seria significativamente maior, de R\$ 2.313.450,63.

1.2. Ajustes Necessários aos referenciais de preço adotados – Itens com suposto sobrepreço contratual (peça 183, p. 8)

27. Para os itens (i) Conjunto Estaca Raiz equivalente a tubulão D=1,40, inclusive mobilização de batelão; (ii) Construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR 45, fixação elástica; (iii) Tirante Protendido para cortina aço st 85/105 D= 32 mm e (iv) Transporte Local com basculante 10 m3 em rodovia não pavimentada, foi promovida a correção da data-base do referencial.

28. Os demais serviços foram tratados individualmente.

1.2.1. Suposta duplicidade de Encarregados de Frente de Obras (peça 183, p. 9-11)

29. Alega que houve um equívoco oriundo do próprio certame em relação a este item que constou duas vezes na planilha contratual: uma dentro de Administração Local (R\$ 741.750,00) e outra na composição de custos unitários (R\$ 2.478.684,97), o que, segundo o entendimento da Unidade Técnica, ensejaria duplicidade de pagamento.

30. Defende que o cálculo dos valores dos encarregados previsto na composição de custos unitários do contrato incorreu em algumas inconformidades que acarretaram majoração significativa do montante apontado: (i) os quantitativos utilizados na planilha da Unidade Técnica (peça 120) foram distintos daqueles efetivamente verificados na medição final e (ii) a produtividade prevista na planilha para alguns serviços não estavam em conformidade com a obra. Realizando esse ajuste, constata que o valor final nos custos diretos para o item encarregados totalizou R\$ 1.450.957,26 e não R\$ 2.478.684,97.

31. Aduz que o Manual do Sicro 2 define que a função de encarregado deve ser considerada no custo direto da obra. Assim, não procederia o entendimento da Unidade Técnica de que o valor inferior inserido na Administração Local seria o correto, em detrimento ao valor apurado nas CPUs. Se a SeinfraElétrica tivesse que apontar algum valor irregular ou em duplicidade deveria ser aquele discriminado na Administração Local.

32. Assegura que seguiu a formação de preço apresentada no edital que previu a grande parte do valor dos encarregados nas CPUs e uma parcela inferior na Administração Local, não representando, assim, uma duplicidade de custos.

33. Afirma que o valor efetivamente incorrido, conforme folhas de pagamento que junta aos autos (peça 184, p. 95-1171), totalizou R\$ 2.348.142,03. Não haveria que se falar, assim, em duplicidade de pagamento e devolução de valores, já que a soma da remuneração de encarregados no contrato (R\$ 1.450.957,26 + R\$ 741.750,00 = R\$ 2.192.707,26) implica em montante menor que o incorrido na execução da obra.

1.2.2. Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – todas as distâncias (peça 183, p. 11-17)

34. Lembra que com os esclarecimentos prestados pela Integral por meio de oitiva, a Unidade Técnica passou a considerar que o trator de esteira realizou os serviços de escavação (desagregação do material) enquanto a escavadeira somente carregou o material para as caçambas, gerando uma produtividade de 235 m³/h para a patrulha composta por escavadeira hidráulica com esteira de 166 kW (CAT 330C) e trator de esteira com lâmina de 228 kW (CAT D8).

35. Aduz, contudo, que os equipamentos efetivamente utilizados foram a escavadeira hidráulica CAT 330C e o trator de esteira CAT D6N (108 kW). Defende que não há norma contratual que estabeleça critérios fixos para a utilização de determinados modelos de equipamentos na execução dos serviços, nem mesmo a norma 'DNER-ES-280/09 – Terraplanagem – Cortes' traz essa obrigatoriedade.

36. Com base no Manual de Produção da Caterpillar e parâmetros que considera adequado para o caso em tela, calcula uma produção de 200 m³/h, contra os 235 m³/h estimados pela Unidade Técnica, considerando a relação de um trator para cada escavadeira.

37. Realiza ajustes nos parâmetros de cálculo da produtividade da escavadeira hidráulica estimado pela Unidade Técnica (tempo de ciclo, capacidade da caçamba) e alcança a produção de 193 m³/h, não havendo, assim, sobrepreço nos serviços de escavação, carga e transporte.

38. Ressalta também que este Tribunal deixou de considerar as condições climáticas desfavoráveis enfrentadas na execução da obra, conforme preceituaria o próprio Sicro 2. Traz documentos com base na chuva do período procurando demonstrar que teria havido uma improdutividade de 23,1% no período de execução dos serviços de cortes e aterros.

39. Com mais esse ajuste, advoga que existiria um subpreço de R\$ 2.158.492,67, considerando os serviços de ECT 1ª categoria com DMT 400 a 600 m e DMT 1000 a 1200 m.

1.2.3. Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria; Compactação de Bota Fora; Compactação de Aterro (peça 183, p. 17-18)

40. Aduz que apenas com a correção da data-base do orçamento e o impacto das condições climáticas desfavoráveis, já se alcançaria subpreços de R\$ 377.373,89, R\$ 293.44,30 e R\$ 245.604,36 para os serviços acima referenciados, respectivamente.

1.2.4. Manutenção de Canteiro (peça 183, p. 18-21)

41. Argumenta que o Canteiro de Obras remanescente do contrato 18.180 (da Convap) não atenderia às necessidades da obra prevista no Edital da Dispensa de Licitação DLAPRC.0002.2009, sendo que diversos serviços deveriam ser realizados no local para adequá-lo ao novo empreendimento.

42. Aduz que o próprio edital previu que a proponente deveria apresentar planejamento do canteiro de obras considerando toda a estrutura já existente, e a execução das obras do canteiro que ainda se fizessem necessárias, como barracões, pátios, redes de serviços, vias de acesso.

43. Informa que, na prática, o que se verificou é que o canteiro remanescente não fornecia a grande maioria dos elementos exigidos.

44. Traz uma relação das exigências previstas no edital relativo ao canteiro e à situação que foi deixada pela empresa Convap (se havia sido fornecido parcialmente ou não) – (peça 183, p. 19-20).

45. Destaca que o contrato assinado entre Furnas e a Integral previa expressamente a obrigação da contratada de executar a construção de parte do canteiro de obras, assim como todos os equipamentos e estruturas necessárias para a adequada prestação dos serviços.

46. Afirma que a Integral considerou todas essas questões quando realizou a visita técnica ao local das obras e contemplou na sua proposta a necessidade de execução e instalação parcial do canteiro de obras. Assim, não haveria como questionar os valores apresentados pela contratada, já que foram dimensionadas diante da realidade encontrada em campo e as exigências editalícias.

1.2.5. Perfuração Rotativa em Rocha SX-150 mm e Perfuração Rotativa em solo SX-150 mm (peça 183, p. 21-22)

47. Assevera que, assim como ocorrido com o item 'Perfuração Rotativa com Coroa de vídia', os referenciais utilizados por este Tribunal não atendem as especificações contratuais para os serviços: para a 'Perfuração Rotativa em Rocha SX-150 mm' se refere à material de 2ª categoria e para ambos os serviços o diâmetro necessário à sua execução é inferior ao especificado contratualmente (89,1 mm x 150,0 mm).

48. Argumenta que a inadequação dos referenciais não possibilitou a análise mais aprofundada do suposto sobrepreço, restringindo os direitos da empresa à ampla defesa e ao contraditório.

49. Por fim, apenas ajustando a data-base dos preços para janeiro/2010, aponta que o sobrepreço nesses serviços restariam superados, havendo em verdade um subpreço.

1.2.6. Instalação de tirantes 50 mm, carga de trabalho 510 kN (peça 183, p. 22)

50. Informa não ter encontrado nos autos a CPU de referência do Sicro 2 com as adaptações realizadas pela equipe de auditoria, o que dificultou o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa da empresa.

51. Contudo, realizado apenas a adequação da data-base, reforça que houve uma redução significativa do sobrepreço de R\$ 111.700,42 para R\$ 34.153,05 (DOC 17 traz um outro serviço e com sobrepreço diferente).

1.2.7. Execução de cortina atirantada concreto armado $f_{ck}=35\text{Mpa}$ AC/BC (peça 183, p. 22-23)

52. Salienta a necessidade de adequações nos insumos desta composição, para que os referenciais de preços fiquem em conformidade com as exigências contratuais. Apresenta os ajustes que realizou em anexo próprio e conclui que haveria um subpreço de R\$ 115.557,12, ao invés de sobrepreço.

1.2.8. Transição compactada (peça 183, p. 23)

53. Questiona a adoção pela equipe de auditoria de usinagem de brita graduada para este serviço, quando na verdade teria sido utilizada a brita comercial, devendo-se adequar os referenciais utilizados, assim como a data-base. Assim, o sobrepreço inicialmente apurado de R\$ 8.641,96 passaria a um subpreço de R\$ 211.786,94.

1.2.9. Concreto Estrutural $F_{ck} = 30\text{ Mpa}$ (peça 183, p. 23-24)

54. Alega que não foram promovidas por este Tribunal, na instrução precedente do TC 011.792/2010-8 (peça 126), todas as adequações necessárias aos referenciais para ajustá-los à realidade enfrentada na obra e prevista em projeto. Defende ajustes nos valores da Usinagem e revisão dos critérios de produtividade da mão de obra, conforme composição que traz em anexo. Com tais alterações o sobrepreço seria reduzido de R\$ 200.373,70 para R\$ 84.731,31.

1.2.10. Trilho TR 57 Aço Carbono (peça 183, p. 24-28)

55. Apresenta o contexto enfrentado pela empresa na execução da obra e para a aquisição dos Trilhos TR-45, que teria se configurado em um cenário desfavorável ao atendimento das exigências do contrato, principalmente em relação ao prazo de execução. Os Trilhos TR-45 deveriam ser adquiridos apenas com fornecedores homologados pela FCA e estar em conformidade com a AREMA (norma norte-americana).

56. Apresenta correspondências trocadas com Furnas visando a aquisição dos trilhos TR-45 e as restrições enfrentadas por conta dos fornecedores indicados pela FCA para a entrega do produto, tanto em termos de quantidade mínima do pedido como do prazo necessário para atender o cronograma da obra.

57. Face à essas restrições, realizou-se reunião para a discussão da substituição do Trilho TR-45 para o TR-57. Após consulta à FCA foi autorizada a referida substituição. Destaca que a Integral cotou preços no mercado, analisou a composição de custos e ofertou à Furnas um preço de venda 0,37% inferior ao previsto em seu orçamento.

58. Salienta que envidou todos os esforços possíveis para viabilizar a entrega das obras dentro do exíguo prazo contratual, conseguindo encontrar alternativa tecnicamente viável, mesmo diante de uma situação crítica.

59. Passando especificamente para os argumentos relativos ao preço do serviço, ressalta que as especificações contidas no Edital 352/2007 do Dnit, referencial adotado pela equipe de auditoria para o apontamento do sobrepreço, são diferentes das especificações técnicas exigidas para a execução do empreendimento, o que faria com que os respectivos custos unitários também tenham diferenças. O produto exigido para a relocação da FCA seria de qualidade superior ao previsto na especificação do Dnit, especialmente em relação aos aspectos de composição química e resistência final. Apresenta tabela com comparação, destacando divergências entre alguns requisitos da especificação de Furnas/AREMA e do Edital 352/2007 do Dnit (peça 183, p. 27).

60. Conclui, assim, que aliado às diferenças nas especificações técnicas, as exigências do edital do Dnit não correspondem às do contrato com a Integral nos quesitos prazo, quantidade (que seria insuficiente para uma laminação rotineira) e homologação de fornecedor, não havendo que se falar em sobrepreço, ante as condições distintas enfrentadas.

1.3. Da necessidade de produção de prova pericial

61. Requer que seja determinada a realização de perícia técnica especializada, com a nomeação de perito externo aos quadros do Tribunal, caso este entenda que a carga probatória apresentada não seja suficiente para demonstrar a regularidade dos preços contratuais.

62. Requer, ainda, a nomeação de um assistente técnico para acompanhar os trabalhos elaborados pelo perito e a apresentação de quesitos, em conformidade com o art. 465 do Código Civil, aplicável subsidiariamente aos processos administrativos.

63. Ressalta que a realização de perícia é direito da Integral no processo administrativo, não podendo ser negada pelo Tribunal sob o argumento de que não há previsão em sua regulamentação, já que se trata de direito assegurado pela Lei 9.784/1999.



II. Análise

64. Primeiramente cabe analisar o argumento relativo à adequação da data-base dos preços de referência, que deveria ser janeiro/2010 ao invés de setembro/2009.

65. Conforme se depreende do relatório de auditoria (peça 1, p. 105), foi adotada a data-base do orçamento de Furnas para a Dispensa de Licitação DL.A.PRC.0002.2009, setembro/2009, como referencial para a análise de preços realizada naquela fiscalização. Tanto Furnas como a Integral Engenharia se manifestaram em sede de oitiva acerca do sobrepreço apontado pela equipe e não trouxeram qualquer ressalva quanto a questão da diferença de data-base.

66. A Integral traz destacado na sua defesa dois trechos que justificariam a adoção da data-base de janeiro/2010, um do edital da Dispensa de Licitação DL.A.PRC.0002.2009 e outro do contrato 8000001197 (peça 183, p. 3). Entretanto, não foi encontrado o referido edital na documentação do TC 011.792/2010-8 e a cláusula indicada para o contrato na defesa (10.1) não coincide com a presente na avença à peça 14, p. 44.

67. Nada obstante, examinando o Projeto Básico que apoiou a dispensa em debate, observa-se que existe previsão no item 7.7 de conteúdo semelhante ao indicado pela defesa, apontando a data-base como janeiro/2010, conforme abaixo (peça 11, p. 11):

7.7. Como data-base de preço da proposta será considerado **o mês da data de sua apresentação**, ou seja, **se apresentação da Proposta ocorrer em janeiro/2010, a data-base econômica dos preços será considerada como janeiro/2010.** (destaques nossos)

68. O contrato, por sua vez, traz na cláusula nona, parágrafo primeiro, disposição relativa ao preço que conduz ao entendimento de que a data-base a ser considerada é a da apresentação da proposta de preços.

§ 1º - Os preços estabelecidos neste CONTRATO são fixos e irrevogáveis, salvo se, a cada período de 12 (doze) meses, **contado a partir da data de apresentação da proposta de preços da Contratada**, as condições de preço e de qualidade, no mercado, quando aplicáveis, determinem a sua revisão para mais ou para menos, na forma da legislação vigente.

69. Apesar de as planilhas de preço da Integral não deixarem assente qual a data-base considerada no seu orçamento, a proposta entregue por aquela empresa data de 27/1/2010, conforme folha de rosto à peça 14, p. 212. Também, a análise realizada por Furnas relativa a esta dispensa, confirma que a entrega das propostas se deu naquela data (peça 14, p. 86).

70. Neste mesmo documento se depreende que o orçamento de Furnas que serviu de comparação para os preços apresentados pela Integral e Delta Engenharia tinha data-base de dezembro/2009, conforme excerto abaixo (peça 14, p. 88):

10.2. O valor do orçamento, **base dezembro de 2009**, constante da Dispensa de Licitação é de R\$93.623.080,18, já com o B.D.I. incluso.

10.3. O preço proposto pela Integral Engenharia Ltda. é aproximadamente 0,86% inferior ao orçado por Furnas. (destaques nossos)

71. O próprio projeto básico já indicava que a data-base do orçamento de Furnas seria dezembro/2009 (peça 11, p. 13). Nota-se, contudo, que o total de R\$ 93.623.080,18 do orçamento está lastreado no orçamento montado pela Marte Engenharia que utilizou em grande parte custos com data-base de setembro/2009 (peça 11, p. 109-114 – orçamento sintético – e peça 11, p. 171-240 e peça 12 – composições utilizadas). Notou-se apenas alguns insumos relativos à composição da Administração Local em que se trazem referências à data-base dezembro/2009 (peça 11, p. 172).

72. Conclui-se, portanto, que o orçamento de Furnas para a Dispensa de Licitação, tomado como parâmetro para a análise da equipe de auditoria, tinha como data-base, para a grande maioria dos seus serviços, o mês de setembro/2009.

73. Entretanto, pelas disposições previstas no Projeto Básico daquela dispensa e no contrato 8000001197, transcritas acima, a data-base a ser considerada para o orçamento da Integral Engenharia seria o mês de janeiro/2010. Assim, assiste razão àquela empresa, cabendo-se fazer os ajustes nos custos paradigmas deste Tribunal para contemplar a correta data-base.

II.1. Da necessidade da devida análise da Curva ABC Contratual – Itens reconhecidamente com valores abaixo dos preços referenciais (subpreços)

II.1.1. Fornecimento de dormentes de madeira para bitola métrica

74. Inicialmente, é preciso informar que a análise da Curva ABC não foi omissa em relação ao serviço em tela. Na verdade, este não figurava na parte A da Curva (serviços que, agrupados por sua maior relevância,

representavam 80% do valor do empreendimento), que se baseou no contrato firmado com a Integral. Ocorre que na fase da análise das oitivas, verificou-se que os quantitativos medidos para alguns serviços foram diferentes dos previstos em contratos, o que causou alteração em alguns itens que compunham a curva original, fazendo com que o fornecimento de dormentes ingressasse no grupo dos 80% mais relevantes.

75. Uma vez que este item não fora analisado pela equipe durante a auditoria, decidiu-se por não realizar o confronto de preços na fase de oitiva, pois os manifestantes não haviam se pronunciado sobre ele, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

76. Contudo, uma vez que a própria Integral requer neste momento que este serviço seja considerado, será realizada a sua análise de preços.

77. Em razão da ausência de referenciais de custos no Sicro 2 e no Sinapi para o serviço em tela, o defendente utiliza o valor de R\$ 184,00 obtido no Pregão 600/2012 do Dnit, referente à 'seleção de empresa especializada para fornecimento, transporte e armazenamento no local da obra, de Dormentes de Madeira' e informa que a data-base é de outubro/2012. Retroage este valor para janeiro/2010 e assevera que o montante de referência a ser considerado com paradigma deveria ser de R\$ 208,00 (já incluso o BDI de 29,39%).

78. Um primeiro ponto que merece reparo é em relação ao cálculo realizado para retroagir o valor previsto no edital. O defendente utiliza o INCC, quando o mais coerente seria o Índice de Reajustamento de Obras Ferroviárias – Superestrutura de Via Permanente (com fornecimento de material), divulgado no sítio eletrônico do próprio Dnit, com base em levantamento realizado pela Fundação Getúlio Vargas.

79. Também, o valor mais indicado para servir como referência deveria ser o praticado pela empresa vencedora do certame que ofereceu R\$ 174,01 (peça 213), ao invés dos R\$ 184,00. O montante orçado previsto no edital pode servir como balizador quando não se tem o resultado da licitação. Com a sua conclusão, o valor contratado passa a refletir melhor as condições de mercado.

80. No seu cálculo, a Integral apenas retroagiu o valor de 184,00 e aplicou o BDI de 29,39% (peça 184, p. 64). Cabe observar, contudo, que a contratação realizada pelo Dnit por meio do Pregão Eletrônico 600/2012 já sofreu a incidência de um BDI da empresa fornecedora. Assim, para efeito de comparativos o mais adequado seria a aplicação de um BDI diferenciado para aquisição de materiais relevantes. O próprio Dnit, por meio do Memorando-Circular 12/2012/Direx, de 9/3/2012, orientou que fosse utilizado BDI diferenciado em custos definidos por meio de cotação em mercado para serviços não constantes do Sicro 2 (peça 214) no percentual de 15%.

81. Retroagindo os R\$ 174,01 com base no Índice de Reajustamento de Obras Ferroviárias – Superestrutura de Via Permanente (com fornecimento de material) – peça 215 e aplicando o BDI de 15% obtêm-se R\$ 180,28 $((174,01 / 1,11) \times 1,15)$. Esse valor se encontra abaixo dos R\$ 208,00 calculados pelo defendente, mas ainda acima dos R\$ 142,03 previsto no orçamento.

82. Entretanto, é necessária atenção a outra questão: a licitação escolhida como referência pela defendente. Compulsando o sítio eletrônico do Comprasnet, foi possível encontrar outro pregão eletrônico realizado pelo próprio Dnit para fornecimento de dormentes de madeira (Pregão 259/2010) – peça 216. Percebe-se que as especificações e dimensões para o dormente de madeira – bitola métrica são as mesmas contidas no Pregão 600/2012 (vide peça 184, p. 26-47 e peça 216, p. 18-34). Existem algumas diferenças em termos de quantitativos, mas tanto o Pregão 259/2010 (31.357 unidades) quanto o 600/2012 (23.900 unidades) têm montantes superiores aos do contrato firmado com a Integral (10.896 unidades).

83. O orçamento do Pregão 259/2010 para a contratação de dormentes de madeira – bitola métrica previa um preço unitário de R\$ 103,67 (peça 216, p. 39) e o valor ofertado pela empresa vencedora do certame foi de R\$ 102,50 (peça 217). A licitação foi realizada em outubro de 2010, ou seja, mesmo ano da proposta de preços apresentada pela Integral Engenharia, com um interregno de aproximadamente nove meses entre as duas. Portanto, considera-se este referencial mais apropriado do que o trazido pela contratada, em razão do lapso temporal entre o Pregão 259/2010 e a proposta da Integral ser bem menor do que o do Pregão 600/2012 e aquela avença, minimizando-se efeitos de possíveis distorções nos custos, por conta de retroação por um período mais longo.

84. Cabe notar, também, que o valor utilizado pela Marte Engenharia para elaborar o orçamento de referência para a Dispensa de Licitação em tela apresentou um custo de R\$ 107,60 (peça 12, p. 64), ou seja, número bem mais próximo ao obtido no Pregão 259/2010. Sobre esse montante foi aplicado o BDI de 32%, alcançando os R\$ 142,03 constantes na planilha da referida dispensa.

85. Para uma correta comparação, os R\$ 102,50 oferecidos no Pregão 259/2010 deveria sofrer uma retroação para a data-base janeiro/2010, que segundo o Índice de Reajustamento de Obras Ferroviárias – Superestrutura de Via Permanente (com fornecimento de material) implicaria um percentual em torno de 2,2% (218,951 / 214,180). Adotando-se, conservadoramente, os R\$ 102,50 ofertado no pregão (sem a retroação) e aplicando-se o BDI de 29,39% (paradigma usado pela equipe de auditoria), também de forma conservadora, haja vista o comentário sobre o BDI diferenciado retratado anteriormente, obtém-se R\$ 132,63.

86. Percebe-se, assim, que com este referencial haveria um sobrepreço e não um subpreço, como defende a Integral, que ficaria em R\$ 102.479,60, ou 7,09%, já incluso o BDI (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233).

II.1.2. Itens ‘Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’ e ‘Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350’

87. Para o serviço ‘Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’ a equipe de auditoria utilizou o mesmo referencial que o adotado pela Marte Engenharia no orçamento realizado para a Dispensa de Licitação DL.A.PRC.0002.2009.

88. A composição ‘2 S 04 002 01 - Perfuração para dreno sub-horizontal mat. 1a cat.’ do Sicro 2 utilizada como referência pela Marte Engenharia utiliza a linha NX, que possui diâmetro externo de 89,1 mm para execução de sondagem ou diâmetro interno com niple de 76,4 mm, conforme se depreende da Norma DNER-PRO102-97 (peça 218, p. 7). Naquele documento também é possível observar que o diâmetro HX (externo), contido no serviço em exame, é de 114,5 mm e não 150 mm, como alega a Integral.

89. A adoção do referencial para o diâmetro NX se deu por conta da ausência de serviço específico no Sicro 2 que contivesse a linha HX. Vale lembrar que a Marte Engenharia empregou custo maior (R\$ 139,18) do que o previsto na composição ‘2 S 04 002 01 - Perfuração para dreno sub-horizontal mat. 1a cat.’ que era de R\$ 132,55. A consultora informa que usou a composição Sicro 2 S 04 002 01 proporcional ao preço do serviço ‘01.06.04.03 - Perfuração rotativa em solo NX 75mm’ do orçamento-base (peça 11, p. 119-120). Este teve como paradigma a composição Sicro 2 S 04 002 01. Não restou claro, contudo, como foi efetuado este cálculo proporcional.

90. Em consulta ao Novo Sicro, foi possível verificar a existência do serviço ‘2005759 Perfuração para dreno sub-horizontal em material de 1ª categoria com D = 75 mm (linha NW)’, similar ao 2 S 04 002 01 do Sicro 2. Entretanto, encontrou-se a composição ‘5605938 Perfuração para tirantes em material de 1ª categoria com diâmetro de até 120 mm’ que se mostra mais adequada para o caso em tela, já que o item ‘Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’ contempla a execução de cortina atirantada e não de drenagem.

91. Além disso, o diâmetro previsto na composição 5605938 do Novo Sicro (até 120 mm) atende ao requisito do diâmetro HX (114,5 mm externo e 100,2 mm interno com niple).

92. O custo do serviço 5605938 no Novo Sicro é de R\$ 11,56 (peça 219, p. 3), enquanto o do item 2005759 é de R\$ 21,14 (peça 219, p. 1), base janeiro/2017. Vale notar, inicialmente, que as produtividades desses serviços são maiores do que a perfuração do Sicro 2. Essa alteração pode ter ocorrido em razão da revisão que as composições sofreram com a incorporação de equipamentos mais modernos com uma maior produtividade. Ressalvado este ponto, percebe-se que a perfuração para os tirantes no Novo Sicro é mais barata do que a perfuração para dreno sub-horizontal.

93. Assim, a utilização da composição ‘2 S 04 002 01 - Perfuração para dreno sub-horizontal mat. 1a cat.’ do Sicro 2 como referencial para o orçamento da cortina atirantada na dispensa de licitação em análise foi conservadora, já que esta não era a mais adequada para a execução do serviço. Como se demonstrou, caso adotado o serviço mais apropriado para o caso em tela, a tendência é que o seu valor fosse mais econômico.

94. Entretanto, para manter a coerência com a aceitação do argumento acerca da data-base do contrato, será efetuada a atualização, sendo aplicado a variação no custo deste serviço entre setembro/2009 a janeiro/2010 de 1,073 (R\$ 142,22 / R\$ 132,55), alterando o seu custo unitário de R\$ 139,18 para R\$ 149,34, aumentando o subpreço para R\$ 105.841,84 (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233).



95. Para o serviço ‘Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350’, a equipe de auditoria utilizou a composição produzida pela Engevix, tomada como referência pela Marte Engenharia para o orçamento da relocação da ferrovia, substituindo o custo de alguns insumos pelos seus similares do Sicro 2, ou seja, não foram alterados quaisquer parâmetros dos coeficientes adotados naquele serviço.

96. Essa composição é medida por toneladas (t). O coeficiente do insumo ‘Chapa SAC 350’, em tese, poderia ser 1 e não 0,54, conforme argumenta o defendente, uma vez que não há outro material que, conjuntamente com a referida chapa, vai integrar o serviço.

97. Há que se observar, contudo, que a referida composição padece de outras impropriedades: por exemplo, foram incluídos o engenheiro e o supervisor de montagem, quando tais profissionais são, geralmente, considerados no custo da Administração Local. Notem que a própria Integral não contempla essa mão de obra nas suas composições de preços unitários (peça 115). Além disso, a composição da contratada para esse serviço não traz qualquer detalhamento dos insumos que a integram, mas apenas um custo fechado para o material ‘IM2812 - ESTRUTURA METALICA’ (peça 115, p. 47). Assim, não há como se certificar se os demais insumos presentes na composição paradigma do orçamento-base seriam de fato devidos ou não e se os seus coeficientes estão coerentes ou não com aqueles praticados pela contratada.

98. Essa mesma estrutura de custo foi utilizada para o serviço ‘Montagem de Estruturas metálicas -: USI-SAG350’, com a inclusão do engenheiro e supervisor como insumos de mão de obra. Vale lembrar que este também apresentou subpreço em favor da Integral.

99. Buscando uma referência de preços oficial para este serviço, foi encontrada a composição ‘2408149 Estrutura em chapa de aço ASTM A36 corte, solda e montagem - fornecimento e instalação’ no Novo Sicro. O custo unitário deste para o Rio de Janeiro no mês de janeiro de 2017 (data-base mais antiga oferecida pelo novo sistema) é de R\$ 10,94/kg (peça 219, p. 2). Incluindo-se o transporte, o valor passa para R\$ 11,19/kg (considerando as distâncias previstas na composição da Marte Engenharia à peça 12, p. 116).

100. Retroagindo este valor para janeiro de 2010, pelo índice de Reajustamento de Obras Rodoviárias – Obras de Arte Especiais (278,018 / 203,713) – índice mais indicado para Estruturas Metálicas pela Instrução de Serviço/DG n. 03, de 12 de maio de 2017, do Dnit, obtém-se R\$ 8,20. Se fosse utilizado o INCC-DI, o custo retroagido seria de R\$ 6,85.

101. Caso mantidos os coeficientes e insumos inicialmente previstos na composição aproveitada pela Marte, a despeito de algumas impropriedades, e realizando-se a correção da data-base para janeiro/2010, seria obtido um custo unitário de R\$ 7,42.

102. Alterando-se o coeficiente da chapa de aço para 1,00, conforme defende a Integral (o Novo Sicro utiliza 1,03) e retirando-se apenas o engenheiro da composição paradigma da equipe com base na da Marte Engenharia (já que o supervisor de montagem foi considerado nas CPUs, conforme análise acerca dos encarregados realizada mais à frente), alcança-se R\$ 9,81 (planilha ‘Algumas composições da auditoria modificadas (abas em laranja)’ no Item não digitalizável à peça 233).

103. Em que pese o valor de R\$ 8,20 acima referenciado, baseado no Novo Sicro, se utilizar de uma composição de custo semelhante ao caso concreto em análise, é preciso fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, é possível que o custo obtido tenha sido influenciado por algumas distorções que a retroação pode causar quando realizado por um prazo mais longo (sete anos, no caso em tela).

104. Outro ponto se refere à chapa de aço utilizada nas duas composições. Enquanto o serviço do Novo Sicro utiliza a chapa de aço em perfis ASTM A36, a especificada para a obra a relocação da ferrovia prevê a USI SAC-350. A primeira é produzida segundo a norma da *American Society for Testing and Materials* (ASTM), enquanto a segunda em norma da Usiminas (siderúrgica brasileira). Ambas têm aplicação na construção civil (por exemplo, em pontes, como no caso concreto), sendo que a segunda é em aço de melhor qualidade, com uma maior proteção contra à corrosão (peça 232, p. 11 e 15).

105. Em tese, portanto, o custo do aço com a especificação USI SAC-350 tenderia a ser mais caro que com a ASTM A36. No entanto, não foi encontrada uma referência de custos fidedigna que pudesse balizar essa diferença.

106. Assim, de forma conservadora, será utilizado o custo de R\$ 9,81 acima calculado, que implica em um preço de R\$ 12,69, elevando-se o subpreço para R\$ 2.169.926,72, ou -30,59%, já incluso o BDI (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233)



II.2. Ajustes Necessários aos referenciais de preço adotados – Itens com suposto sobrepreço contratual

107. De forma semelhante ao praticado pela Integral, para os itens (i) Conjunto Estaca Raiz equivalente a tubulão D=1,40, inclusive mobilização de batelão; (ii) Construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR 45, fixação elástica; (iii) Tirante Protendido para cortina aço st 85/105 D= 32 mm e (iv) Transporte Local com basculante 10 m3 em rodovia não pavimentada, promoveu-se a correção dos preços paradigma deste Tribunal para a data-base janeiro/2010, conforme consta na planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233.

II.2.1. Suposta duplicidade de Encarregados de Frente de Obras

108. O orçamento elaborado pela Marte Engenharia para a Dispensa de Licitação DL.APR.C.0002.2009 considerou os Encarregados de Frente de Obra no item Administração Local, como uma estimativa de custo (sem BDI) de R\$ 459.540,00 (peça 11, p. 172), valor próximo ao adotada pela equipe de auditoria como seu paradigma (R\$ 449.550,00).

109. A análise promovida na instrução à peça 126, reputou razoável o cálculo apresentado pela Integral Engenharia (com base nas folhas de pagamento disponibilizadas), já que um levantamento expedito nas folhas trazidas aos autos indicou um custo de R\$ 726.034,28 (Item não digitalizável à peça 119) contra os R\$ 741.750,00 justificados pela Integral (peça 19, p. 129).

110. Contudo, em razão dos diversos serviços, especialmente os do Sicro 2 (mas não os únicos), que serviram de parâmetro para o orçamento-base da dispensa, já considerarem encarregados de frente nas suas composições, efetuou-se levantamento em cada um deles e, de acordo com os quantitativos medidos, alcançou-se um custo total de R\$ 1.999.663,85 (e preço de R\$ 2.478.684,97, com o BDI). Tal valor foi considerado como pago a maior, haja vista a defesa apresentada pela Integral justificar que os encarregados de frente de obra foram alocados na Administração Local em patamar bem superior ao estimado no orçamento-base e com base nas folhas de pagamento apresentadas.

111. Em face deste apontamento, a defendente agora argumenta que apenas seguiu a formação de preço presente no edital e que previu a maior parte do valor dos encarregados nas CPUs e uma parcela menor na Administração Local, alegando que não haveria que se falar em duplicidade de pagamento.

112. Inicialmente, é preciso lembrar que a divisão de uma parcela dos encarregados de frente de obra na Administração Local e outra nas CPUs não é uma forma usual nem se coaduna com a boa prática de orçamentação. Ou se aloca em uma rubrica ou na outra, até como uma forma de facilitar o controle dos valores despendidos. O Manual de Metodologia e Conceitos do Sicro 2 (2003) considerava a inclusão dos encarregados de frente de obra nas CPUs, enquanto que os encarregados gerais estariam alocados na Administração Local (p. 26 daquele Manual):

Administração Local – Compreende o conjunto de atividades realizadas no local do empreendimento pelo Executor, necessárias à condução da obra e à administração do contrato. É exercida por pessoal técnico e administrativo, em caráter de exclusividade. Seu custo é representado pelo somatório dos salários e encargos dos componentes da respectiva equipe, que inclui pessoal de serviços gerais e de apoio. Segundo a metodologia adotada, **estão incluídos também na administração local**, os mestres e **encarregados gerais**, visto que **os níveis inferiores da hierarquia estão incluídos diretamente nas Composições de Atividades e Serviços**. Este custo depende da estrutura organizacional que o Executor vier a montar para a condução de cada obra e de sua respectiva lotação de pessoal. Não existe modelo rígido para esta estrutura. As peculiaridades inerentes a cada obra determinarão a estrutura organizacional necessária para bem administrá-la. (destaques nossos)

113. Cabe lembrar, entretanto, que essa metodologia foi alterada com o advento do Novo Sicro, que esclarece o seguinte no seu Manual de Metodologia e Conceitos - 2017 (p. 39):

3.2. Eliminação dos Custos Indiretos das Composições

Face às **dificuldades em se mensurar a influência de alguns custos indiretos nos serviços**, optou-se pela sua exclusão das composições de custos, sendo mantidos nas mesmas apenas os componentes passíveis de medição direta.

O SICRO exclui os custos referentes a encarregados das composições de custos e os aloca em metodologia específica da Administração Local. (destaques nossos)

114. Assim, os encarregados de frente de obra no Novo Sicro estão contemplados no item Administração Local e não nas CPUs.

115. Percebe-se, portanto, que havia uma certa incoerência no orçamento-base montado pela Marte Engenharia quando considerou os encarregados de frente de obra na Administração Local e não providenciou a retirada do custo desses profissionais contidos nas composições do Sicro 2 e de outras que tenha tomado como referência.

116. Visando comprovar que não haveria duplicidade de pagamento, a Integral traz um levantamento, baseado nas suas folhas salariais do empreendimento, que teria incorrido em um custo total com os encarregados de R\$ 1.814.778,60 (ou R\$ 2.348.142,03, já incluso o BDI) – peça 184, p. 95-1171.

117. Primeiro ponto a chamar atenção é a divergência entre o valor apresentado na manifestação durante a fase de oitiva (R\$ 741.750,00) e o montante por ora revelado (R\$ 1.814.778,60).

118. Examinando o levantamento da defendente, verifica-se que o cerne da diferença consiste na contabilização dos profissionais com a designação de ‘feitor’ (de ferrovias, de via permanente, de armação, de carpintaria, de terraplanagem etc.) – peça 184, p. 1168-1170, na mesma categoria que os encarregados.

119. Apenas com base nos salários praticados para os encarregados e para os feitores nas folhas de pagamentos disponibilizadas, observa-se que existe diferença entre esses profissionais. Enquanto os salários dos encarregados encontram-se na casa dos R\$ 2.000,00 (pode variar um pouco para mais ou para menos a depender do grau de experiência), o dos feitores está em torno dos R\$ 1.000,00. Esse valor é mais próximo do montante pago à mão de obra diretamente ligada aos serviços, como pedreiros, carpinteiros, armadores (R\$ 900,00).

120. Infere-se, nesta obra em particular, que tenha sido utilizada a figura do feitor como um intermediário entre o encarregado e a mão de obra direta, ou então, como um profissional mais especializado atuando com a aqueles operários nas frentes de serviço.

121. Normalmente, o organograma de uma obra envolvendo os profissionais mais ligados aos serviços de produção segue a seguinte configuração (retirado do sítio eletrônico <https://pedreiroao.com.br/hierarquia-de-uma-obra-de-construcao-civil-passo-a-passo/> em 30/1/2019):

122. Não é comum a figura do feitor nas obras em geral. Contudo, em obras de ferrovias é possível



encontrar algumas referências a este profissional com a função de supervisão (como se fosse um encarregado). É disso que se depreende da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho (peça 220):

7102-05 - Mestre (construção civil)

Construtor civil, Edificador - mestre de obras, Encarregado de alvenaria, Encarregado de construção civil, Encarregado de construção civil e carpintaria, Encarregado de construção civil e manutenção, Encarregado de obras, Encarregado de obras de manutenção, Encarregado de obras e instalações, Encarregado de obras, manutenção e segurança, Encarregado de servente, Fiscal de construção, Mestre de construção civil, Mestre de instalações mecânicas de edifícios, Mestre de manutenção de obras civis, Mestre de manutenção de prédios, Mestre de obras, Mestre de obras civis, Supervisor de conservação de obras, Supervisor de construção civil, Supervisor de construção e conservação, Supervisor de construções e manutenção

7102-10 - Mestre de linhas (ferrovias)



Feitor de turma (ferrovias), Feitor de turma de ferrovia, Feitor de vias férreas, Mestre de linha férrea, Mestre de supervisão de linhas (ferrovias), Programador ferroviário, Supervisor de controle de linhas ferroviárias

(...)

Descrição Sumária

Supervisionam equipes de trabalhadores da construção civil que atuam em usinas de concreto, canteiros de obras civis e ferrovias. Elaboram documentação técnica e controlam recursos produtivos da obra (arranjos físicos, equipamentos, materiais, insumos e equipes de trabalho). Controlam padrões produtivos da obra tais como inspeção da qualidade dos materiais e insumos utilizados, orientação sobre especificação, fluxo e movimentação dos materiais e sobre medidas de segurança dos locais e equipamentos da obra. Administram o cronograma da obra.

123. Notem que existem alíneas específicas para a designação dos encarregados na construção civil em geral e a para as ferrovias, utiliza-se a nomenclatura de feitor. Ambos tendo como uma das atribuições a supervisão dos trabalhadores, conforme descrição acima transcrita, ou seja, apesar do nome de ‘feitor’, a função seria semelhante à do encarregado de obras em cada uma das suas especialidades.

124. A Integral, entretanto, além da função dos encarregados, inclui funcionários com a designação de ‘feitor’ para as várias especialidades da obra, como carpintaria, armação, concreto etc. Não restou claro qual a função desses profissionais, haja vista a existência dos encarregados na equipe. Como comentado, é possível que este seja um intermediário entre o encarregado e a mão de obra direta, ou então, como um profissional mais especializado atuando com os operários nas frentes de serviço.

125. Uma alternativa para se certificar sobre a natureza da sua atuação seria o levantamento do custo da mão de obra direta nas composições de preços unitários do orçamento-base e compará-lo com os pagamentos realizados nas folhas dos salários disponibilizadas pela Integral. No entanto, um levantamento desta magnitude, neste momento processual, iria implicar uma grande demanda de tempo e esforço sem a certeza de se obter o resultado almejado, qual seja a evidência de que os custos previstos nas composições do orçamento-base seriam congruentes com o valor pago pela Integral para a mão de obra direta vinculado aos serviços, incluindo os feitores.

126. Percebem, ainda, que a própria Integral não contemplou nas suas composições os encarregados de frente de obras. Apenas em alguns poucos serviços que envolvem a execução de via permanente (a exemplo de ‘Carga transporte e descarga de dormentes na frente de serviço’, ‘Carga transporte e descarga de trilhos com guindaste ferroviário’, ‘Montagem e assentamento de AMV 1:10’ etc.) tem a figura do ‘Feitor de linha’ (vide os casos citados à peça 115).

127. De forma conservadora, e, excepcionalmente, neste caso concreto, será acatada a utilização dos diversos feitores trazidos pela Integral como se encarregados fossem para efeito de contabilização do montante pago para a rubrica desses profissionais.

128. Seguiu-se, então, para a conferência do levantamento realizado pela Integral na sua folha de salários. O valor encontrado de R\$ 2.347.017,22 (já com BDI) divergiu pouco dos R\$ 2.348.142,03 apresentados pela Integral (vide peças 184, p. 1171 e planilha ‘Levantamento de custos com encarregado Integral (conferência)’ no Item não digitalizável à peça 221).

129. A defendente questiona que o levantamento dos encarregados realizado pela Unidade Técnica à peça 120, com base nas composições de custos previstas no orçamento-base, teriam algumas inconformidades. O primeiro ponto diz respeito aos quantitativos do contrato utilizados no levantamento, quando deveriam ser os da medição final, segundo o argumento da Integral.

130. Esse entendimento, contudo, tem que ser observado com outra perspectiva. É preciso lembrar que Furnas terminou por pagar o valor contratual por completo para a Integral. Apenas posteriormente a este pagamento, é que a Estatal realizou um levantamento de campo para elaboração do *as built* do projeto executivo e descobriu a existência de inconsistências entre os quantitativos apresentado pela Integral em suas medições e os apurados por ela em alguns serviços (esse assunto foi abordado na instrução à peça 126, p. 69-70 e informado no Histórico desta instrução).

131. Portanto, a contratada recebeu os valores de acordo com os quantitativos previstos em contrato e não os da medição final realizada por Furnas. Notem que as quantidades trazidas pela Integral no seu levantamento à peça 184, p. 75-81 são aqueles da medição final realizada por Furnas que implicou um total de R\$ 82.336.207,23. Entretanto, a Integral recebeu R\$ 92.814.434,00 e a diferença de R\$ 10.478.226,77 é o montante



que a estatal tenta recuperar judicialmente, por meio de ação cautelar impetrada contra a Integral Engenharia na Justiça Estadual do Rio de Janeiro (processo 0374398-17.2012.8.19.0001).

132. Diligenciou-se Furnas buscando informações atualizadas acerca desta ação judicial. Em resposta, a estatal informou que (peça 222):

1. Em setembro de 2012, a Integral Engenharia Ltda. ajuizou ação cautelar em face de FURNAS, visando à suspensão de exigibilidade da quantia de R\$ 14.541.588,74, cobrada por esta Concessionária, a título de pagamentos efetuados a maior, quando das medições realizadas no âmbito do Contrato nº 8000001197 (relocação do trecho 1 da Ferrovia Centro Atlântica - FCA, nos Municípios de Chiador-MG e Sapucaia-RJ).

2. Deferida a tutela cautelar pretendida pela Integral, por meio de decisão mantida em sede recursal, FURNAS apresentou defesa, após o que as partes informaram as provas que pretendiam produzir.

3. Todavia, **o Juízo da 28ª Vara Cível prolatou sentença extinguindo a ação cautelar, sem resolução do mérito, ao argumento de que a conversão da tutela cautelar em tutela incidental, nos autos da ação principal movida pela Integral em face de FURNAS (ação ordinária nº 0024147-34.2013.8.19.0001), acarretou a perda do objeto daquela ação.**

4. No momento, aguarda-se pela remessa dos autos da ação cautelar para o arquivo judicial.

5. **Nos autos da ação ordinária, foram deferidas a produção de prova documental superveniente e a realização de pericial técnica de engenharia, sendo que, apresentados quesitos e mídia digital pelas partes, encontra-se em curso prazo para manifestação de FURNAS a respeito.**

6. Em anexo, as principais decisões processuais. (destaques nossos)

133. Observa-se, destarte, que ainda não houve decisão de mérito sobre a questão, sendo as discussões levadas aos autos da ação ordinária 0024147-34.2013.8.19.0001. Ou seja, essa seria mais uma razão para que os quantitativos finais do contrato fossem aqueles balizadores para o levantamento dos encargos, já que não houve resolução do mérito e o valor efetivamente recebido pela Integral foi aquele previsto em contrato (R\$ 92.814.434,00).

134. Nada obstante, de maneira conservadora, promoveram-se adaptações na planilha de levantamento dos encargos para contemplar os quantitativos da medição final, os quais serão utilizados nos cálculos adiante efetuados. Importa observar, ainda, que tal medida aplicada ao insumo ‘encargado de frente de obras’ se mostra condizente com a análise de preços dos serviços do contrato efetuada na instrução pretérita (peça 126, p. 67-68), para os quais foram utilizadas as quantidades medidas, evitando-se, assim, a duplicação no computo dos valores no caso de decisão favorável à Furnas na esfera judicial.

135. Ainda acerca dos valores discutidos no âmbito da ação ordinária 0374398-17.2012.8.19.0001, tendo em vista o deslinde informado pela Estatal de que as discussões foram levadas à ação 0024147-34.2013.8.19.0001, propõe-se, nos moldes do que fora deliberado no item 9.3 do Acórdão 590/2017-TCU-Plenário, determinar a Furnas que informe ao TCU quando do julgamento de mérito das ações judiciais perante relativas ao processo 0024147-34.2013.8.19.0001. Isso posto, cabe assinalar que, caso Furnas não obtenha êxito em sua iniciativa, caberá a constituição de TCE para identificação dos responsáveis pelas medições a maior e citação destes em solidariedade com a contratada.

136. A outra impropriedade que a Integral alega se refere à produtividade prevista na composição de alguns serviços contratuais que estariam em desconformidade com a realidade da obra e que foram usadas para o levantamento dos encargos pela Unidade Técnica. Os itens em comento são aqueles que envolvem, basicamente, os serviços de ‘Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria’ nas suas diversas distâncias, ‘Escavação, carga e transporte de material de 2ª categoria, DTM 50 a 200 m’, ‘Reaterro e compactação de vala material de 1ª categoria (p/ OACs)’ e ‘Carga, transporte e descarga de dormentes na frente de serviço’ (vide números em vermelho na coluna ‘Produção da Equipe’ à peça 184, p. 78-81).

137. Os questionamentos relativos à produtividade dos equipamentos dos serviços de escavação, carga e transporte de material de 1ª e 2ª categoria se concentram na questão da utilização da escavadeira e do trator de esteiras e em razão de improdutividade causada por chuvas, que a Integral argumenta ser necessário considerar. Como será melhor discutido nos tópicos seguintes, uma parte dos argumentos trazidos serão afastados relativamente a esses serviços, não sendo, portanto, adotadas as produtividades defendidas pela Integral.

138. De qualquer sorte, mesmo que fossem utilizadas essas produtividades e os quantitativos da medição final realizada por Furnas, o valor previsto nas composições do orçamento-base para os encargos seriam 51% superior aos números apresentados pela Integral (R\$ 2.189.311,68 contra R\$ 1.450.957,26, ambos já com BDI) – planilha ‘Levant. Encargos composições Relocação Ferrovia_Revisada jan-2010’ no Item não digitalizável à peça 221 (aba ‘Planilha orçam. alter. prod 1’).



139. Quanto ao número R\$ 2.189.311,68, cabe apenas comentar que quando da análise das alterações na produtividade dos serviços ‘Reaterro e compactação de vala material de 1ª categoria (p/ OACs)’ e ‘Carga, transporte e descarga de dormentes na frente de serviço’, notou-se que foi cometido um equívoco quando da inserção da produtividade desses serviços na planilha de levantamento realizada para os encarregados. Para ambos, a produtividade constante nas CPUs do orçamento-base é superior ao trazido pela Integral, o que reduz o custo do encarregado e diminui o sobrepreço em favor da defendente.

140. Além desses, revisou-se também as produtividades dos serviços ‘Fornecimento de lastro, incluindo carga, descarga e espalhamento’, ‘Cortes em TR-45’, ‘Desmonte e transporte de linhas existentes (superestruturas) - TR-45 - bitola métrica’ e ‘Carga, transporte e descarga de material metálico na frente de serviço’, nas quais foram notadas divergências entre os números adotados na planilha e os constantes nas CPUs do orçamento-base. Todos tiveram as suas produtividades aumentadas, o que reduziu o sobrepreço apurado (os números ajustados encontram-se com as células destacadas em azul na coluna ‘Produção da Equipe’ na planilha juntada aos Itens não digitalizáveis à peça 221 – abas ‘Planilha orçam. alter. prod par’ e ‘Planilha orçam. alter. prod 1’).

141. Considerando agora esses ajustes, além da revisão na produtividade dos serviços de escavação, carga e transporte de material de primeira categoria (a ser abordada no próximo tópico), o valor do sobrepreço passa para R\$ 2.183.956,05, ou seja, pouco menor do que aquele levantado anteriormente (peça 221, aba ‘Planilha orçam. alter. prod par’).

142. Quanto à diferença entre o valor apurado por esta Unidade Técnica neste momento e aquele trazido pela Integral Engenharia, cumpre informar que a defendente deixou de considerar os quantitativos de alguns serviços na sua planilha com as seguintes justificativas: ‘Desconsiderado devido não constar em nossa CPU e não constar nos dados do SICRO’ e ‘Desconsiderado devido não constar em nossa CPU’.

143. No grupo da primeira justificativa estão os serviços: ‘Perfuração rotativa com coroa de vídia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’, ‘Perfuração rotativa com coroa de diamante em rocha, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo’, ‘Perfuração rotativa em solo SX - 150mm’ e ‘Perfuração rotativa em rocha SX - 150mm’ (peça 184, p. 79).

144. Já no segundo grupo constam os itens: ‘Filtro Compactado’ (peça 184, p. 78), ‘Fornecimento de lastro, incluindo carga, descarga e espalhamento’ (peça 184, p. 79), ‘Furos em TR-45’ e ‘Desmonte e transporte de linhas existentes (superestruturas) - TR-45 - bitola métrica’ (peça 184, p. 79).

145. O argumento de que não foram considerados os serviços, pois o encarregado não consta na CPU da Integral, não tem qualquer fundamento, uma vez que nenhuma composição daquela empresa contempla esse profissional, a não ser pela figura do ‘feitor’ em algumas CPUs no grupo de serviços relativo à Superestrutura Ferroviária, conforme já comentado. É possível confirmar a ausência dos encarregados em todas as composições da Integral pela análise da peça 115.

146. Ora, se esse fosse o entendimento a prevalecer, deveria a defendente desconsiderar os encarregados de todos os serviços previstos na planilha e o único valor que cobriria o custo com os encarregados seria aquele constante na Administração Local. E não é isso que a empresa advoga na sua defesa, argumentando que o mais correto seria alocar os encarregados no custo direto, se tivesse que considerar apenas uma alternativa, neste caso concreto.

147. A justificativa de que a composição supostamente adequada não constaria nos dados do Sicro também não tem qualquer cabimento. Conforme já demonstrado, os serviços de perfuração utilizados como referencial no orçamento-base foram inclusive conservadores. Ao desconsiderar esses serviços pela suposta ausência de similar no Sicro, a Integral age como se o encarregado não atuasse na execução do serviço. Independente do diâmetro da perfuração, é fato que existe um custo associado do encarregado, seja na Administração Local ou no custo direto. Desconsiderá-lo distorce completamente a análise.

148. Uma vez que a Integral não traz qualquer argumento que comprove que o parâmetro utilizado para o encarregado no orçamento-base estaria desarrazoado, que este profissional não se encontra alocado nas suas CPUs e que, consoante demonstrado, a composição paradigma já teria sido conservadora, mantém-se a quantidade do encarregado e a produção da equipe para os serviços de perfuração em debate no levantamento realizado por esta Unidade Técnica, bem como para os outros itens aqui comentados que a contratada desconsiderou na sua análise.



149. Dessa forma, o valor dos encarregados nas composições de referência foi reduzido de R\$ 2.478.684,97 para R\$ 2.183.956,05 (aba 'Planilha orçam. alter. prod par' no Item não digitalizável à peça 221). Este montante somado aos R\$ 594.598,81 (custo do orçamento-base de R\$ 459.540,00 com BDI de 29,39%), relativo ao montante de encarregados de frente de obra considerados no item Administração Local, leva a um total com encarregados de frente de obra previsto no orçamento de R\$ 2.778.554,86, sendo este superior em R\$ 430.412,83 aos R\$ 2.348.142,03 constantes nas folhas de pagamento da Integral Engenharia (já contemplando os fatores). Por esta razão restou um sobrepreço de R\$ 430.412,83 para este item (planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.2. Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria – todas as distâncias

150. O primeiro argumento em relação a esses serviços diz respeito ao trator utilizado na obra (Trator D6) que diferiria do adotado pela Unidade Técnica na sua análise (Trator D8). Não tem como prosperar tal argumento, haja vista não ter sido apresentados qualquer elemento que comprove tal afirmação.

151. Além disso, basta observar a composição apresentada pela Integral na sua resposta à oitiva à peça 19, p. 145 para verificar que o trator utilizado na composição é o de código Sicro E003 (Trator de Esteiras: Caterpillar : D8R - com lâmina), inclusive com os custos operativo e improdutivo para este equipamento na data-base setembro/2009. Ora, naquele momento a empresa afirma que o serviço conforme tinha sido executado utilizou um trator D8, agora, sem trazer qualquer evidência, informa que o trator teria sido do D6. Observem a afirmação da empresa naquela oportunidade (peça 19, p. 145):

112. A verdade é que a atividade como efetivamente realizada (composição abaixo) onerou o contrato sem que a contratada repassasse essa diferença a erário, pois apresentou sua proposta ciente de que adotaria essa medida para atender às condições contratuais:

152. Portanto, não há como acatar tal argumento, mantendo-se o trator D8 como referência para a composição paradigma deste Tribunal.

153. No tocante à escavadeira hidráulica, esta Unidade Técnica decidiu incluir na composição de escavação, carga e transporte (ECT) de material de 1ª categoria o trator de esteiras com base em argumentação trazida pela própria Integral na sua manifestação na fase de oitiva. Entretanto, alterou-se o tempo do ciclo deste equipamento (de 0,27 min para 0,22 min) por considerar que o material a ser escavado estaria desagregado pelo trator, facilitando o seu carregamento pela escavadeira.

154. Assim, foi adotado o tempo de uma escavação em uma condição mais fácil, de acordo com os parâmetros do Manual da Caterpillar. É razoável se pressupor que as escavadeiras também tenham realizado uma parte das escavações e que as condições de oscilação da caçamba para carga nos caminhões, a presença de algum obstáculo e profundidade de escavação possam ter contribuído para o aumento do tempo do ciclo. Dessa forma, pode ser aceita a alegação para o aumento do tempo do ciclo da escavadeira de 0,22 para 0,25 min, realizando-se, assim, os ajustes nas composições de ECT de material de 1ª categoria para as distâncias analisadas na Curva ABC.

155. Em relação ao argumento de que o tamanho da caçamba utilizada pelo Manual de Desempenho da Caterpillar para o cálculo da produtividade seria 1,4 m³ ao invés de 1,5 m³, é preciso lembrar que aquela capacidade foi usada em uma tabela para indicar um tempo de ciclo.

156. Vale comentar que as escavadeiras hidráulicas 330 podem ter acopladas ao seu braço caçambas com capacidades de em torno de 0,7 a 2,2 m³ (*Bucket Capacity Range*), conforme tabela contida naquele Manual à peça 223, p. 200.

157. Para um mesmo tempo de ciclo, só que com caçambas de tamanhos diferentes, a produtividade varia, elevando-se a produção à medida que a capacidade da caçamba aumenta, consoante se deduzir da tabela à peça 223, p. 397. O Sicro 2 adotou o tempo de ciclo 0,27 min, com base no próprio Manual da Caterpillar, conforme o previsto no seu Manual de Custos Rodoviários, Volume 4, Tomo 1, p. 23:

2.2.1.3 Escavação com Escavadeira Hidráulica

(...)

Na escavação com escavadeira hidráulica, o tempo total de ciclo para o equipamento, igual a 0,27 min, para material de 1ª categoria, é o constante do Manual de Produção da Caterpillar - 26ª Edição - Outubro 95, página 4-119, referente ao modelo 330.

158. Apesar de não constar expressamente no manual daquela autarquia a razão para a adoção da caçamba de 1,5 m³, infere-se que essa decorra de uma experiência anterior que busque retratar uma média de produção que atenda um certo conjunto de obras de forma mais vantajosa. Essa é inclusive o que se depreende



do contido no Manual de Custo de Infraestrutura de Transportes do Novo Sicro – Volume 10 – Conteúdo 01 – Terraplanagem, p. 43:

2.10. Escavação Carga e Transporte com Escavadeira Hidráulica e Caminhão

(...)

As composições de custos destes serviços foram elaboradas em função de uma patrulha constituída por uma **escavadeira hidráulica de 1,5 m³** e de caminhões basculantes de 14 m³, por **se constituírem na combinação mais vantajosa e frequente nas obras de construção de vias terrestres**; (destaques nossos)

159. Nota-se, portanto, que a escolha pela caçamba de 1,5 m³ e o tempo de ciclo buscou uma melhor configuração média para a escavadeira que compõe a patrulha mecânica. De certo que a própria Integral, face ao exíguo prazo para a execução das obras de relocação da ferrovia no trecho I, iria buscar os equipamentos que lhe proporcionasse a maior produção.

160. Destarte, será mantida a capacidade da caçamba de 1,5 m³ previstas pelo próprio Sicro 2 na composição paradigma desta Corte.

161. O último ponto diz respeito às condições climáticas desfavoráveis que teria causado uma improdutividade de 23,1% no período de execução dos serviços de terraplanagem. No que se refere esse tema e o seu impacto sobre a produtividade dos equipamentos, o Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes sobre essa questão. O entendimento mais recente da jurisprudência desta Corte é de que (ementa de jurisprudência selecionada relativo ao Acórdão 1637/2016-TCU-Plenário, do Ministro-Relator Benjamin Zymler; mesmo entendimento se abstrai dos Acórdãos 2514/2015 e 1673/2017, todos do Plenário):

Não é aceitável a inclusão do fator chuva nos orçamentos de obras rodoviárias, pois a precipitação de chuvas ordinárias não repercute de modo significativo sobre os custos dos empreendimentos, além de ser contrabalanceada por fatores não considerados pelo Sicro na formação do preço de referência, como fator de barganha, economia de escala, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, entre outros.

162. Além disso, os próprios dados apresentados pela defendente às p. 1177-1182 mostram que as chuvas ocorridas entre o período de março a junho de 2010 forem menores que as médias históricas em todos os meses, à exceção do mês de julho/2010. Dessa forma, não há que se falar em chuvas extraordinárias ou condições climáticas desfavoráveis.

163. Com alteração no tempo do ciclo da escavadeira, a produtividade do serviço de ECT de material de 1ª categoria passa para 207 m³/h (planilha ‘Composições ECT e concreto adaptadas’ nos Itens não digitalizáveis à peça 224, abas ECT). Ajustando os custos dos insumos da composição para a data-base de janeiro/2010, os preços dos serviços ‘Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DTM 1000 a 1200 m’ e ‘Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DMT 400 a 600 m’, que figuram na parte A da Curva ABC passam para R\$ 8,51 e R\$ 7,17 permanecendo, ainda, com um sobrepreço de R\$ 69.201,47 e R\$ 122.187,41, respectivamente, ou 2,19% e 4,63% em relação ao referencial, já com o BDI (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.3. Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria; Compactação de Bota Fora; Compactação de Aterro

164. Uma vez que o argumento relativo às condições climáticas desfavoráveis não foi acolhido no tópico anterior, coube apenas realizar a correção da data-base para o serviço em questão. Dessa forma, ainda persistiu um sobrepreço para o serviço ‘Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria’ em R\$ 86.876,09, enquanto os itens ‘Compactação de Bota Fora’ e ‘Compactação de Aterro’ passaram a apresentar subpreços de R\$ 15.298,03 e R\$ 19.925,42, respectivamente, como se observa na planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233.

II.2.4. Manutenção de Canteiro

165. Inicialmente, é preciso lembrar, conforme já tratado na instrução à peça 126, p. 49-51, que Furnas havia pago integralmente a construção do canteiro de obras no valor de R\$ 1.065.837,14, bem como o item ‘Instalação de Canteiro’ previstos para as Pontes sobre o Rio Paraíba do Sul, sobre o Canal de Adução e sobre o Rio Macuco (peça 10, p. 3-10) à empresa Convap no âmbito do Contrato 18.180, que terminou por ser rescindido.

166. No projeto básico que deu origem à dispensa de licitação em tela, restou consignado que as instalações já construídas deveriam ser aproveitadas.

167. O item 'Manutenção de Canteiro' no orçamento da dispensa de licitação monta R\$ 3.392.475,48 (já com o BDI de 32%), sendo que a parte relativa à construção de alojamento e estaleiro para montagem de estrutura metálica e superestrutura ferroviária representa R\$ 1.697.376,07, consoante orçamento da Marte Engenharia à peça 11, p. 173. Percebe-se que praticamente metade do valor destinado ao item 'Manutenção de Canteiro' foi alocado para a construção de novas instalações. E as novas instalações no contrato da Integral estariam quase que 60% superiores aos da Convap, já completamente medidas e pagas (apesar de diferença das datas-bases dos orçamentos, a variação do INCC-DI de julho/2008 a janeiro/2010 foi de 7,67%).

168. Essa situação poderia ensejar algumas interpretações. Primeiramente, pode-se aventar que os canteiros foram construídos pela Convap, mas estavam em determinado estado de conservação que não puderam ser aproveitados, sendo necessária a reconstrução completa (já que o valor previsto no contrato da Integral é inclusive superior ao da Convap).

169. Outra alternativa seria que o item foi completamente medido e pago no contrato da Convap, mas não foi realizado. Essa interpretação, em tese, não se coaduna com as informações do projeto básico para a dispensa de licitação, já que consta naquele documento que as instalações já construídas deveriam ser aproveitadas, além de se constituir em uma grave irregularidade, caso fosse comprovada.

170. Poder-se-ia interpretar, também, que as instalações construídas não atendiam a todas as necessidades da obra, sendo preciso, além das adaptações no canteiro implantado, a construção de novas estruturas.

171. Esse terceiro ponto de vista é o defendido pela Integral Engenharia, baseado em informações constantes do projeto básico. A sua comprovação, contudo, dependeria da apresentação dos projetos a serem elaborados pela contratada, conforme se depreende do próprio texto destacado na defesa da empresa (peça 183, p. 19). É importante acrescentar aquele excerto o segundo parágrafo não apresentado, bem como outro trecho relativo às obrigações de Furnas, já destacado na instrução à peça 126, conforme abaixo (peça 11, p. 23):

13. OBRIGAÇÕES DE FURNAS

(...)

e) Disponibilizar para a CONTRATADA o Canteiro de Obras já instalado cabendo apenas a mesma fazer as adaptações que melhor lhe convier sem ônus para FURNAS;

(...)

14.3.4.2 CONSTRUÇÃO DO CANTEIRO

O CANTEIRO DE OBRAS existente deverá ser aproveitado e adequado, se for o caso. Para execução das obras do canteiro que ainda se fazem necessárias, barracões, pátios, redes de serviços, inclusive vias de acesso e urbanização, **serão executados de acordo com os Projetos Executivos e Especificações elaboradas pela CONTRATADA**, e previamente liberados por FURNAS.

Os Projetos Executivos do CANTEIRO DE OBRAS serão desenvolvidos a partir do planejamento apresentado na proposta. Os critérios acima serão aplicados tanto na implantação inicial como em qualquer modificação, acréscimo ou adaptação executada no decorrer da vigência do CONTRATO, sem ônus adicional para FURNAS, **devendo a Contratada manter os desenhos rigorosamente atualizados.** (destaques nossos)

172. Verifica-se, assim, que a defendente deveria elaborar projetos das estruturas a serem construídas para o canteiro. Tais documentos não foram apresentados, como uma evidência do que seria necessário realizar, inclusive para respaldar as afirmações trazidas na defesa a respeito das exigências do projeto básico relativas ao canteiro que não teriam sido fornecidas parcialmente ou totalmente pelo contrato anterior da Convap (peça 183, p. 19-20).

173. A empresa afirma que apresentou em sua proposta comercial o detalhamento do canteiro de obras relatando, além dos aspectos logísticos e técnicos, as características da estrutura a ser montada, sendo que o planejamento para a sua implantação decorreu, justamente, das condições identificadas pela empresa quando da visita técnica realizada no local de implantação das obras.

174. No entanto, a empresa não encaminhou a sua proposta técnica na defesa. Também, não foi localizada tal proposta neste processo nem no TC 011.792/2010-8, que deu origem a esta TCE.

175. Nota-se, assim, que a Integral Engenharia trouxe algumas argumentações, mas desprovidas de evidências que as suportassem.

176. Dessa forma, será mantido o valor inicialmente calculado pela equipe de auditoria, sendo necessário apenas fazer a atualização da data-base para janeiro/2010. Com esses ajustes permanece um sobrepreço de R\$ 1.232.987,90, ou 57,09% em relação ao referencial, já com o BDI de 29,39% (planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.5. Perfuração Rotativa em Rocha SX-150 mm e Perfuração Rotativa em solo SX-150 mm

177. A equipe de auditoria utilizou os mesmos referenciais calculados pela Marte Engenharia no orçamento-base para esses serviços.

178. Infere-se que a adoção do referencial com base em serviços do Sicro 2 com diâmetro inferior ao especificado ocorreu em função da ausência de balizador naquele sistema que contivesse a linha SX (com diâmetro de 150 mm). Cabe lembrar, contudo, que a Marte Engenharia aplicou um custo maior do que o previsto nas composições '2 S 04 002 01 - Perfuração para dreno sub-horizontal mat. 1a cat.' e '2 S 04 012 01 - Perfuração para dreno sub-horizontal mat 2a cat.'.

179. Aquela empresa informa que usou as composições do Sicro 2 'S 04 002 01' e '2 S 04 012 01' proporcionais aos preços dos serviços '01.06.04.03 - Perfuração rotativa em solo NX 75mm' e '01.06.04.04 - Perfuração rotativa em rocha NX 75mm' do orçamento-base, respectivamente (peça 11, p. 119-120). Estes tiveram como paradigma exatamente as composições 'S 04 002 01' e '2 S 04 012 01' do Sicro 2. Para se chegar ao custo dos serviços em debate foi aplicado um aumento 10% em relação aos custos constantes naquele sistema.

180. Em que pese não ter restado claro a razão para a aplicação do mencionado fator sobre os custos do Sicro 2, cabe esclarecer que não foram utilizados simplesmente os valores do sistema sem qualquer correção, como faz crer a Integral Engenharia na sua defesa. Por se tratar de serviços de perfuração com diâmetros distintos era possível que existisse diferença entre seus custos. E a Marte Engenharia buscou refletir essa diferença com a adoção de um fator de ajuste do custo.

181. A defendente, contudo, não traz qualquer elemento técnico capaz de justificar que o custo do serviço seria muito superior ao adotado no orçamento-base devido à diferença do diâmetro de perfuração, terminando por apenas atualizar a data-base da composição para janeiro/2010.

182. É preciso lembrar, também, que o própria CPU da Integral relativo a esses serviços não apresenta qualquer detalhamento dos insumos, apenas se limitando a declarar valores fechado para os itens (peça 115).

183. De todo modo, será atualizada a data-base para os custos do Sicro 2 de janeiro/2010 dos serviços 'S 04 002 01' e '2 S 04 012 01' e aplicado o fator de 1,10 sobre esses valores, mesmo utilizado no orçamento base, fazendo com que os itens 'Perfuração Rotativa em Rocha SX-150 mm' e 'Perfuração Rotativa em solo SX-150 mm' passem a apresentar subpreço de R\$ 74.674,16 e R\$ 111.902,83 (planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233), respectivamente, ao invés de sobrepreço, ou -3,01% e -5,93%, já incluso o BDI. Importante notar que esses subpreços são inclusive maiores do que aqueles calculados pela Integral na sua defesa (peça 183, p. 21-22).

II.2.6. Instalação de tirantes 50 mm, carga de trabalho 510 kN

184. A referida composição não se encontra nos autos, pois a equipe de auditoria utilizou o mesmo parâmetro do orçamento-base da dispensa de licitação. A Marte Engenharia, de maneira semelhante ao tratamento dado aos itens de perfuração anteriormente analisados, se valeu do custo do serviço '2 S 05 900 01 - Tirante protendido p/ cort. aço st 85/105 D= 32mm' do Sicro 2 e aplicou um fator de correção para obter um valor para o tirante com diâmetro de 50 mm, consoante se depreende da peça 11, p. 119.

185. Neste caso específico, a Marte Engenharia informou que adotou o custo do item '2 S 05 900 01 - Tirante protendido p/ cort. aço st 85/105 D= 32mm' do Sicro 2 com a proporção da área do tirante de 32 mm. O custo de R\$ 352,39 foi obtido dividindo-se a área do tirante de 50 mm pela área do tirante de 32 mm e multiplicado pelo custo do serviço '2 S 05 900 01', ou seja, $(50^2 / 32^2) \times R\$ 144,32$ em setembro/2009 (considerando a área de um círculo).

186. Portanto, não há que se alegar que a composição não estava nos autos e houve restrição ao direito do contraditório e ampla defesa da empresa. Cumpre, também, mencionar que tanto a composição como o quantitativo medido juntados à peça 184, p. 1198 pela Integral não retratam a do tirante de 50 mm, mas sim a do 32 mm.

187. De qualquer sorte, de maneira semelhante ao anteriormente procedido, buscou-se o custo do item '2 S 05 900 01' do Sicro 2 em janeiro de 2010 (R\$ 145,10) e aplicou-se o mesmo fator de correção de 2,4414 para alcançar um montante de R\$ 354,25. Ainda com esta correção, permaneceu um sobrepreço de R\$ 74.226,36, ou 1,04% em relação ao referencial, já com o BDI (planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.7. Execução de cortina atirantada concreto armado $f_{ck}=35\text{Mpa}$ AC/BC



188. A Integral Engenharia, neste momento processual, apresenta composições anexadas à peça 184, p. 1200-1204. Na fase de oitiva, não trouxe qualquer questionamento quanto a este serviço. Analisando os referidos documentos, verifica-se que esta tomou por base a composição '2 S 05 340 51 - Exec.cortina atirantada concr.arm.fck=15 MPa AC/BC' (mesma utilizada pela equipe de auditoria) e promoveu adaptações nos serviços auxiliares que a compõem.

189. Inicialmente, ressalte-se que a defendente não trouxe maiores esclarecimentos dos motivos para os ajustes realizados nem critérios estabelecidos para definição das composições usadas, além do argumento genérico de que as adaptações seriam para retratar a realidade da obra.

190. O primeiro serviço auxiliar apresentado é o '1 A 01 402 01 - Forma de placa compensada resinada'. A Integral se valeu da mesma composição adotada por este Tribunal após os ajustes promovidos em face da análise das manifestações na fase das oitivas (peça 123, p.7).

191. A composição paradigma do Tribunal foi a '2 S 03 371 01 - Forma de placa compensada resinada'. Esta é basicamente a mesma da atividade auxiliar '1 A 01 402 01 - Forma de placa compensada resinada', tendo como única diferença a inclusão do transporte da madeira, que deve ser avaliada na fase de construção em razão das distâncias a serem vencidas. No caso concreto em exame, tomou-se por base as distâncias de 20 km em rodovia não pavimentada e 2 km em rodovia pavimentada, em consonância com as informações do projeto básico.

192. Naquela oportunidade foram efetuados ajustes nos coeficientes do carpinteiro e do servente, com a finalidade de contemplar a justificativa da Integral Engenharia quanto à maior complexidade para execução do serviço, conforme passagem abaixo (peça 126, p. 65):

Visando considerar os argumentos apresentados quanto à complexidade da execução das atividades, buscou-se em outras fontes de composições o tempo levado para consecução em estruturas. Existem composições do Sinapi aferidas recentemente (dezembro/2015), a exemplo da '92263 - FABRICAÇÃO DE FÔRMA PARA PILARES E ESTRUTURAS SIMILARES, EM CHAPA DE MADEIRA COMPENSADA RESINADA, E = 17 MM. AF_12/2015', que indicam para o carpinteiro de formas um coeficiente de 1,656 horas e para o seu ajudante apenas 0,276 horas. Se somarmos os dois, o tempo total fica um pouco acima das 1,40 horas previstas para o carpinteiro e servente da composição do Sicro 2.

Em que pese a composição do Sicro 2 utilizada como paradigma ser, teoricamente, a mais indicada para a obra em tela, visando ser mais conservador, será adotado os coeficientes do Sinapi acima apresentados. (destaques nossos)

193. Como ressaltado, os coeficientes do Sinapi para a mão de obra foram usados na composição de forma do Sicro 2 visando deixa-la mais conservadora (ou com um custo maior). Há, entretanto, que se corrigir um equívoco cometido naquela composição quanto ao coeficiente do carpinteiro. No item '92263 - FABRICAÇÃO DE FÔRMA PARA PILARES E ESTRUTURAS SIMILARES, EM CHAPA DE MADEIRA COMPENSADA RESINADA, E = 17 MM. AF_12/2015' do Sinapi, o consumo daquele profissional é de 1,38 e não 1,656, conforme se depreende do documento 'CADERNOS TÉCNICOS DE COMPOSIÇÕES PARA FÔRMAS PARA ESTRUTURAS DE CONCRETO ARMADO' (peça 225, p. 17).

194. Por algum equívoco, naquela ocasião, foi utilizado o coeficiente 1,656 do item '92449 - MONTAGEM E DESMONTAGEM DE FÔRMA DE VIGA, ESCORAMENTO COM GARFO DE MADEIRA, PÉDIREITO DUPLO, EM CHAPA DE MADEIRA RESINADA, 2 UTILIZAÇÕES. AF_12/2015' (peça 225, p. 174).

195. Portanto, resta necessário fazer esse ajuste na composição paradigma deste Tribunal para a forma. Mesmo com a diminuição do coeficiente do carpinteiro, o custo da mão de obra baseado no Sinapi ainda fica maior do que com os coeficientes do Sicro 2 (R\$ 24,61 contra R\$ 18,36, respectivamente, na data-base janeiro/2010). Mantém-se, assim, o caráter conservador assumido na instrução precedente, em benefício dos responsáveis. Com o ajuste realizado, o custo deste serviço passa a ser R\$ 50,36 (planilha 'Composições ECT e concreto adaptadas' nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Forma placa compensada).

196. Para o serviço auxiliar '1 A 01 580 02 - Fornecimento, preparo e colocação formas aço CA 50' a Integral manteve o custo do Sicro 2 sem alterações, com a data-base janeiro/2010.

197. Já para a atividade auxiliar '1 A 01 415 51 - Concr estr fck=15MPa c.raz uso ger conf/lanç AC/BC' foram realizadas uma série de adaptações.

198. A equipe de auditoria adequou esse serviço acrescentando o custo adicional da composição '2 S 03 329 04 - Conc.estr.fck=35 MPa-contr.raz.c/adit.conf. e lanç' para refletir a resistência do concreto especificado para a cortina atirantada (peça 1, p. 165).

199. Já a Integral, de maneira semelhante ao serviço de forma, se valeu das composições montadas por esta Unidade Técnica para o Concreto 30 MPa após análise das oitivas (peça 123, p. 4-6) e realizou ajustes para contemplar a resistência de 35 MPa exigida para a cortina atirantada. A composição apresentada pela defendente foi 'Concreto estrutural Fck = 35 Mpa (adaptado Sicro + SINAPI)' (peça 184, p. 1203) que contém o serviço auxiliar 'Usinagem Concreto Fck 35 Mpa' (peça 184, p. 1202).

200. O procedimento efetuado pela Integral pode ser aceito, buscando-se adequar a resistência do concreto, tendo em vista as conclusões do exame relativas ao concreto de 30 MPa realizado na instrução à peça 126, p. 61-63. Vale lembrar que naquela análise as adaptações visaram contemplar questões como a produção do concreto por meio de central ao invés de betoneira, assim como o transporte com caminhão betoneira e o lançamento com bombeamento no lugar de carrinho de mão, que se reputaram razoáveis para o caso em tela.

201. Para a usinagem do concreto de 30 para 35 MPa foram ajustados os coeficientes dos materiais cimento, areia e brita com respaldo na composição '2 S 03 329 04 - Conc.estr.fck=35 MPa-contr.raz.c/adit.conf. e lanç.' do Sicro 2, assim como os coeficientes para os respectivos transportes. Julga-se aceitável tal adequação na composição paradigma da Unidade Técnica buscando retratar a resistência do concreto aplicado na cortina atirantada.

202. Outro ponto que merece ajuste na composição de usinagem do concreto se refere ao uso do gerador utilizado para atender à Central de Concreto de 30 m³/h. Ao se utilizar a composição '1 A 01 656 01 - Usinagem de conc. c/ cim. portland p/ pav. Rígido' do Sicro 2 para o serviço de concreto de 30 MPa, alterou-se a Central de Concreto de 180 para 30 m³/h, mas deixou-se de ajustar o grupo gerador que iria atendê-lo.

203. A Central de 30 m³/h tem uma potência de 25 kW (vide Manual do Sicro 2 – Anexo 1 - Pesquisas de preços de equipamentos e materiais, p. 46). O grupo gerador utilizado, 'E504 - Grupo Gerador 288 KVA (230 kw)', é condizente para a 'E335 - Central de Concreto - 180m³ / h - dosadora e misturadora. (149 kW)', mas deveras conservador para a de 30 m³/h.

204. O 'E501 Grupo Gerador : Heimer : GEHM-40 - 36/40 KVA' poderia ser adotado, pois atenderia à potência da Central de 25 kW (considerando-se um fator de potência de 0,8, gerando 32 kW). O próprio Novo Sicro utiliza esse gerador para alimentar uma Central de 30 m³/h, a exemplo da composição '1106281 Concreto para bombeamento fck = 35 MPa - confecção em central dosadora de 30 m³/h - areia e brita comerciais'. Portanto, será utilizado este equipamento na composição referencial deste Tribunal.

205. Com os ajustes efetuados, o custo paradigma da usinagem do concreto de 35 MPa ficou em R\$ 250,68 (planilha 'Composições ECT e concreto adaptadas' nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Concreto 35 MPa), contra R\$ 253,29, na data-base janeiro/2010. Vale comentar que a Integral não ajustou o custo do transporte na sua composição para a nova data-base (peça 184, p. 1202), procedimento realizado nesta instrução. Então, o valor do serviço daquela empresa seria de R\$ 254,29.

206. Para a aplicação do concreto, a Integral promoveu algumas alterações em relação à composição de referência adotada na instrução à peça 126. O primeiro ponto foi alterar os coeficientes de mão de obra do servente e do pedreiro em relação aos próprios consumos apresentados nas suas manifestações (e utilizadas na composição paradigma da Unidade Técnica), além de incluir um carpinteiro entre os profissionais. Não cabe aceitar o referido ajuste, pois não foi apresentado qualquer argumento capaz de justificar tal alteração, inclusive divergindo do que a empresa havia trazido anteriormente.

207. A outra modificação se refere à inclusão de uma perda de 5% na produção e no serviço de bombeamento do concreto. Em que pese na composição do Sicro 2 '2 S 02 604 00 - Sub-base de concreto de cimento Portland' (uma daquelas usadas como referência para a montar a composição de concreto na instrução à peça 126) não ter a previsão dessa perda, é razoável aceitar a sua inclusão no caso em tela. O próprio Novo Sicro reconhece a necessidade de se incluir tal desperdício nas suas composições de concreto, consoante se observa do Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes – Volume 10 – Conteúdo 04 - CONCRETOS, AGREGADOS, ARMAÇÕES, FÔRMAS E ESCORAMENTOS, p. 46:

Tipos de Concreto:

(...)

Além das premissas descritas anteriormente, foram adotados os seguintes parâmetros para elaboração das composições de custos de concreto do SICRO:

Perda de 5% para os materiais utilizados nos concretos executados na obra (betoneira ou central);

208. Com os ajustes efetuados na composição paradigma, o custo do serviço da aplicação do concreto (já incluído a composição auxiliar de fabricação, analisada anteriormente) fica em R\$ 321,81 (planilha ‘Composições ECT e concreto adaptadas’ nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Concreto 35 MPa) contra R\$ 344,73, trazido pela Integral (peça 184, p. 1203). Cabe apenas lembrar que a Integral não atualizou o valor do serviço de bombeamento do concreto (obtido no Sinapi) para a data-base janeiro/2010. Com essa atualização o seu custo de referência passa para R\$ 346,08.

209. Concluído o exame das composições auxiliares para a execução da cortina atirantada, transferiu-se os seus valores à composição principal, levando-a a um custo total de R\$ 1.849,70 ante a um montante de R\$ 1.925,06 apresentado pela Integral. Dessa forma, o sobrepreço inicialmente calculado reduziu-se para R\$ 24.179,25 ou 0,71%, já incluso o BDI de 29,39% (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233).

210. Quanto a este serviço, cabe ainda comentar que a Marte Engenharia, no orçamento-base, adotou composição produzida pela Engevix (peça 12, p. 51). Contudo, o documento convertido em eletrônico está com qualidade de resolução muito baixa, não permitindo identificar a descrição, quantidade e valor de alguns insumos.

211. De qualquer maneira, o custo presente naquela composição foi de R\$ 1.902,82, próximo ao de R\$ 1.849,70, calculado nesta instrução (apesar da pequena diferença de data-base), e ao apresentado pela Integral, observando-se que não restou um sobrepreço relevante neste serviço, com diferença de apenas 0,71% (planilha ‘Composições ECT e concreto adaptadas’ nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Cortina Atirantada).

II.2.8. Transição compactada

212. Para este item, a equipe de auditoria se valeu do mesmo referencial do orçamento-base montado pela Marte Engenharia, que foi a composição ‘2 S 02 230 51 - Base brita grad.c/dist.agreg.contr.de greide BC’ do Sicro 2.

213. A Integral argumenta que seria necessário fazer a troca da atividade auxiliar ‘Usinagem de Brita Graduada BC’ por ‘Brita Comercial’, e fazer a inclusão do transporte desse material da cidade de Três Rios/RJ até o canteiro de obras, conforme previsão no Projeto Básico para disponibilidade de materiais (peça 184, p. 1206-1209).

214. Considerando a utilização da brita comercial em outros serviços analisados, como o caso do concreto de 30 MPa (na instrução à peça 126) e concreto de 35 MPa, anteriormente mencionado, entende-se razoável acatar a alteração realizada pelo defendente, inclusive quanto à inclusão do transporte.

215. Há que se ressaltar apenas os coeficientes usados pela Integral para a brita comercial (1,30 contra 1,00 do Sicro) e para o transporte (3,12 contra 2,40 do Sicro) que diferem daqueles presentes na composição ‘2 S 02 230 51 - Base brita grad.c/dist.agreg.contr.de greide BC’, respectivamente. Uma vez que não foi apresentada razão para a alteração desses coeficientes, serão mantidos os definidos no sistema oficial.

216. Realizando-se esses ajustes, assim como da data-base, o custo paradigma deste item passa para R\$ 81,48 (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233 e planilha ‘Composições ECT e concreto adaptadas’ nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Transição compactada) em contraposição aos R\$ 103,23 trazidos pela Integral. Em comparação ao contrato, o sobrepreço permaneceu praticamente inalterado em relação ao valor calculado inicialmente pela equipe de auditoria, implicando em R\$ 16.840,82, ou 1,97%, já com a inclusão do BDI.

II.2.9. Concreto Estrutural Fck = 30 Mpa

217. As alterações que a defendente promoveu na composição paradigma deste Tribunal para o item em tela são basicamente os mesmos daqueles apresentados anteriormente para o concreto de 35 MPa, à exceção dos quantitativos do cimento, areia e brita (material e transporte), que foram mantidos os originais por conta de a resistência ser menor. Portanto, as conclusões sobre a aceitação ou não dos ajustes efetuados naquele caso são aplicáveis a este.

218. Com os ajustes realizados o custo de referência do Tribunal passou para R\$ 284,45 (planilha ‘Composições ECT e concreto adaptadas’ nos Itens não digitalizáveis à peça 224, aba Concreto 30 MPa), enquanto o valor trazido pela Integral na sua defesa foi de R\$ 307,49 (peça 184, p. 1211). Permaneceu, assim, um sobrepreço de R\$ 162.545,63, ou 16,92%, já considerado o BDI (planilha ‘Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada’ no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.10. Trilho TR 57 Aço Carbono

219. Os argumentos apresentados pela Integral relativos às dificuldades para aquisição do Trilho TR-45 já haviam sido trazidos por Furnas na fase de oitivas na instrução à peça 126. Pelos documentos apresentados, infere-se que haveria dificuldade para o fornecimento do Trilho TR-45 na quantidade e prazo requeridos.

220. Ocorre, entretanto, que, conforme discutido naquela instrução, o trilho efetivamente empregado na relocação da ferrovia foi o TR-57 e não o TR-45. E Furnas não realizou qualquer pesquisa para verificar se o preço do TR-57 estaria condizente com o previsto em contrato para o TR-45.

221. Em tabela à peça 126, p. 41-42, relacionou-se 11 licitações (contando o próprio pregão 352/2007 do Dnit, utilizado como paradigma pela equipe de auditoria) para aquisição de trilhos e demonstrou-se que os valores contratados foram bem menores que o praticado pela Integral Engenharia.

222. De acordo com o art. 65, inciso I, alínea 'a' e § 1º da Lei 8.666/1993, com a mudança de especificação do trilho haveria a necessidade de prolação de aditivo para retratar a nova situação contratual, suprimindo ou acrescentando valor à avença dependendo da consequência que a troca do material ocasionou. Consoante já comentado, Furnas não demonstrou se a troca do trilho TR-45 para o TR-57 trouxe aumento ou redução ao valor do contrato, limitando-se a aplicar o preço já praticado na planilha.

223. Para justificar o preço do contrato, a Integral Engenharia alega que as especificações técnicas exigidas para o trilho utilizado na relocação da ferrovia seriam diferentes das contidas no Edital 352/2007 do Dnit. Destaca em especial as divergências no teor máximo de fósforo e enxofre admissíveis, que, segundo a especificação determinada por Furnas (AREMA – *American Railroad and Engineering and Maintenance-of-way Association*) seria de no máximo 0,020% e a admitida pelo Dnit 0,035%.

224. O fósforo e enxofre são impurezas resultantes da produção do aço que devem ter os seus níveis mantidos em patamares aceitáveis, a depender da sua aplicação, para não diminuir a sua resistência.

225. Entretanto, o patamar adotado pelo Dnit está em nível aceitável, conforme literatura e normas brasileiras vigentes. Em pesquisa de documentos acadêmicos sobre o assunto, encontrou-se referências a presença desses materiais em trilhos. A título de exemplo, da monografia para conclusão de Curso de Especialização de Transporte Ferroviário de Carga no Instituto Militar de Engenharia (IME), se depreende que (peça 226, p. 14):

O fósforo (P) e o enxofre (S) são elementos residuais e nocivos, portanto devem ser mantidos em níveis muito baixos, em geral inferior a 0,035% de fósforo, que se acumula no contorno e confere fragilidade ao aço diminuindo sua tenacidade, e inferior a 0,037%, de enxofre, que forma inclusões de sulfeto de manganês que diminuem a tenacidade à fratura e resistência à fadiga. (MAGALHÃES - 2000)

226. A norma brasileira que trata de requisitos para trilhos (NBR 7590/2012) define limites máximos de 0,03% para o fósforo e 0,035% para enxofre para um trilho de qualidade 6 e 7 (considerado de alta qualidade) – peça 227, p. 5. Já os trilhos de qualidade corrente (1 a 3) tem limites máximos de 0,05% para ambos (peça 227, p. 4), segundo a NBR. Esse limite é semelhante à Norma Europeia (UIC-680) e Americana (ASTM-01) – essa última com limites máximos de 0,05% para fósforo e 0,04% para enxofre – peça 227, p. 5-6.

227. Além disso, consultando as licitações acima mencionadas, é possível observar que nos pregões 8/2013 e 9/2013, promovidos pela Valec, foram utilizadas as especificações da AREMA para a aquisição dos trilhos UIC-60 (peça 228, p. 78-80). Em que pesem as quantidades daqueles certames terem sido bem superiores aos da aquisição para relocação do trecho I da FCA, não parece razoável que os custos praticados na contratação de Furnas tenham sido quase 68% superiores à média dos valores dos trilhos adquiridos naquelas licitações (R\$ 6.635,26 / ((R\$ 4.217,09 + R\$ 3.703,20) / 2)).

228. Vale lembrar que o preço do minério de ferro (principal insumo para a fabricação dos trilhos) esteve com valores relativamente próximos nos anos de 2010 e 2013 (peça 229) e que o dólar neste último ano estava mais caro que em 2010 frente ao real (peça 230).

229. Da tabela 13 da instrução à peça 126, reproduzida a seguir, é fácil notar que as variações entre licitações onde foram adquiridas grandes quantidades, comparadas com aquelas com um menor volume, foi pequena, considerado os casos dos certames ocorridos em anos mais próximos e quando confrontada com a divergência acima apontada. Por exemplo, no Pregão Eletrônico 110/2010 da CBTU e Pregão Eletrônico 15/2009 da Valec o custo de aquisição da CBTU para um quantitativo menor foi de 15,78% (R\$ 3.356,97 / R\$ 2.899,33). No caso do Pregão 4/2011 da Valec e Pregão Eletrônico 14/2011, os valores foram praticamente os mesmos, com uma diferença em torno de 3% (R\$ 3.044,99 / R\$ 2.957,00). Já no caso dos Pregões 8 e 9/2013 da Valec comparados ao Pregão Eletrônico 13/2014 da CBTU, os trilhos adquiridos por essa companhia foram por

valor inferior aos da Valec, apesar da quantidade reduzida (R\$ 3.499,00 contra a média de R\$ 3.960,15, respectivamente).

Tabela 13 – Relação de pregões para aquisição de trilhos

Licitação	Órgão licitante	Quantidade licitada	Preço obtido	Número de participantes	
Pregão 10/2006	Eletrônico	VALEC	63.000 toneladas	R\$3. 189,00/t	3 (três)
Pregão 64468176/2009	Eletrônico	METRÔ - SP	2.359 unidades trilhos TR-57	R\$3. 276,00/t	2 (dois)
Pregão 15/2009	Eletrônico	VALEC	60.000 toneladas trilhos TR-57	R\$2. 899,33/t	7 (sete)
Pregão 110/2010	Eletrônico	CBTU	1.720 toneladas trilhos TR-45	R\$3. 356,97/t	10 (dez)
Pregão 888/2006		TRENSU RB - RS	1.000 toneladas trilhos TR-57	R\$3. 500,00/t	2 (dois)
Pregão 352/2007	Eletrônico	DNIT	4.024 toneladas de trilhos UIC-60	R\$3. 149,00/t	4 (quatro)
Pregão 4/2011		VALEC	244.597 toneladas de trilhos UIC-60	R\$2. 957,00/t	2 (dois)
Pregão 14/2011	Eletrônico	CBTU	5.300 toneladas de trilho TR-45	R\$3. 044,99/t	6 (seis)
Pregão 8/2013	Presencial	VALEC	95.434 toneladas de trilho UIC-60	R\$4. 217,09/t	3 (três)
Pregão 9/2013	Presencial	VALEC	147.056 toneladas de trilho UIC-60	R\$3. 703,20/t	2 (dois)
Pregão 13/2014	Eletrônico	CBTU	9.600 toneladas de trilho TR-45	R\$3. 499,00/t	7 (sete)

230. Poderia ser questionado que haveria uma diferença entre especificações dos referidos trilhos que ensejaria alterações nos preços praticados. É possível que isso ocorra, mas é bom lembrar que no próprio Pregão Eletrônico 352/2007 do Dnit, utilizado como referência pela equipe de auditoria, além da compra dos trilhos TR-57 foram também adquiridos os trilhos UIC-60. Ambos tiveram praticamente o mesmo valor de aquisição (R\$ 3.140,00 e R\$ 3.149,00, respectivamente) – peça 231.

231. É preciso lembrar, também, que a Integral não juntou evidências de que a divergência de especificação poderia ocasionar alteração substancial no preço ofertado. Além disso, a afirmação de que os preços utilizados foram baseados em cotações de preços junto à empresas fornecedoras deve ser interpretada de forma cuidadosa, uma vez que os documentos apresentados (peça 184, p. 1265-1270) se referem à ofertas relativas aos trilhos TR-45 e não ao TR-57, que foi o efetivamente empregado no empreendimento.

232. Conforme mesmo salientou a defendente, uma das principais razões para a mudança na especificação dos trilhos foi exatamente a dificuldade de os fornecedores entregarem o TR-45 na quantidade e prazo exigidos, o que pode ter influenciado na apresentação das propostas de preços. A Integral, contudo, não apresentou as cotações que teria recebido (ou comprovantes de aquisição) para o fornecimento do trilho TR-57.

233. Inclusive, em uma das propostas encaminhadas, o fornecedor justifica o aumento no preço para o fornecimento do trilho TR-45, em razão da sua pouca utilização nos dias atuais, sendo mais usual a fabricação do TR-57, nos seguintes termos (peça 184, p. 1268):

Em resposta ao seu pedido de cotação para importação de 600 toneladas de trilho ferroviário TR-45, cuja estimativa de custos segue anexa, temo a aclarar os seguintes pontos:

1 – O Trilho TR-45 é atualmente muito pouco utilizado mundialmente, sendo produzido somente sob encomenda, normalmente para reposição em ferrovias secundárias ou de pouco tráfego. Para as ferrovias novas, o trilho mais produzido é o TR-57.

(...)

5 – A elevação do preço do trilho se origina, principalmente, no custo de paralização da produção diária para a troca de todos os roletes de laminação para a fabricação específica das 600 toneladas do TR-45 e de sua remoção após completado este volume. No caso em que até a fabricação a Nippon Steel tenha

mais algum pedido de TR-45 os preços poderão sofrer uma diminuição em função no novo total a ser laminado. (destaques nossos)

234. Nota-se, portanto, que o valor ofertado para o trilho TR-45 poderia ser mais caro do que para um TR-57, sendo a cotação para este material ou a sua comprovação de compra, documento mais hábil para retratar o preço do que foi efetivamente aplicado na obra.

235. De toda sorte, visando afastar qualquer questionamento quanto às diferenças de especificações e quantidades adquiridas, e agindo de forma conservadora, será utilizado neste caso concreto o custo de referência do Pregão Presencial 8/2013 de R\$ 4.217,09/t (sem a retroação do valor para janeiro de 2010, o que aumenta ainda mais o conservadorismo). Mesmo com esse novo referencial ainda permanece um sobrepreço de R\$ 1.559.302,17, ou 52,75%, já incluído o BDI (planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233).

II.2.11. Conclusão acerca do sobrepreço

236. Diante da análise efetuada ante aos argumentos apresentados, verifica-se que o sobrepreço inicialmente apontado para a constituição desta TCE de R\$ 7.090.755,43, ou 8,61% em relação ao montante final medido de R\$ 82.336.207,23, foi reduzido para R\$ 1.159.681,80, ou 1,41% frente à mesma medição, conforme tabela resumo abaixo (e planilha 'Curva ABC medição final Relocação Trecho I Ferrovia (SAO) alterada' no Item não digitalizável à peça 233 para maiores detalhes). Em linha oposta, a Integral defende a existência de um subpreço de R\$ 5.963.574,42 (peça 184, p. 68).

Tabela 2 – Resumo cálculo sobrepreço

Descrição do Serviço	Und	Quant.	BDI 29,39%		Sobrepreço
			Preço Total Contrato (R\$)	Preço Total Referência TCU (R\$)	
Administração Local	B	1,00	7.361.299,28	Sobrepreço elidido conforme análise na instrução	0,00
Instalação de tirantes 50 mm, carga de trabalho 510 KN	M	15.595,00	7.222.356,40	7.148.130,04	74.226,36
Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	G	558.804,50	4.923.067,65	7.092.994,37	- 2.169.926,72
Trilho TR-57 - Aço Carbono (*)	T	525,93	4.515.298,38	2.956.220,80	1.559.077,58
Execução de cortina atirantada concreto armado fck = 35 MPa AC/BC	M	1.433,00	3.453.816,60	3.429.637,35	24.179,25
Montagem das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	G	879.811,00	3.448.859,12	3.642.839,85	- 193.980,73
Fornecimento, preparo, colocação de aço CA-50	G	344.395,34	3.412.957,82	3.783.255,48	- 370.297,66
Manutenção de Canteiro	B	1,00	3.392.710,00	2.159.722,10	1.232.987,90
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DTM 1000 a 1200 m	M	371.775,10	3.234.443,37	3.165.241,90	69.201,47
Conjunto de estaca Raiz equivalente a tubulão D=1,40m, inclus. mobilização de batelão	M	1.232,40	2.891.173,43	2.866.138,81	25.034,62



Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria, DTM 400 a 600 m	3	M45	98.274,	2.776.253,21	2.689.377,12	09	86.876,
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DMT 400 a 600 m	3	M,88	368.262	2.761.971,60	2.639.784,19	,41	122.187
Perfuração rotativa em rocha SX - 150mm		M0	5.643,0	2.403.805,14	2.478.479,30		- 74.674,16
Construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR-45, Fixação elástica	/LIN	M8	5.889,4	1.966.202,90	1.701.826,74	,16	264.376
Tirante protendido para cortina aço st 85/105 D = 32 mm		M0	9.335,0	1.778.504,20	1.752.598,55	65	25.905,
Perfuração rotativa em solo SX - 150mm		M0	9.325,0	1.775.666,50	1.887.569,33		- 111.902,83
Transporte local com Basculante 10 m³ em rodovia não pavimentada (conserv.)	.KM	T08,31	1.925,4	1.694.359,31	1.669.161,49	82	25.197,
Fornecimento de Dormentes de madeira para bitola métrica	N	U00	10.896,	1.547.558,88	1.445.079,28	,60	102.479
Perfuração rotativa com coroa de vidia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo		M0	7.799,0	1.401.168,34	1.507.010,18		- 105.841,84
Compactação de material de 'BOTA FORA'	3	M,92	598.865	1.185.754,52	1.201.052,55		- 15.298,03
Concreto estrutural - fck = 30,0 Mpa - Controle Razoável com adição de aditivo	3	M3	2.610,3	1.123.277,21	960.731,58	,63	162.545
Compactação de aterro a 95 % Proctor Normal	3	M,82	383.756	963.229,62	983.155,04		- 19.925,42
Transição Compactada	3	M8	8.123,7	873.306,35	856.465,53	82	16.840,
				66.107.039,83	Sobrepreço parcial	729.268,97	
Demais Serviços				16.229.167,40	Sobrepreço adicional (duplicidade dos Encarregados de Frente de Obras)	430.412,83	
Total medição final				82.336.207,23	Sobrepreço Total	1.159.681,80	

237. A jurisprudência do TCU tem sinalizado que não existe faixa de tolerância para sobrepreço. Assim, o Tribunal não considera baixos índices de sobrepreço como corretos, qualificando-os, indistintamente, como variação regular de preços (Acórdão 3.382/2012-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes).

238. Nada obstante, as circunstâncias que envolvem o caso concreto devem ser levadas em consideração no exame da variação dos preços, sob pena de, em linha diametralmente oposta, tratar indistintamente quaisquer casos como situações inadmissíveis, sem considerar a situação prática.

239. A análise deste caso concreto, cujo objeto é o remanescente da obra de realocação de trecho de uma ferrovia, no âmbito da implantação do Aproveitamento Hidrelétrico Simplício (AHE Simplício) por Furnas, mostra que a dispensa de licitação que culminou na contratação da Integral Engenharia contou com o convite a outras empresas (cinco ao total), porém, apenas duas apresentaram proposta (peça 14, p. 86-90). O próprio Consórcio Construtor Simplício (formado pelas empresas Odebrecht e Andrade Gutierrez), que poderia, de certa forma, ter alguns custos reduzidos por já se encontrar mobilizada no local executando a obra da AHE Simplício, não se interessou pelo empreendimento. Outras empresas de grande porte, como OAS e Queiroz Galvão, também não acudiram ao convite.

240. Apesar desse fato não ser uma evidência da ausência de sobrepreço, pode ser um indicativo, aliado ao prazo curto para a realização das obras já atrasadas em razão da rescisão contratual com a empresa Convap, de que o preço não seria tão atrativo face a outras opções existentes no mercado à época (2010), em que o mercado de construção no país, e particularmente no Estado do Rio de Janeiro, estava bem aquecido.

241. Nesse contexto, a variação percentual de 1,40% no valor global em relação ao referencial adotado pelo Tribunal não nos parece se mostrar como inadmissível, podendo mesmo ser considerada, excepcionalmente, como variação de mercado, não suficiente para caracterização de sobrepreço para o caso em tela.

242. Assim, considerando que: i) a defesa dos demais responsáveis não ataca a questão do sobrepreço de forma tão detalhada como fez a Integral; ii) em sua maioria, eles tentam afastar as suas responsabilidades frente ao débito levantado; e iii) não restou irregularidade que enseje o apenamento desses responsáveis com fundamento no arts. 57 e 58, inciso I, da Lei 8.443/1992; propõe-se que seja retomada a natureza original deste processo de tomada de contas especial para Relatório de Auditoria, com fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, os quais suprem a promoção das audiências previstas no art. 43, II, da Lei nº 8.443/1992, tendo em vista que foi assegurado aos responsáveis o direito ao contraditório e à ampla defesa, sem que a forma empregada gerasse qualquer prejuízo a eles, em consonância com os Acórdãos 1.723/2009, 1.063/2012, 3.120/2013, todos do Plenário desta Casa e 294/2019-Segunda Câmara.

243. Por outro lado, é preciso dar ciência à Furnas no tocante às falhas e impropriedades envolvendo a troca de especificação dos trilhos sem ser acompanhada de avaliação do preço praticado e formalização de aditivo. Tal prática ensejou o fornecimento de produto por parte de Integral Engenharia com especificação diferente do contratado por preço acima do mercado.

244. Assim, será proposto, com fundamento no art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, dar ciência a Furnas da seguinte impropriedade cometida no gerenciamento do Contrato 8000001197, de modo que seja evitada a reincidência em outras contratações: a ausência de avaliação de preços dos novos itens em substituição aos anteriores, em razão de alteração na especificação de materiais e/ou serviços (trilhos TR-45 por TR-57), desprovida do respectivo termo aditivo formalizando as alterações, inclusive para contemplar o impacto das modificações realizadas no valor da avença, afronta o art. 65, inciso I, alínea 'a' e § 1º da Lei 8.666/1993.

II.3. Da necessidade de produção de prova pericial

245. Em que pese o sobrepreço residual, neste caso concreto, excepcionalmente, poder ser considerado como possível variação de mercado (apesar do sobrepreço relevante verificado no item relativo ao trilho), é preciso comentar que nos processos de controle externo no âmbito deste Tribunal, não há previsão para oitiva de testemunhas ou produção de prova pericial requeridas pelos responsáveis, cabendo à parte apresentar os elementos que entender necessários para demonstrar a boa e regular aplicação de recursos públicos (vide Acórdãos 2457/2015-TCU-Plenário e 1292/2018-TCU-Primeira Câmara, por exemplo). Esclarecedor também é o que consta no Voto condutor do Acórdão 473/2015-TCU-Plenário, de relatório do Ministro Walton Alencar Rodrigues:

No que se refere à solicitação de perícia técnica para comprovação das alegações e demonstração da não existência de superfaturamento do Consórcio (alegação 'r'), esclareço: o processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do Tribunal, não admite a produção de prova pericial. O ônus de demonstrar a regular aplicação dos recursos federais é do próprio responsável, não sendo competência deste Tribunal, portanto, determinar a realização de perícia para a obtenção das provas (Acórdãos 1.599/2007-Plenário, 611/2007-1ª Câmara e 1.098/2008-2ª Câmara).



Além disso, a produção de prova pelo responsável, prescinde da autorização desta Corte de Contas, de modo que caberia ao recorrente, nesta etapa processual, a iniciativa de carrear aos autos todos os meios de provas lícitos que favorecessem a sua defesa. Não tendo se valido de tal faculdade em seu recurso, não cabe solicitar a esta Corte de Contas que produza perícia técnica.

Julgo não ser cabível a aplicação analógica das disposições pertencentes à prova do processo civil ao processo de controle externo, porque a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU dispõem, exaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis.

Mesmo no Processo Civil, conforme o artigo 420, parágrafo único, do CPC, o juiz indeferirá a perícia quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico. Em verdade, a prova pericial somente será admitida se for possível e necessária para o esclarecimento dos fatos da causa, e ainda se a prova de um específico fato depender de conhecimento especial, não possuído pelo magistrado.

Conforme o art. 427, do CPC, a prova pericial pode ser dispensada quando as partes (no caso, os interessados) apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos que o julgador considere suficientes para elucidá-las.

O corpo técnico desta Corte de Contas possui conhecimentos não apenas jurídicos, mas também contábeis, econômicos e financeiros, de administração pública; além do fato de que a estrutura do TCU dispõe de Secretarias Especializadas na fiscalização de obras de engenharia. Em suma, as unidades desta Corte desempenham o papel de órgão técnico, à diferença das Cortes do Poder Judiciário, de natureza apenas jurídica. Dessa forma, o meio de prova produzida pela administração é a própria auditoria, a qual o interessado tem o direito de contraditar em suas razões de justificativa, apresentando inclusive laudo técnico emitido por especialista, por ele contratado.

Impróprio, portanto, o pedido de realização de perícia técnica, formulado pelo consórcio, uma vez que cabe ao responsável o ônus de demonstrar a regular aplicação dos recursos federais; nessa peça recursal ele se absteve de juntar outras provas documentais, cuja produção prescinde de autorização desta Corte de Contas; e os elementos presentes nestes autos bem como as avaliações técnicas efetuadas pela equipe deste TCU foram suficientes para o esclarecimento dos fatos e julgamento das presentes contas.

246. Além disso, cabe lembrar, também, que a própria Lei 9.784/1999, mencionada pela Integral como fundamento para a produção das provas periciais por parte deste Tribunal, estabelece no seu art. 69 que:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

247. Os processos do Tribunal são regidos por lei própria (Lei 8.443/1992) que, juntamente com o seu Regimento Interno, estabelece rito específico para a condução dos trabalhos desta Corte.

248. Dessa forma, não constitui direito da Integral à perícia com respaldo no art. 465 do Código Civil ou no art. 38 da Lei 9.784/1999, haja vista que a Lei Orgânica deste Tribunal e o Regimento Interno desta casa não admite a produção de prova pericial.

CONCLUSÃO

249. Esta instrução cuidou da análise das alegações de defesa apresentadas no âmbito desta TCE, instaurada por determinação deste Tribunal por meio do subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes. As irregularidades apontadas no processo originador indicavam um superfaturamento de R\$ 7.090.755,43 no contrato 8000001197, firmado entre Furnas Centrais Elétricas S.A. (Furnas) e a empresa Integral Engenharia Ltda., para a relocação do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), no âmbito do empreendimento Aproveitamento Hidroelétrico (AHE) Simplício, entre os estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais.

250. Todos os responsáveis apresentaram defesa, constando a localização de cada uma delas no item 'Histórico' desta instrução.

251. Uma vez que a defesa oferecida pela Integral Engenharia tratou da questão do superfaturamento com uma maior profundidade que os demais responsáveis, utilizou-se essa como referência para os exames empreendidos neste documento.

252. Um primeiro questionamento daquela empresa se referiu à data-base a ser utilizada para os preços paradigmas dos serviços. A análise empreendida sobre os argumentos apresentados e de acordo com informações do projeto básico e do contrato levou à conclusão de que a data-base correta seria janeiro/2010 (data de apresentação da proposta) ao invés de setembro/2009 (data do orçamento-base da dispensa de licitação). Portanto, as composições de referência deste Tribunal foram ajustadas para retratar essa realidade (item II desta instrução).



253. A empresa passou, então, a tratar dos serviços que estavam com valores abaixo dos preços referenciais, ressaltando que os valores calculados na planilha à peça 124 seriam menores ainda, haja vista a necessidade de inclusão de itens não analisados, pois não figuravam na parte A da Curva ABC, a exemplo do fornecimento de dormentes, além de outros ajustes que deveriam ser efetuados.

254. Entendeu-se que para alguns serviços havia apenas a necessidade de fazer a correção da data-base, o que aumentou o subpreço por esta razão. No caso específico dos dormentes, concluiu-se que havia na verdade um sobrepreço e não um subpreço. Já em relação ao item 'Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350', atuando-se de maneira conservadora, foram realizadas alterações na composição que elevaram o subpreço substancialmente (itens II.1.1 e II.1.2 desta instrução)

255. No que concerne aos serviços que apresentavam sobrepreço, alguns argumentos trazidos foram acatados, o que implicou alterações em algumas composições que reduziram o débito inicialmente levantado.

256. Um desses itens que merece destaque é o fornecimento do trilho. Apesar de, conservadoramente, o sobrepreço unitário ter sido reduzido, ele ainda permaneceu elevado (R\$ 1.559.077,58, ou 52,74%). Observou-se que houve a mudança de especificação do trilho sem que fosse acompanhada de uma avaliação por parte de Furnas dos preços praticados para o novo material. Cotação apresentada por próprio fornecedor destacava que o preço do trilho TR-45 (constante no orçamento e contrato) seria mais caro do que do TR-57 (o efetivamente empregado), em razão do pouco uso daquele nas ferrovias atuais. Evidências de outros pregões para aquisição de trilhos corroboraram tal assertiva.

257. A questão envolvendo os encarregados de obra teve forte influência na redução do sobrepreço. A Integral, neste momento processual, incluiu nos seus cálculos os fatores de obra presentes na sua folha de pagamento. Em que pese ser questionável incluir esse profissional como encarregado de obras pelas razões expostas no exame proferido no respectivo tópico, decidiu-se por acatar, de maneira conservadora e, excepcionalmente, neste caso concreto, essa inclusão, o que fez o sobrepreço ser reduzido de R\$ 2.478.684,97 para R\$ 430.412,83.

258. Por fim, o sobrepreço total inicialmente apontado de R\$ 7.090.755,43, ou 8,61% do valor total medido, foi reduzido para R\$ 1.159.681,80, ou 1,41%. Tendo em vista que o percentual de sobrepreço foi reduzido, considerou-se como mera variação de mercado, não cabendo cobrá-los dos responsáveis.

259. Ante ao afastamento do débito e a ausência de outras irregularidades que ensejem o apenamento dos responsáveis propôs-se que fosse retomada a natureza original deste processo de tomada de contas especial para Relatório de Auditoria, com fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual e outros Acórdão desta Casa, para então dar ciência à Furnas de que a ausência de avaliação de preços dos novos itens em substituição aos anteriores, em razão de alteração na especificação de materiais e/ou serviços (trilhos TR-45 por TR-57), desprovida do respectivo termo aditivo formalizando as alterações, inclusive para contemplar o impacto das modificações realizadas no valor da avença, afronta o art. 65, inciso I, alínea 'a' e § 1º da Lei 8.666/1993.

260. Em relação à requisição para realização de perícia, caso o sobrepreço ainda persistisse, consignou-se que tal pedido não tinha como prosperar, tendo em vista que nos processos de controle externo deste Tribunal não há previsão para oitiva de testemunhas ou produção de laudos periciais, devendo a parte apresentar os elementos que entender necessários para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos públicos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

261. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior para apreciação e encaminhamento ao Gabinete da Exma. Ministra-Relatora Ana Arrais, passando antes pelo Ministério Público junto ao TCU para o pronunciamento previsto no art. 81, inciso II da Lei 8.443/1992, propondo:

261.1. acatar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Francisco Cordero Donha Filho (CPF 050.000.918-09) e Paulo Roberto Telles Villas (CPF: 277.273.517-68), e pelas empresas Integral Engenharia Ltda. (CNPJ: 16.629.693/0001-16), Marte Engenharia Ltda. (CNPJ: 32.225.757/0001-70), Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria Ltda. - ESEC (CNPJ: 68.809.300/0001-50) e MCA Auditoria e Gerenciamento Ltda. (CNPJ: 05.451.102/0001-47), e considerar elidido o superfaturamento inicialmente apurado;

261.2. retomar a natureza original deste processo para Relatório de Auditoria, com fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, ante ao afastamento do débito e a ausência de outras irregularidades que ensejem o apenamento dos responsáveis com base nos arts. 57 e 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 e arquivar os autos, com fundamento art. 169, inciso III do RITCU;



261.3. determinar a Furnas Centrais Elétricas S.A. que informe a este Tribunal quando do julgamento de mérito das ações judiciais perante a 28ª Vara Cível do Rio de Janeiro relativas ao processo 0024147-34.2013.8.19.0001;

261.4. dar ciência a Furnas Centrais Elétricas S.A. (CNPJ 23.274.194/0001-19), com fundamento no art. 4º da Portaria-Segecex 13/2011, da seguinte impropriedade cometida no gerenciamento do Contrato 8000001197, de modo que seja evitada a reincidência em outras contratações: a ausência de avaliação de preços dos novos itens em substituição aos anteriores, em razão de alteração na especificação de materiais e/ou serviços (trilhos TR-45 por TR-57), desprovida do respectivo termo aditivo formalizando as alterações, inclusive para contemplar o impacto das modificações realizadas no valor da avença, afronta o art. 65, inciso I, alínea ‘a’ e § 1º da Lei 8.666/1993;

261.5. encaminhar a todos os responsáveis deste processo e a Furnas Centrais Elétricas S.A. cópia do acórdão que vier a ser proferido, orientando-os, caso desejem, a obter o inteiro da deliberação, incluindo o relatório e o voto, no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos, conforme orientação contida no Memorando-Circular nº 45/2017 – Segecex.”

2. O Ministério Público junto ao Tribunal - MPTCU anuiu, em essência, à proposta da unidade técnica (peça 250).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada em cumprimento ao subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-Plenário, em razão de sobrepreço de R\$ 7.090.755,43 no contrato 8000001197, firmado entre Furnas Centrais Elétricas S.A. (Furnas) e a empresa Integral Engenharia Ltda., no valor de R\$ 92.814.434,00 (data-base de janeiro/2010), para relocação do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), no âmbito do empreendimento Aproveitamento Hidroelétrico (AHE) Simplício, entre os estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.

2. A instauração desta TCE decorreu da análise das oitivas dirigidas à empresa Integral Engenharia e Furnas, promovidas no âmbito do TC 011.792/2010-8, acerca da constatação de sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado de R\$ 10.786.683,80 no Contrato 8000001197. Após apresentação das justificativas aos serviços mais relevantes que formaram o sobrepreço, foi elaborada nova Curva ABC. Em razão da alteração de alguns serviços medidos e após a unidade técnica acatar parcialmente parte dos argumentos apresentados, remanesceu sobrepreço – superfaturamento, no caso, considerando que o contrato já estava concluído – no valor de R\$ 7.090.755,43. Sendo assim, por meio do subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-Plenário, instaurou-se a presente tomada de contas especial, bem como determinaram-se as citações dos responsáveis.

3. No âmbito desta Corte de Contas, realizaram-se as citações da Integral Engenharia Ltda., do Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria Ltda., da empresa Marte Engenharia Ltda., de Francisco Cordero Donha Filho (na condição de gerente do Departamento de Construção de Geração à época dos fatos) e de Paulo Roberto Telles Villas (na condição de responsável à época dos fatos pela elaboração do orçamento da obra do Trecho I da Ferrovia Centro Atlântica).

4. Após analisar as alegações de defesa apresentadas, a unidade técnica (SeinfraElétrica), ao acatar alguns dos argumentos apresentados, entendeu que o sobrepreço inicial de R\$ 7.090.755,43 – o que representava 8,61% do valor total medido – se reduziu para R\$ 1.159.681,80 – o que representaria apenas 1,41%. Sendo assim, considerando a redução do suposto sobrepreço, a unidade técnica entendeu que essa pequena diferença poderia ser considerada como mera variação de mercado e que não haveria fundamentos fático e jurídico suficientes para exigir dos responsáveis o ressarcimento da quantia remanescente. Desse modo, propôs, entre outras medidas, acatar parcialmente as alegações apresentadas pelos responsáveis e considerar elidido o superfaturamento apurado.

5. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou, em essência, concordância com a unidade técnica.



6. Passo a decidir.

7. Dissinto das propostas da unidade técnica e da Procuradoria por entender que o sobrepreço persiste, de acordo com análise a seguir.

8. A empresa Integral Engenharia foi citada por ser a executora da obra; a empresa Marte Engenharia, por elaborar o orçamento da obra; Paulo Roberto Telles Villas, por elaborar o orçamento da obra (nome constante da ART do orçamento e funcionário da Marte Engenharia); a empresa Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria, por avaliar e validar o orçamento da obra elaborado pela Marte Engenharia; e Francisco Cordero Donha Filho, por aprovar e encaminhar orçamento da obra. O valor das citações se refere ao sobrepreço nos serviços remanescentes do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica, conforme disposto no Relatório do Acórdão 590/2017-Plenário.

9. A partir da análise dos documentos acostados aos autos, verifiquei que a defesa apresentada pela Integral Engenharia foi a mais completa no tocante às justificativas relativas aos serviços com sobrepreço. Os demais responsáveis, em linhas gerais, se concentraram em argumentos jurídicos de responsabilização perante esta Corte de Contas, não contestando diretamente a existência do sobrepreço.

10. Dessa forma, para análise do sobrepreço dos serviços, avaliarei primeiramente os argumentos da Integral Engenharia, que, em síntese contestou o cálculo do sobrepreço em sua defesa. Posteriormente, passarei aos argumentos dos demais responsáveis pela confecção do orçamento da obra.

11. Minha assessoria organizou tabela que detalha o sobrepreço apresentado na citação dos responsáveis. Os itens de serviço que contribuem para mais de 80% dos valores discutidos estão destacados na Tabela 1.

Tabela 1

Descrição do serviço	Und	Quant.	P. Unit. Contratado	Preço Total Contrato	P. Unit. Referência TCU na citação	Preço Total Referência TCU na citação	Sobrepreço da citação	Sobrepreço remanescente pós citação (UT)	Diferença sobrepreços pré e pós citação
Administração Local	VB	1,00	7.361.299,28	7.361.299,28		elidido	-	-	-
Instalação de tirantes 50 mm, carga de trabalho 510 KN	M	15.595,00	463,12	7.222.356,40	455,96	7.110.655,98	111.700,42	74.226,36	37.474,06
Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	KG	558.804,50	8,81	4.923.067,65	9,34	5.220.542,19	- 297.474,54	- 2.169.926,72	1.872.452,18
Trilho TR-57 - Aço Carbono (*)	T	525,93	8.585,36	4.515.298,38	4.285,47	2.253.854,76	2.261.443,62	1.559.077,58	702.366,04
Execução de cortina atirantada concreto armado fck = 35 MPa AC/BC	M3	1.433,00	2.410,20	3.453.816,60	2.205,21	3.160.065,85	293.750,75	24.179,25	269.571,50
Montagem das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	KG	879.811,00	3,92	3.448.859,12	4,09	3.597.304,35	- 148.445,23	- 193.980,73	45.535,50
Fornecimento, preparo, colocação de aço CA-50	KG	344.395,34	9,91	3.412.957,82	10,55	3.631.747,01	- 218.789,19	- 370.297,66	151.508,47
Manutenção de Canteiro	VB	1,00	3.392.710,00	3.392.710,00	2.143.062,98	2.143.062,98	1.249.647,02	1.232.987,90	16.659,12
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DTM 1000 a 1200 m	M3	371.775,10	8,70	3.234.443,37	8,18	3.040.171,55	194.271,82	69.201,47	125.070,35
Conjunto de estaca Raiz equivalente a tubulão D=1,40m, inclus. mobilização de batelão	M	1.232,40	2.345,97	2.891.173,43	2.300,50	2.835.139,21	56.034,22	25.034,62	30.999,60
Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria, DTM 400 a 600 m	M3	98.274,45	28,25	2.776.253,21	26,40	2.594.009,14	182.244,07	86.876,09	95.367,98
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DMT 400 a 600 m	M3	368.262,88	7,50	2.761.971,60	6,83	2.515.895,40	246.076,20	122.187,41	123.888,79
Perfuração rotativa em rocha SX - 150mm	M	5.643,00	425,98	2.403.805,14	425,46	2.400.871,90	2.933,24	- 74.674,16	77.607,40
Construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR-45, Fixação elástica	M/LIN	5.889,48	333,85	1.966.202,90	285,84	1.683.420,11	282.782,79	264.376,16	18.406,63
Tirante protendido para cortina aço st 85/105 D = 32 mm	M	9.335,00	190,52	1.778.504,20	186,76	1.743.418,85	35.085,35	25.905,65	9.179,70
Perfuração rotativa em solo SX - 150mm	M	9.325,00	190,42	1.775.666,50	188,66	1.759.287,69	16.378,81	- 111.902,83	128.281,64
Transporte local com Basculante 10 m³ em rodovia não pavimentada (conserv.)	T.KM	1.925.408,31	0,88	1.694.359,31	0,84	1.619.335,78	75.023,53	25.197,82	49.825,71
Fornecimento de Dormentes de madeira para bitola métrica	UN	10.896,00	142,03	1.547.558,88		não avaliado	-	102.479,60	- 102.479,60
Perfuração rotativa com coroa de vidia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo	M	7.799,00	179,66	1.401.168,34	180,09	1.404.482,93	- 3.314,59	- 105.841,84	102.527,25
Compactação de material de "BOTA FORA"	M3	598.865,92	1,98	1.185.754,52	1,91	1.146.811,47	38.943,05	- 15.298,03	54.241,08
Concreto estrutural - fck = 30,0 Mpa - Controle Razoável com adição de aditivo	M3	2.610,33	430,32	1.123.277,21	353,56	922.903,51	200.373,70	162.545,63	37.828,07
Compactação de aterro a 95 % Proctor Normal	M3	383.756,82	2,51	963.229,62	2,45	938.466,17	24.763,45	- 19.925,42	44.688,87
Transição Compactada	M3	8.123,78	107,50	873.306,35	106,44	864.664,39	8.641,96	16.840,82	- 8.198,86
Duplicidade dos encarregados de frente de obras	-	-	-	-	-	-	2.478.684,97	430.412,83	2.048.272,14
Totais							7.090.755,42	1.159.681,80	5.931.073,62

Fonte: Acórdão 590/2017-TCU-Plenário e peça 241

12. Trato de cada um individualmente.



III

13. Início pelo item de serviço “Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350”.

14. O cálculo do sobrepreço para citação referente ao item está disposto à peça 1, p. 166. Para o cálculo, a equipe de auditoria utilizou a própria composição de serviço de Furnas, trocando os preços dos insumos por preços do Sicro-2. Como resultado, apurou subpreço de aproximadamente 5% neste serviço.

262. Em resposta à citação, a Integral Engenharia alegou que o coeficiente adotado para a produção do insumo “Chapa SAC 350” foi de 0,54 tonelada, apesar de o correto ser 1 tonelada, já que a estrutura metálica seria fabricada 100% em chapa de aço, ou seja, 1 tonelada de chapa para a produção de 1 tonelada de estrutura metálica. Destaca, ainda, que a utilização do coeficiente 1,00 seria conservador, pois não seriam consideradas perdas provenientes de cortes e manuseio. Realizando a correção do coeficiente e da data-base dos preços, demonstrar-se-ia que o subpreço seria significativamente maior, de R\$ 2.313.450,63.

263. A unidade técnica propõe, com alguns ajustes, acatar a alegação dos responsáveis, aumentando a utilização do insumo “Chapa SAC 350” de 0,54 para 1,00. Dessa forma, elevaria o subpreço de R\$ 297 mil para R\$ 2.169 mil. Por outro lado, a unidade especializada consigna que foi conservadora em seus cálculos, pois **não** levou em conta que: haveria duplicidade na estrutura de custos das composições “Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350” e “Montagem das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350”; haveria composição de preços oficial do Novo Sicro denominada “2408149 Estrutura em chapa de aço ASTM A36 corte, solda e montagem - fornecimento e instalação”, com que, se adaptada às peculiaridades da obra, se obteria preço unitário de R\$ 11,19.

264. Com as devidas vênias, dissinto do conservadorismo da unidade técnica. Ao cotejar as composições de serviço “Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350” e “Montagem das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350”, verifico que há duplicidade nos serviços de montagem. Adicionalmente, composição oficial do Novo Sicro, adaptada às peculiaridades da obra e que contempla de forma integrada os serviços de fornecimento, transporte e montagem, possui preço unitário (R\$ 11,19) inferior ao preço unitário somado das duas composições de serviço citadas no início deste parágrafo (R\$ 12,73). Dessa forma, haveria sobrepreço próximo de 14%, e não subpreço de 5% no item de serviço “Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350”, conforme disposto no expediente citatório.

265. Dessa forma, é deveras conservador o cálculo inicial da SeinfraElétrica de subpreço de R\$ 297 mil (5%) nesse item, eis que, ao fim, representa quase 19% na análise (5% de subpreço + 14% de sobrepreço ora calculado). Suficiente para elidir quaisquer argumentos de supostas imprecisões de tipologia de aço e de retroação de data-base, em face do limite posto na citação, e para evitar qualquer contestação de prejuízo ao contraditório, deve-se manter o subpreço de R\$ 297 mil, conforme disposto no expediente citatório para o serviço de “Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350”.

IV

266. Trato do item “Trilho TR-57 Aço Carbono”.

267. O cálculo do sobrepreço para citação referente ao item está disposto à peça 126, p. 41-43. Para esse cálculo, a equipe de auditoria utilizou como preço de referência relação de 11 pregões para aquisição de trilhos, com custos unitários variando de R\$ 3.000,00 a R\$ 4.000,00 por tonelada, enquanto a Integral Engenharia defende o custo de R\$ 6.600,00. Como resultado, a unidade instrutora apurou sobrepreço próximo de 100%.

268. Em resposta à citação, a Integral Engenharia alegou: dificuldades para o fornecimento de trilhos na quantidade e no prazo requeridos; diferença nas especificações dos trilhos aplicados na obra e usados pelo TCU como referência; dessa forma, os referenciais do TCU não seriam válidos.

269. A unidade técnica propõe, de forma conservadora, adotar como preço de referência o maior preço unitário da relação de 11 pregões, com data-base de 2013 e sem retroagir os valores (a data-base do contrato é de janeiro de 2010), o que ainda geraria sobrepreço de R\$ 1.559.302,17, ou 52,75%, já incluído o BDI.

270. Com as devidas vênias, não vejo justificativas para tal conservadorismo. Como destacado pela própria unidade técnica, os responsáveis não conseguiram evidenciar que adquiriram trilhos a preços superiores aos preços de referência usada pela equipe de auditoria: “A Integral, contudo, não apresentou as cotações que teria recebido (ou comprovantes de aquisição) para o fornecimento do trilho TR-57”. Ademais, por todos os ângulos que examino a Tabela 2 (abaixo) – que colaciona os 11 pregões de aquisições de trilhos utilizados como referência pela equipe de auditoria para a citação dos responsáveis –, verifico que o preço de referência adotado por esta Corte foi adequado, seja considerando a média/mediana dos preços, seja considerando apenas os trilhos com a mesma especificação do efetivamente aplicado na obra (T-57).

271. Assim, ante a ausência de documentação comprobatória apta a demonstrar que a empresa, de fato, adquiriu os trilhos em valor superior ao praticado pelo mercado, deve-se manter o sobrepreço de R\$ 2.261.443,62, conforme disposto no expediente citatório para o serviço de “Trilho TR-57 Aço Carbono”.

Tabela 2

Licitação	Órgão licitante	Quantidade licitada	Preço obtido	Número de participantes
Pregão Eletrônico 10/2006	VALEC	63.000 toneladas	R\$3.189,00/t	3 (três)
Pregão Eletrônico 64468176/2009	METRÔ - SP	2.359 unidades trilhos TR-57	R\$3.276,00/t	2 (dois)
Pregão Eletrônico 15/2009	VALEC	60.000 toneladas trilhos TR-57	R\$2.899,33/t	7 (sete)
Pregão Eletrônico 110/2010	CBTU	1.720 toneladas trilhos TR-45	R\$3.356,97/t	10 (dez)
Pregão 888/2006	TRENSURB - RS	1.000 toneladas trilhos TR-57	R\$3.500,00/t	2 (dois)
Pregão Eletrônico 352/2007	DNIT	4.024 toneladas de trilhos UIC-60	R\$3.149,00/t	4 (quatro)
Pregão 4/2011	VALEC	244.597 toneladas de trilhos UIC-60	R\$2.957,00/t	2 (dois)
Pregão Eletrônico 14/2011	CBTU	5.300 toneladas de trilho TR-45	R\$3.044,99/t	6 (seis)
Pregão Presencial 8/2013	VALEC	95.434 toneladas de trilho UIC-60	R\$4.217,09/t	3 (três)
Pregão Presencial 9/2013	VALEC	147.056 toneladas de trilho UIC-60	R\$3.703,20/t	2 (dois)
Pregão Eletrônico 13/2014	CBTU	9.600 toneladas de trilho TR-45	R\$3.499,00/t	7 (sete)
média total			R\$3.360,26/t	
mediana total			R\$3.276,00/t	
média somente T-57			R\$3.225,11/t	
mediana somente T-57			R\$3.276,00/t	
adotado pela equipe auditoria para cálculo sobrepreço (sem BDI)			R\$3.300,00/t	

Fonte: peça 126, p.41-42

V

272. Analiso o item “Manutenção do Canteiro”.

273. O cálculo do sobrepreço para citação referente ao item está disposto à peça 1, p. 171. Em resumo, a equipe de auditoria verificou que os responsáveis receberam pagamento por serviços não executados, especificamente por itens de construção de alojamento e de estaleiro, que já estavam parcialmente implantados. Assim, o valor do sobrepreço consistiu em parte do preço de construção desses itens.

274. Em resposta à citação, a Integral Engenharia alegou que: o canteiro disponibilizado não seria adequado às necessidades da obra; o edital de licitação teria previsto que a contratada deveria apresentar projeto de adequação do canteiro; o contrato assinado preveria a construção de parte do canteiro de obras; por ocasião de sua proposta, teria apresentado o preço considerando as benfeitorias que deveriam ser executadas.

275. A unidade técnica propõe não acatar os argumentos dos responsáveis pois: no contrato e no projeto básico que deu origem à licitação em tela, restou consignado que as instalações de canteiro de obras já construídas deveriam ser aproveitadas; os responsáveis não apresentaram os projetos das estruturas que teriam sido construídas, como canteiro de obras; a empresa não encaminhou sua proposta técnica a fim de evidenciar que teria considerado a construção do canteiro, e não apenas a sua



manutenção. Em apertada síntese, a unidade instrutiva concluiu que os responsáveis trouxeram argumentos, mas sem evidências que os suportassem. Como resultado, propõe manter o sobrepreço do canteiro, corrigindo apenas sua data-base.

276. Acompanho o posicionamento da SeinfraElétrica para manter o sobrepreço referente ao serviço de “Manutenção de Canteiro”, corrigindo apenas sua data-base, ante a ausência de evidências a suportar os argumentos dos responsáveis.

VI

277. Trato do item “Duplicidade de Encarregados de Frente de Obras”.

278. O cálculo do sobrepreço para citação referente ao item está disposto à peça 126, p. 46-48. Em resumo, a unidade instrutiva verificou que houve pagamento por encarregados de frente de obras em duplicidade. A contabilização do pagamento dessa mão de obra aparece tanto no item “Administração Local” quanto nas composições de preço unitárias (CPUs). A unidade técnica evidenciou a duplicidade por meio da folha de pagamento da empresa referente ao mês de agosto de 2010 e verificou que o item “Administração Local” já previa todo o valor do pagamento dos encarregados de frente de obras da folha. Dessa forma, os valores dessa mão de obra constantes das CPU foram considerados em duplicidade, ensejando a citação dos responsáveis.

279. Em resposta à citação, a Integral Engenharia alegou que: os quantitativos utilizados na planilha da unidade técnica teriam sido distintos daqueles efetivamente verificados na medição final; a produtividade prevista na planilha para alguns serviços não estaria em conformidade com a obra; Manual do Sicro-2 definiria que a função de encarregado deveria ser considerada no custo direto da obra, assim a duplicidade seria no item “Administração Local”, e não nas CPUs; a empresa apenas teria seguido a estrutura de custo do edital, sem qualquer duplicidade; a nova folha de pagamento juntada aos autos, de dezembro de 2010, comprovaria a ausência de duplicidade.

280. A unidade técnica assim avaliou os argumentos da responsável: a divisão de uma parcela dos encarregados de frente de obra na “Administração Local” e outra nas CPUs não é forma usual nem se coaduna com a boa prática de orçamentação; os encarregados de frente de obra no Novo Sicro estão contemplados no item “Administração Local”, e não nas CPU, ou seja, o contrário do Sicro-2; há significativa divergência entre o custo da folha de pagamento de encarregados de frente de obra apresentada na manifestação durante a fase de oitivas (R\$ 741.750,00, referentes a agosto de 2010) e o montante por ora revelado (R\$ 1.814.778,60, referentes a dezembro de 2010); a contratada recebeu os valores de acordo com os quantitativos previstos em contrato, e não com os da medição final realizada por Furnas, apesar disso, de maneira conservadora, a unidade instrutiva acolheu os argumentos da responsável e promoveu as adaptações na planilha de levantamento dos encarregados para contemplar os quantitativos da medição final; a unidade técnica acolheu parcialmente os argumentos da responsável sobre a produtividade dos serviços. A análise desses argumentos, juntamente com a correção da data-base do contrato, fez com que o sobrepreço de citação fosse reduzido de R\$ 2.478.684,97 para R\$ 2.183.956,05.

281. Por fim, a SeinfraElétrica propõe acolher, excepcionalmente, a nova folha de pagamento apresentada na citação, em vez da apresentada nas oitivas dos responsáveis, o que fez com que o sobrepreço fosse reduzido de R\$ 2.183.956,05 para R\$ 430.412,83.

282. O ponto fulcral da análise do sobrepreço devido à “Duplicidade de Encarregados de Frente de Obras” se deve ao acolhimento, ou não, da nova folha de pagamento apresentada pela empresa (dezembro de 2010), com valor 260% superior ao da folha de pagamento apresentada por ocasião das oitivas (agosto de 2010). Dissinto da proposta da unidade técnica de acolher esse novo documento pelos seguintes motivos: não há nos autos evidências apontando que em apenas 4 meses foi necessário aumentar em 260% o número de encarregados de frente de obras; a folha de pagamento apresentada não é documento oficial (como guias de recolhimento de INSS, dados da RAIS, etc.), mas, sim, simples contabilidade interna da empresa.

283. À exceção do acolhimento da nova folha de pagamento apresentada pela Integral Engenharia, estou de acordo com os demais ajustes efetuados pela unidade técnica, à luz dos novos



elementos trazidos pela responsável, que tiveram o condão de reduzir o sobrepreço de R\$ 2.478.684,97 para R\$ 2.183.956,05.

VII

284. A análise que empreendi evidenciou que o sobrepreço persiste e se fundamenta em duplicidade de serviços ou em pagamento por serviços não realizados (à exceção do “Trilho TR-57 Aço Carbono”). Dessa forma, não se deve falar que o sobrepreço advém de variações usuais de preço de mercado. Quanto à análise dos demais itens de serviço listados na Tabela 1, endosso o criterioso trabalho da unidade técnica, devidamente detalhado no relatório precedente. Por fim, conforme também registrado naquele relatório, esta Corte não admite a produção de prova pericial na instrução de seus processos de controle externo, razão por que não merece acolhida tal solicitação da Integral Engenharia.

VIII

285. Passo para responsabilização dos demais envolvidos na confecção do orçamento da obra.

286. A empresa Marte Engenharia foi citada por elaborar o orçamento da obra. Em síntese, argumentou que: teria sua ampla defesa e contraditório cerceados, pois não teria sido ouvida na fase de oitivas; não teria sido autora do projeto básico, mas apenas do orçamento do remanescente de obras; teria sido imputada à empresa a má gestão do contrato; o exíguo prazo para execução da obra e para apresentação de seu orçamento justificaria a ocorrência de algum sobrepreço devido à dinâmica de preços de mercado.

287. As razões de justificativas da Marte Engenharia não devem ser acatadas porque: a ampla defesa e o contraditório foram observados por ocasião de sua citação; a empresa foi autora do orçamento do remanescente da obra, de acordo com documentos acostados aos autos; não foi imputada à empresa responsabilidade por má gestão do contrato; dinâmicas de preço devido à urgência da obra não justificam sobrepreço de 100% acima dos preços de mercado (item “Trilho TR-57 Aço Carbono”), nem tampouco duplicidade de serviços no orçamento, itens com maior relevância no sobrepreço. No entanto, forçoso reconhecer que o sobrepreço no item “Manutenção do Canteiro” se deve a pagamento por serviços não executados, irregularidade não afeta ao orçamento, mas, sim, à medição de serviços, devendo ser excluído do débito da defendente.

288. A empresa Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria foi citada por avaliar e validar o orçamento da obra elaborado pela Marte Engenharia. Em resumo, argumentou que teria sua ampla defesa e contraditório cerceados, pois não teria sido ouvida na fase de oitivas; a empresa apenas teria analisado o orçamento produzido pela Marte Engenharia, em exíguo prazo.

289. As justificativas do Escritório de Serviços de Engenharia e Consultoria merecem acolhida. Pelos documentos juntados aos autos, verifico que Furnas solicitou apenas parecer com **ordem de grandeza** do valor e do BDI (peça 193, p. 30), devido ao exíguo prazo para contratação do remanescente de obra. Além disso, o parecer deveria ser realizado em **três dias** e seria remunerado ao preço de aproximadamente R\$ 5.000,00 (peça 193, p. 10-11). Nesse sentido, entendo que as falhas no orçamento não seriam passíveis de identificação nessas condições, devendo a empresa ser excluída da cobrança do débito decorrente do sobrepreço. Aplico aqui entendimento consonante com o disposto no art. 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

290. Paulo Roberto Telles Villas foi citado por elaborar o orçamento da obra (nome constante da ART do orçamento). O responsável argumentou que: era mero empregado da projetista; não teria elaborado o orçamento, mas apenas o cancelado; a obra teria sido contratada em regime de urgência, assim caberia algum sobrepreço frente ao mercado; já haveria prescrição, pois a ART teria sido subscrita em fevereiro de 2010; haveria violação da ampla defesa devido ao longo tempo decorrido dos fatos geradores, pois teria sido citado 7 anos depois destes; não se poderia atribuir sobrepreço em relação aos trilhos, pois Furnas já teria cotado o material para pronta-entrega e foi aplicado trilho com outra especificação que não a constante do orçamento; não se poderia atribuir sobrepreço em relação à construção de novo alojamento, pois caberia à Furnas autorizar sua execução/medição; o sobrepreço não teria se materializado, pois restaria pendente de julgamento de mérito na justiça federal.

291. Os argumentos de Paulo Roberto Telles Villas merecem acolhida. Considerando que a Empresa Marte Engenharia, sua empregadora, já é responsável pelo dano nestes autos, entendo por não apenar o defendente.

292. Francisco Cordero Donha Filho foi citado por aprovar e encaminhar orçamento da obra. O responsável argumentou que: não existem documentos nos autos comprovando que teria aprovado e/ou encaminhado o orçamento da obra; não teria assinado o contrato da obra; não teria assinado as notas técnicas que suportaram a contratação do empreendimento; não teria assinado a ART como contratante; a equipe de Furnas teria se cercado de todos os cuidados, uma vez que teria contratado empresa especializada não só para confecção, mas também para revisão do orçamento; o AHE Simplício possuiria elevada complexidade.

293. As razões de justificativas de Francisco Cordero Donha Filho devem ser acolhidas. Verifico que, de fato, não consta dos autos ART específica de aprovação do orçamento da obra em nome do responsável, mas, sim, ART de cargo/função com atribuições para análise e aprovação de orçamentos referentes às obras de todo o empreendimento do AHE Simplício, de forma ampla (peça 5, p. 30-31). Entendo, nesse caso concreto, que esse tipo de ART de cargo/função não é suficiente para estabelecer o nexo causal de sua conduta de aprovar e encaminhar o orçamento da obra com o sobrepreço, conforme disposto no expediente citatório. Além disso, forçoso reconhecer que a equipe de Furnas se cercou dos cuidados no tocante ao orçamento da obra, submetendo-o ao crivo de duas empresas especializadas. Dessa forma, entendo que não seria razoável imputar o débito ao responsável.

Tabela 3

Descrição do serviço	Und	Quant.	Preço Total Contrato	Sobrepreço Min A.A
Administração Local	VB	1,00	7.361.299,28	
Instalação de tirantes 50 mm, carga de trabalho 510 KN	M	15.595,00	7.222.356,40	74.226,36
Fornecimento e transporte das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	KG	558.804,50	4.923.067,65	- 297.474,54
Trilho TR-57 - Aço Carbono (*)	T	525,93	4.515.298,38	2.261.443,62
Execução de cortina atirantada concreto armado fck = 35 MPa AC/BC	M3	1.433,00	3.453.816,60	24.179,25
Montagem das estruturas metálicas em aço USI-SAC 350	KG	879.811,00	3.448.859,12	- 193.980,73
Fornecimento, preparo, colocação de aço CA-50	KG	344.395,34	3.412.957,82	- 370.297,66
Manutenção de Canteiro	VB	1,00	3.392.710,00	1.232.987,90
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DTM 1000 a 1200 m	M3	371.775,10	3.234.443,37	69.201,47
Conjunto de estaca Raiz equivalente a tubulão D=1,40m, inclus, mobilização de batelão	M	1.232,40	2.891.173,43	25.034,62
Escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria, DTM 400 a 600 m	M3	98.274,45	2.776.253,21	86.876,09
Escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria, DMT 400 a 600 m	M3	368.262,88	2.761.971,60	122.187,41
Perfuração rotativa em rocha SX - 150mm	M	5.643,00	2.403.805,14	- 74.674,16
Construção de grade, montagem, socaria, alinhamento e acabamento de linha, bitola métrica TR-45, Fixação elástica	M/LIN	5.889,48	1.966.202,90	264.376,16
Tirante protendido para cortina aço st 85/105 D = 32 mm	M	9.335,00	1.778.504,20	25.905,65
Perfuração rotativa em solo SX - 150mm	M	9.325,00	1.775.666,50	- 111.902,83
Transporte local com Basculante 10 m³ em rodovia não pavimentada (conserv.)	T.KM	1.925.408,31	1.694.359,31	25.197,82
Fornecimento de Dormentes de madeira para bitola métrica	UN	10.896,00	1.547.558,88	102.479,60
Perfuração rotativa com coroa de vidia em solo, diâmetro HX, com inclinação de 15° com a horizontal inclusive deslocamento dentro do canteiro e instalação da sonda em cada furo	M	7.799,00	1.401.168,34	- 105.841,84
Compactação de material de "BOTA FORA"	M3	598.865,92	1.185.754,52	- 15.298,03
Concreto estrutural - fck = 30,0 Mpa - Controle Razoável com adição de aditivo	M3	2.610,33	1.123.277,21	162.545,63
Compactação de aterro a 95 % Proctor Normal	M3	383.756,82	963.229,62	- 19.925,42
Transição Compactada	M3	8.123,78	873.306,35	16.840,82
Duplicidade dos encarregados de frente de obras	-	-	-	2.183.956,05
Total				5.488.043,24
Total sem Manutenção do Canteiro				4.255.055,34

IX

294. Pelo exposto, deve-se julgar irregulares as contas da Integral Engenharia e Marte Engenharia e condená-los, solidariamente, ao débito decorrente de superfaturamento na execução do Contrato 8000001197, conforme a Tabela 3, no valor total de R\$ 4.255.055,34, e aplicar-lhes multa de 10% do débito atualizado.

295. Adicionalmente, apenas à Integral Engenharia deve ser imputado débito de R\$ 1.232.987,90, relativo ao item "Manutenção do Canteiro". No entanto, esse débito não deve ser



imputado à Marte Engenharia, uma vez que se deve a pagamento por serviços não executados, irregularidade não afeta ao orçamento, mas, sim, à medição de serviços.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a minuta de deliberação que ora submeto ao Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2081/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.973/2017-9
2. Grupo II – Classe IV – Tomada de Contas Especial.
3. Responsáveis: Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. (CNPJ 68.809.300/0001-50), Francisco Cordero Donha Filho (CPF 050.000.918-09), Integral Engenharia Ltda. (CNPJ 16.629.693/0001-16), Marte Engenharia Ltda. (CNPJ 32.225.757/0001-70) e Paulo Roberto Telles Villas (CPF 277.273.517-68).
4. Unidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica).
8. Representação legal:
 - 8.1. Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB/DF 27.154) e outros representando a Integral Engenharia Ltda.;
 - 8.2. Mariana de Mello Vaz Albuquerque (OAB/RJ 119.926) e outros representando Furnas Centrais Elétricas S.A.;
 - 8.3. Arthur Magno e Silva Guerra (OAB/MG 79.195) representando Francisco Cordero Donha Filho;
 - 8.4. João Joaquim Martinelli (OAB/RJ 139.475) e outros representando a Esec - Escritório de Serviços de Eng. e Consultoria Ltda. e Marte Engenharia Ltda.;
 - 8.5. Victor Lima Duque Estrada (OAB/DF 47.887) e outros representando Paulo Roberto Telles Villas.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta tomada de contas especial, instaurada em cumprimento ao subitem 9.2 do Acórdão 590/2017-Plenário em razão de sobrepreço no Contrato 8000001197, firmado entre Furnas Centrais Elétricas S.A. (Furnas) e a empresa Integral Engenharia Ltda. para relocação do trecho I da Ferrovia Centro Atlântica, no âmbito do empreendimento Aproveitamento Hidroelétrico Simplicio, entre os estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alínea “c” e § 3º, 19, 23, inciso III, 26, 28, incisos I e II, 57 e 61 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 214, inciso III, alínea “a”, e 215 a 217 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas das empresas Integral Engenharia Ltda. e Marte Engenharia Ltda.;

9.2. condenar os responsáveis abaixo listados ao recolhimento aos cofres de Furnas Centrais Elétricas S.A. dos débitos indicados a seguir, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das datas referidas até o pagamento:

9.2.1. Integral Engenharia e Marte Engenharia, solidariamente:

DATA	VALOR (R\$)
31/01/2010	4.255.055,



34

9.2.2. Integral Engenharia:

9.3. aplicar à empresa individual de R\$ 700.000,00

DATA	VALOR (R\$)
31/01/2010	1.232.987,90

Marte Engenharia Ltda. multa (setecentos mil reais), e à

empresa Integral Engenharia Ltda. multa de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), a serem recolhidas aos cofres do Tesouro Nacional, com atualização monetária calculada da data deste acórdão até o pagamento, se efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência dos respectivos encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. dar ciência desta deliberação aos procuradores-chefes da Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2081-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 004.355/2013-0 [Apensos: TC 001.736/2015-9, TC 004.657/2017-9]

Natureza: Pedido de Reexame em Relatório de Auditoria

Órgão/Entidade: Companhia Docas do Espírito Santo

Responsáveis: Angélica Rangel Zanetti Bastos (096.535.717-10); Clovis Lascosque (480.761.807-59); Companhia Docas do Espírito Santo-Codesa (027.316.538/0001-66); Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72)

Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47)

Representação legal: Tathiane Vieira Viggiano Fernandes, OAB/DF 27.154 e outros, representando Estacon Infraestrutura S.A.

SUMÁRIO: FISCOBRAS 2013. CODESA. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE BERÇO PARA ATRACAÇÃO DE NAVIOS EM SUBSTITUIÇÃO AOS DOLFINOS DO ATALAIA DO PORTO DE VITÓRIA/ES. SOBREPREGO. OITIVAS E AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. CIÊNCIA. EMBARGOS DE



DECLARAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. PEDIDOS DE REEXAME INTERPOSTOS PELO EX-GESTOR E PELA EMPRESA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO PRIMEIRO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO. RESCISÃO DO CONTRATO. PERDA DE OBJETO PARCIAL DAS DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA DELIBERAÇÃO RECORRIDA. RETORNO DOS AUTOS AO RELATOR A QUO PARA VERIFICAR A NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução da Secretaria de Recursos (peça 200), cujas análises e proposta de encaminhamento contaram com a anuência dos respectivos dirigentes (peças 201 e 202).

Transcrevo a instrução a seguir, *in verbis*:

“1. Examinam-se pedidos de reexame interpostos por Estacon Infraestrutura S.A. (CNPJ 15.180.296/0001-47) e Fernando Elias Siqueira Rangel (CPF 525.379.357-72) contra o Acórdão 606/2017–TCU–Plenário (Rel. Min. WEDER DE OLIVEIRA).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (peça 144):

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

9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel;

9.2. aplicar ao Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 10.0000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, ‘a’, do RI/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

9.4. determinar à Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) que:

9.4.1. adote, no prazo de 15 (quinze) dias, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, no art. 251 do RI/TCU e no art. 125 da Lei 12.465/2011, as providências necessárias para repactuar o contrato 56/2013, firmado com a empresa Estacon Infraestrutura S.A., com vistas à adequação dos preços unitários contratuais às referências de preços calculadas pela SeinfraHidroFerrovia (data-base janeiro/2013) para sanear o sobrepreço de R\$ 5.862.598,74 (cinco milhões, oitocentos e sessenta e dois mil, quinhentos e noventa e oito reais e setenta e quatro centavos), promovendo a compensação de valores indevidamente pagos;

9.4.2. verifique, no prazo de 60 (sessenta) dias, com fundamento no art. 250, II, do RI/TCU, a real mobilização dos profissionais previstos na composição de preço unitário da administração local da contratada, e, caso não seja observada a mobilização prevista contratualmente, observado o direito ao contraditório da contratada, realize os ajustes necessários no contrato;

9.5. dar ciência à Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) de que os próximos editais de licitação devem estabelecer critério objetivo de mediação para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, nos termos do acórdão 2.622/2013-TCU–Plenário;

9.6. dar ciência desta deliberação aos interessados e responsáveis. [Destacou-se].

1.2. Contra tal decisão foram opostos embargos declaratórios, rejeitados por meio do Acórdão 1137/2017–TCU–Plenário (peça 167).

HISTÓRICO

1.3. Cuidam os autos de auditoria realizada na Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) para fiscalizar a licitação aberta por meio do Edital 1/2012-Codesa – regime diferenciado de contratações (RDC) eletrônico –, cujo objeto foi a contratação das obras de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES. O valor estimado da obra no projeto básico era de R\$ 131.216.984,69. A licitação foi vencida pela empresa ora recorrente com o valor de R\$ 119.000.000,00, posteriormente ajustado para R\$ 118.994.886,56.

1.4. O relatório que integra a decisão recorrida veicula elucidativa contextualização, de onde se extraem as seguintes passagens que mais interessam nesta fase recursal (peças 138 e 146):



1. Cuidam os autos de auditoria realizada na Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) com o objetivo de fiscalizar o edital do regime diferenciado de contratações (RDC) eletrônico 1/2012-Codesa para contratação das obras de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES.

2. A presente instrução visa analisar as oitivas da Codesa e da Empresa Estacon Infraestrutura S.A., determinadas pelo Despacho de 5/8/2015, do Exmo. Ministro Relator Weder de Oliveira (peça 87).

HISTÓRICO

3. No âmbito do Fiscobras 2013, o edital em análise foi objeto de auditoria realizada pela SecobHidroferrovia. Essa fiscalização originou o presente processo e resultou na identificação dos seguintes indícios de irregularidades (Relatório da Fiscalização 74/2013):

a) sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado; e
b) restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento.

4. O achado referente ao item 'a' foi classificado pela equipe de auditoria como indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP), e o segundo achado foi classificado como indício de irregularidade grave que não prejudique a continuidade (IGC).

5. O valor estimado da obra no projeto básico era de R\$ 131.216.984,69 e o valor de referência utilizado na auditoria foi de R\$ 112.391.901,49, originando indícios de sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao valor de mercado de R\$ 18.825.083,20, todos na data base jul/2012. Vale ressaltar que a licitação foi vencida pela empresa Estacon Infraestrutura S.A., ao valor de R\$ 119.000.000,00, valor este que depois foi ajustado para R\$ 118.994.886,56.

6. A fim de evitar a concretização do risco de grave prejuízo ao erário, a equipe técnica julgou pertinente propor adoção de medida cautelar, sem oitiva prévia, para suspender os atos referentes à licitação RDC eletrônico 1/2012-Codesa, até a deliberação do mérito da questão pelo Tribunal.

7. Para fins de cumprimento do art. 93, § 9º, da Lei 12.708/2012, foi encaminhado à Codesa o Ofício 337/2013-TCU/SecobHidro (peça 34), de 23/4/2013, para que se manifestasse, no prazo improrrogável de quinze dias corridos a contar do recebimento da referida comunicação, que se deu em 24/4/2013 (peça 35), acerca dos indícios de irregularidades classificados como IGP.

8. Em 9/5/2013, a Codesa encaminhou tempestivamente, por meio da Carta CA/DIRPRE/CL/199/2013 (peça 42), a manifestação preliminar quanto ao indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação.

9. Quanto à concessão da medida cautelar, em despacho datado de 3/5/2013 (peça 36), o Exmo. Sr. Ministro Relator, tendo em vista que a obra ainda se encontrava na sua fase licitatória, o que permitiria a adoção posterior das medidas necessárias à proteção do erário, determinou a realização de oitiva prévia da Codesa, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), para que se manifestasse, no prazo de cinco dias úteis, sobre os indícios de sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado e restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento (item 3.1 e 3.2, respectivamente, do relatório de fiscalização – peça 31).

10. Em 13/5/2013, a Codesa encaminhou tempestivamente a Carta CA/DIRPRE/CL/203/2013 (peça 46), na qual apresentou sua manifestação a respeito da proposta de cautelar.

11. As análises da manifestação preliminar e da oitiva prévia da Codesa foram realizadas na instrução constante da peça 53, ao final da qual a unidade técnica propôs manter a classificação do achado de sobrepreço como IGP, suspender cautelarmente o andamento do processo licitatório e realizar a oitiva da Codesa, com fulcro no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

12. Em seu despacho (peça 56), o Exmo. Sr. Ministro Relator não acompanhou a proposta da unidade técnica no sentido de classificar o achado de sobrepreço como IG-P, e de suspender, cautelarmente, o certame.

13. Todavia, determinou à SecobHidroferrovia que:

a) promovesse as audiências dos responsáveis pela elaboração do orçamento em desacordo com as disposições da lei de diretrizes orçamentárias pertinente e, se for o caso, daqueles que, demandados, não apresentaram as devidas justificativas a esta Corte;

b) avaliasse a existência de indícios de sobrepreço na proposta vencedora, ofertando o contraditório, se necessário, à empresa vencedora do certame; e

c) autorizasse o Siob a reclassificar o achado "3.1.- Sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado", apurado nos presentes autos, de IG-P para IG-C.

14. Assim, por meio do Ofício 553/2013-TCU/SecobHidroferrovia (peça 60), de 26/8/2013, foi realizada a audiência do Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel, Coordenador de Engenharia da Companhia Docas do Espírito Santo.

15. Para avaliar a existência de indícios de sobrepreço na proposta vencedora da licitação, foi realizada diligência à Codesa, por meio do Ofício 554/2013-TCU/SecobHidroferrovia (peça 61), de 26/8/2013, para obtenção dos documentos relativos à proposta vencedora do certame.

16. As análises da audiência e do orçamento contratado foram realizadas na instrução da peça 84. Decorrente da análise, o Ministro Relator, no despacho da peça 87, determinou à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia) a oitiva da Codesa e da Estacon, as quais serão objeto de análise da presente instrução.

[...]

CONCLUSÃO

194. A presente instrução teve por objetivo dar cumprimento ao Despacho de 5/8/2015, do Exmo. Ministro Relator Weder de Oliveira (peça 87), que determinou as oitivas propostas pela SeinfraHidroFerrovia.

195. Assim, foram promovidas as oitivas da Codesa e da Empresa Estacon para que apresentassem as razões de justificativa em virtude dos indícios de sobrepreço apontados nos serviços perfuração em rocha sã e limpeza do fuste; fornecimento de camisa metálica; apoio marítimo com a utilização de equipe de mergulho; concreto Fck=40 MPa submerso; transporte e colocação de peças pré-moldadas.

196. A partir da oitiva da Estacon, os preços unitários dos serviços foram recalculados para a data-base janeiro de 2013, referente à proposta da contratada. Contudo, mesmo com alteração da data-base, as justificativas apresentadas não foram suficientes para afastar o indício de sobrepreço apontado.

197. A análise dos itens que compõem a faixa A da Curva ABC do orçamento do contrato da obra de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES, resultou na identificação de indício de sobrepreço no valor total de R\$ 5.862.598,74, conforme peça 135. Em resumo, o indício de sobrepreço apontado diz respeito a:

Tabela 3 – Indício de sobrepreço apurado na proposta da empresa Estacon

Item	nid.	Preço unit. da contratada (R\$)	Preço unit. de referência (R\$)	Valor de referência/Valor da proposta (%)	Sobrepreço (R\$)	do sobrepreço
Administração local	ês	628,38 4,32	627. 239,72	99,8	27.470, 40	,35
Perfuração em rocha sã e limpeza do fuste	3	16.881, 59	10.3 40,76	61,3	2.891.0 46,86	7,20
Fornecimento de camisa metálica	g	12,31	7,76	63,0	2.493.9 18,70	2,09
Apoio Marítimo com a utilização de equipe de mergulho	ês	380.20 0,86	72.9 00,86	71,8	1.609.5 00,00	0,71
Concreto Fck=40MPa submerso	3	815,21	780, 88	95,8	76.212, 60	,98
Transp. e colocação de pré-moldadas		245,47	134, 57	54,8	674.16 1,10	,67
SUBTOTAL 1 (sobrepreço)					7.772.3 09,66	00,0
Desmonte do maciço rochoso	3	325,55	340, 65	104,6	- 1.151.042,80	0,27
Armação CA-50	g	7,25	7,70	106,2	- 508.259,70	6,61
Concreto fck=40MPa p/ estruturas in loco	3	576,92	585, 5	101,5	- 30.356,04	,59



Formas p/ estruturas in loco	2	124,32	28	131,	105,6	-	97.279,92	,09
Formas p/ peças pré-moldadas	2	84,3	57	134,	107,3	-	122.772,46	,43
SUBTOTAL 2 (desconto)						-	1.909.710,92	00,0
TOTAL (sobrepço global)					4,93* / 7,88**	5.862.5	98,74	

* R\$ 5.862.598,74 / R\$ 118.994.886,56 (Sobrepço/Valor inicial do contrato)

** R\$ 5.862.598,74 / R\$ 74.420.835,01 (Sobrepço/Valor total de referência da amostra analisada)

Fonte: elaboração própria [Seinfra/TCU].

198. Conforme tabela acima, a maior parte do sobrepreço está relacionada a três serviços: perfuração em rocha sã (37,20%), fornecimento de camisa metálica (32,09%) e apoio marítimo com utilização de mergulhadores (20,71%). Esses três serviços juntos respondem por, aproximadamente, 90% do valor do sobrepreço.

199. Os argumentos apresentados pela Codesa também não foram suficientes para elidir o indício de sobrepreço apontado, razão pela qual, será proposta determinação à Codesa para repactuar o Contrato 56/2013, firmado com a empresa Estacon Infraestrutura S.A., com vistas à adequação dos preços unitários contratuais às referências de preços calculadas pela SeinfraHidroFerrovia (data base janeiro/2013), de modo a sanear o indício de sobrepreço de R\$ 5.862.598,74, promovendo, inclusive a compensação de valores já pagos.

200. Ressalta-se que a obra está em andamento, e conforme publicado no DOU (peça 136), de 9/8/2016, teve seu prazo prorrogado por mais doze meses. Dessa forma, a Codesa poderá compensar os valores dos serviços com indícios de sobrepreço que por ventura já tenham sido pagos.

201. Com o objetivo de consolidar a análise das oitivas com a da audiência já realizada, foi transladada para a presente instrução a análise da audiência realizada na peça 84, de forma a unificar as propostas de encaminhamento.

202. A audiência do Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel, Coordenador de Engenharia da Companhia Docas do Espírito Santo, foi promovida para que apresentasse as razões de justificativa em virtude de o orçamento base da licitação RDC eletrônico 1/2012-Codesa estar em desacordo com as disposições do caput, § 2º e § 3º do art. 125 da Lei 12.465/2011 (LDO/2012), ou seja, não ter apresentado, nos autos do processo licitatório, as justificativas para adoção de composições unitárias de preços diferentes das previstas nos sistemas referenciais de preços, ou, no caso de serviços não previstos nos sistemas referenciais, as justificativas para a adoção dos parâmetros utilizados (coeficientes de consumo/produtividade e preços dos insumos), conduta que também fere o princípio da motivação, inserto no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999.

203. Os argumentos apresentados não foram suficientes para afastar os indícios de irregularidades apontados. Dessa forma, não foi observado o atendimento aos preceitos estabelecidos no § 2º do art. 125 da Lei 12.465/2011 (LDO/2012) para formação do custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, como também no comando normativo do § 4º do art. 8º da Lei 12.462/2011. Assim, será proposto rejeitar as razões de justificativa do Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel, CPF 525.379.357-72, Coordenador de Engenharia da Companhia Docas do Espírito Santo, aplicando-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

204. No tocante à administração local, conforme tratado nos §§ 59-63 desta instrução, será proposta determinação para que a Codesa verifique a real mobilização dos profissionais previstos na composição de preço unitário da contratada, e caso não seja observada a mobilização prevista, observando o direito ao contraditório da contratada, realize os ajustes necessários. Também será proposto dar ciência à Codesa para que, nos termos do item 9.3.2.2 do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, os seus próximos editais de licitação devem estabelecer critério objetivo de medição para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra.

205. Por fim, conforme despacho do relator constantes na peça 79, propõe-se encaminhar cópia de todas as peças deste processo, a partir da peça 81, à Procuradoria da República no estado do Espírito Santo. [...].

(Acórdão 606/2017-TCU-Plenário, Relatório do Ministro-Relator WEDER DE OLIVEIRA).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Reiteram-se os exames de admissibilidade contidos nas peças 185 e 186, ratificados pelo Relator do recurso, Ministro Walton Alencar Rodrigues, com atribuição de efeitos suspensivos aos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão recorrido (peças 191 e 193).

EXAME DE MÉRITO

Delimitação do recurso

3. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) há ou não razão para reconhecer violação ao devido processo legal;
- b) há ou não razão para afastar ou diminuir o valor do sobrepreço objeto da repactuação determinada por meio da decisão recorrida; e
- c) há ou não razão para afastar ou diminuir a sanção pecuniária aplicada ao gestor-recorrente.

Do devido processo legal no âmbito administrativo do controle externo

4. A recorrente Estacon Infraestrutura S.A. alega violação ao devido processo legal, o que faz com base em argumentos que podem ser assim sintetizados (peça 177):

i) sustenta que, após sua manifestação em defesa à oitiva, a unidade técnica (UT) teria se valido de premissas metodológicas diversas daquelas que haviam embasado as imputações iniciais, o que resultou num valor de sobrepreço maior em relação ao que constara da comunicação de oitiva;

ii) alega que o processo teria ido a julgamento com base nessas inovações posteriores, as quais não são especificadas na peça recursal; nesse passo, sustenta, genericamente, que a decisão do TCU teria se dado “em flagrante ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, já que estabeleceu determinação que atinge diretamente os interesses patrimoniais e direitos da [empresa], sem lhe ter sido oportunizado o direito de defesa em face da nova instrução da [UT], a qual trouxe inovações e diferentes premissas que majoraram o suposto sobrepreço apontado”;

iii) ainda com respeito ao contraditório e à ampla defesa, formula pedido de produção de prova pericial a fim de demonstrar o que alega nestes autos; sustenta que a realização de perícia seria direito da empresa no processo administrativo, não lhe podendo ser negada [pelo TCU] “sob o fundamento de que não possui previsão em sua regulamentação, uma vez que tal direito é garantido [pela Lei 9.784/1999], que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, da qual o [TCU] é órgão integrante”.

Análise

4.1. Não assiste razão à recorrente quanto ao ponto.

4.2. A aventada inovação das premissas utilizadas para o cálculo do sobrepreço não encontra respaldo nos autos. Por meio do expediente constante da peça 89, foi franqueado o contraditório à empresa para que se manifestasse “acerca dos indícios de sobrepreço apontados nos serviços de [1] perfuração em rocha sã e limpeza do fuste; [2] fornecimento de camisa metálica; [3] apoio marítimo com a utilização de equipe de mergulho; [4] concreto fck=40 MPa submerso; [5] transporte e colocação de peças pré-moldadas”. O mesmo expediente lhe abriu irrestrito acesso aos autos (vista/cópia, inclusive por meio eletrônico) para que se inteirasse de tudo quanto deles constava até então. Obteve prontamente vista/cópia dos autos em diversas ocasiões, onde encontraria, dentre tudo o mais, a última instrução da unidade técnica até ali, que precedia a referida oitiva, com o sobrepreço detalhadamente quantificado em R\$ 6,33 milhões (peça 84). Após reiterados pedidos de prorrogação de prazo, a empresa produziu defesa por meio das peças 116 a 119.

4.3. A unidade técnica analisou os argumentos de defesa por meio da peça 138. Rejeitou, de forma fundamentada, aqueles que entendeu impertinentes e acatou o que se fundava na uniformização entre as datas-base dos preços cotejados, o que resultou diminuição do valor do sobrepreço para R\$ 5,86 milhões. Portanto, a única mudança de critério a emergir de forma clara nos autos deu-se em benefício dos responsáveis, acolhendo pleito da própria empresa ora recorrente. Não houve nenhuma majoração no valor de preço de R\$ 4,8 milhões para R\$ 5,8 milhões, conforme pretende convencer a recorrente. A peça recursal veicula apenas alusão genérica a uma hipotética alteração de premissas



mas não especifica uma sequer. Nesse quadro, a recorrente não se desincumbiu do ônus processual que lhe toca quanto ao ponto (CPC, arts. 1.010, II).

4.4. Ademais, este argumento também constituiu o ponto central dos embargos de declaração anteriormente opostos contra a decisão ora recorrida e foi minudentemente rechaçado no voto que guiou o Acórdão 1137/2017-TCU-Plenário, ocasião em que o e. Colegiado julgador os rejeitou. A impugnação recursal ora analisada não traz nenhum elemento que autorize rever as conclusões ali consignadas. Limita-se, como dito, a alegações genéricas desacompanhadas de referência precisa ao que consta dos autos.

4.5. Por fim, quanto ao pedido de produção de prova pericial, encontra resistência no entendimento há muito delineado por meio de precedentes do TCU:

O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, inclusive laudos periciais, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto. (Acórdão 4843/2017-Primeira Câmara, Rel. Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO).

Não cabe ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa. (Acórdão 2805/2017-Primeira Câmara, Rel. Min. VITAL DO RÊGO).

Não cabe franquear a responsável participação nos serviços técnicos especializados requeridos pelo TCU a órgãos e entidades federais (art. 101 da Lei 8.443/1992), pois a produção desses trabalhos tem por finalidade subsidiar a fiscalização do Tribunal, o que não se confunde com a prova pericial de que trata o Código de Processo Civil. Contudo, em observância ao princípio da ampla defesa, os responsáveis poderão acostar aos autos laudos técnicos que entenderem convenientes, assim como contraditar laudo técnico produzido por órgão ou entidade federal. (Acórdão 133/2017-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto. (Acórdão 2262/2015-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

As normas que regulam o processo de controle externo não concedem ao responsável a faculdade de solicitar produção de provas ao TCU, como a colheita de depoimentos ou realização de perícias e diligências. O Tribunal deve julgar com base nas provas documentais constantes dos autos, reunidas pelos órgãos de controle interno e pela unidade técnica, em confronto com aquelas produzidas e apresentadas pelo responsável em sua peça de defesa. (Acórdão 3535/2015-Segunda Câmara, Rel. Min. AUGUSTO NARDES).

4.6. No âmbito de um processo judicial, a questão tenderia a se resolver por meio da aplicação direta do CPC (art. 369 e seguintes), conforme permitem ver alguns precedentes da Justiça Federal forjados em contexto fático similar ao dos autos (preço de obra pública) [p. e. TRF-1ª Região, 5ª Turma, Apelação Cível 0036062-78.2008.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA, eDJF1 9/4/2013; TRF-5ª Região, 2ª Turma, AC571873/CE, Rel. Des. Federal VLADIMIR CARVALHO, DJe 30/6/2016; TRF-5ª Região, 2ª Turma, AC466353/PE, Rel. Des. Federal IVAN LIRA DE CARVALHO (convocado), DJe 3/7/2015]. Todavia, como antes anotado, predomina no TCU o entendimento segundo o qual não é da alçada da Corte de Contas determinar a produção de prova pericial. Nesse prumo, caberia à parte interessada trazer aos autos, eventualmente e por sua conta e risco, pareceres/laudos técnicos produzidos por profissionais idôneos que entenda hábeis a robustecer suas alegações. A tais documentos, no cotejo com outros elementos constantes dos autos, o TCU atribuiria a valoração probatória que entendesse pertinente no caso concreto (CPC, arts. 13, 371, 472 e 479 c/c RI/TCU, arts. 162 e 298). Desse modo, segundo a linha jurisprudencial do TCU antes referenciada, revela-se inviável o pedido da recorrente nestes autos administrativos, especialmente na fase em que se encontra.

4.7. De outro lado, não custa anotar que eventual decisão condenatória do TCU (débito) anunciaria, antecipadamente, provável contenda judicial futura entre a pessoa implicada e a Codesa e/ou a União e/ou o Ministério Público (CF, art. 71, § 3º, c/c CPC, arts. 778 e seguintes e 914 e seguintes c/c Lei 7.347/1985). Nesse cenário, caso o responsável entenda juridicamente útil, desde

sempre poderia livremente manejar os instrumentos processuais que repute adequados para, no âmbito judicial, assumindo custos e riscos inerentes, pleitear a produção da prova presumivelmente apta a demonstrar os fatos que alega e, assim, subsidiar eventual defesa na(s) prenunciada(s) lide(s) (p. e. CF, art. 5º, XXXV c/c CPC, arts. 381 a 383). Obviamente, tal iniciativa derivaria exclusivamente da autonomia privada da pessoa interessada, não havendo o que o TCU prover nesse sentido.

Dos pressupostos para o cálculo de sobrepreço em contrato de obra pública portuária

5. A recorrente requer seja revisto o cálculo do sobrepreço, o que faz com base em numerosos argumentos, que podem ser assim sintetizados e agrupados conforme o ponto defendido (peça 177).

I) quanto ao BDI referencial aplicável à obra em apreço:

I.1) sustenta a necessidade de adequação do percentual de BDI de referência; alega que a UT teria utilizado o valor do quartil médio referenciado nos trabalhos que originaram o Acórdão 2622/2012-TCU-Plenário (27,48%); menciona precedentes do TCU que teriam aceitado o valor do 3º quartil (acórdãos 477/2015, 3239/2010, 3146/2010, 3131/2011, 67/2012 e 2033/2011, todos do Plenário);

I.2) reforça o que entende por equívoco da UT ao consignar, segundo a leitura da recorrente, que “o BDI adotado tanto no Edital quanto na proposta da Contratada foi de 26,60%, o percentual máximo permitido [pelo TCU] quando da celebração do contrato (Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário) e, portanto, a utilização do BDI de 27,48% já seria conservadora”; nessa linha, infere que “tal constatação apenas reforça que sempre se considerou como adequada e necessária a utilização do BDI referencial do 3º quartil e não do quartil médio”;

I.3) acresce tratar-se de “obra extremamente complexa, com inúmeras interferências”, cujos “serviços precisavam ser executados sem que as atividades do porto fossem paralisadas, o que demanda muito mais medidas de segurança, proteção e planejamento do que seria necessário se se tratasse de uma obra executada em porto desativado”; para corroborar a argumentação, lista serviços previstos no edital a serem executados com o porto em operação; informa, ainda, que “o berço 207, no qual há uma grande interferência do trânsito devido à via de acesso ao Terminal Portuário PEIU ser dentro da área da obra, atravessando toda a extensão do cais por onde são escoadas as cargas provenientes dos navios atracados, em sua maioria de carros e fertilizantes”; pondera que “esse trânsito intenso e contínuo, sem programação prévia, derivado da operação do porto, afeta diretamente todo o processo de construção do Berço do Cais do Atalaia”, porque “a prioridade de utilização é da operação portuária, de modo que é necessária a paralisação das atividades para liberar o fluxo das carretas provenientes dos terminais”; menciona que “o transporte de material para o bota-fora é executado por uma única via de acesso, com uma única pista, o que demanda medidas de segurança, menores velocidades, dentre outros” (anexa fotografias supostamente capturada conforme circunstância que descreve – tempo e local); alude, ainda, a dificuldades operacionais para cravação das camisas metálicas, em razão da inclinação do terreno e também a medidas e controles ambientais necessárias para obtenção da respectiva licença; tudo para reforçar o argumento de que seria adequada a aplicação do BDI do terceiro quartil, na linha do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário;

II) quanto à necessidade de as composições de preços referenciais serem adaptadas à realidade da obra:

II.1) menciona o Manual do Sicro para defender a necessidade de se adaptar as composições de referência às peculiaridades da obra;

II.2) alega que as obras de restauração rodoviária (melhoramentos ou reconstrução) possuem fator de eficiência [tempo de produção efetiva/tempo de produção nominal] menor que as de implantação [rodovia nova], uma vez que “essas obras são executadas em rodovia em operação com interferências de tráfego, portanto, similar à obra em questão, que está sendo executada no cais do Porto de Capuaba, o qual encontra-se em operação normal, com maior complexidade de operação e maior interferência do que as normalmente encontradas em obras de restauração de rodovias”;

II.3) critica menção da UT a suposta similaridade entre obras portuárias executadas em diferentes regiões (ou mesmo em obra vizinha), “o que poder-se-ia induzir em obras similares, com idênticas metodologias executivas, o que não corresponde à realidade, conforme alguns fatores importantes que demonstram a não similaridade destas obras”; enumera diversos aspectos alegadamente diferenciadores mesmo entre a obra em questão (Cais de Atalaia) e outra realizada em local próximo (Cais de Vitória); enfatiza que as obras do cais de Vitória teriam sido executadas com a área totalmente interditada, enquanto que em Atalaia a obra teve de ser executada com o porto em operação (com diversas interferências); alega, ainda, diferenças marcantes nos perfis geológicos dos leitos marinhos entre os dois locais (no cais de Vitória seria praticamente plano, facilitando a cravação de estacas e perfuração em rocha; no cais de Atalaia haveria pronunciada inclinação de 45°, o que dificultaria tais operações); nessa linha, sustenta que “mesmo sendo obras executadas em regiões adjacentes, a metodologia empregada em cada uma delas é bastante diversa uma da outra, não havendo qualquer similaridade de execução”;

II.4) informa premissas que utiliza p/ confrontar as CPU's utilizadas pela UT, quais sejam:

Fator de eficiência

a) Serviços no pátio de fabricação de pré-moldados, com Fator de Eficiência = 0,83 [padrão obra de construção/implantação – sem interferência de tráfego para os serviços que envolvem transporte]:

- Carga, Manuseio e Descarga no Pátio de Fabricação — Pré-moldados e camisa metálica;

- Recarga no Pátio de Fabricação — Pré-moldados e camisa metálica;

b) Serviços de transportes entre o pátio de fabricação de pré-moldados e a frente de serviços, e na própria frente de Serviços, com Fator de Eficiência = 0,75 [padrão obra de restauração – com interferência de tráfego para os serviços que envolvem transporte]:

- Transporte do Pátio de Fabricação até o Depósito Provisório na Frente de Serviço — Pré-moldados e camisa metálica;

- Descarga na Frente de Serviço (Bota-Espera) — Pré-moldados e camisa metálica;

- Recarga na Frente de Serviço — Pré-moldados e camisa metálica;

Horas programadas no mês

- a partir de premissas que explicita, pondera que “a empresa estabeleceu uma previsão de horas programadas para se trabalhar em torno de 44 horas semanais x 4,33 semanas / mês = 190 horas programadas no mês”;

Percentual de incidência (equipamento e mão-de-obra)

- sustenta que tal percentual consistiria no que cada equipamento e/ou mão de obra representa na execução dos diferentes serviços, numa mesma praça de trabalho. “Se dois serviços necessitarem dos mesmos recursos, principalmente equipamentos, certamente o somatório destes equipamentos nos dois serviços devem representar a totalidade dos recursos necessários”; exemplifica: “no pátio de fabricação, existem dois serviços — movimentação das peças pré-moldadas e das camisas metálicas — que necessitam dos mesmos equipamentos: Guindaste e caminhão munck. O somatório da incidência de cada um destes equipamentos nos dois serviços representará a totalidade (100%)”.

Adicional sobre mão-de-obra

- alega ser previsto nas normas do Dnit que subsidiam a aplicação do Sicro (p. e. (IS-Dnit 1/2004) a inclusão do adicional sobre mão-de-obra nos percentuais de 15,51% ou 20,51% (quando o serviço exige ferramentas manuais); alega ser esta uma premissa adotada pelo Dnit e pelo próprio TCU há mais de dez anos;

III) quanto ao serviço de “transporte e colocação de peças pré-moldadas”:

III.1) alega que a composição de custo unitário (CPU) utilizada pela UT seria deficiente por não contemplar todos os equipamentos efetivamente necessários, conforme a realidade da obra; lista os seguintes:

III.1.i) “necessidade de equipamento de carga no pátio de fabricação para estoque inicial da peça com Guindaste de 70 toneladas - 34,35% e com Caminhão Munck - 65,65%, conforme tabela de apropriação da obra, em anexo”; sustenta que o pátio de fabricação das peças premoldadas situa-se a 3,9 km do local de implantação; e, à medida que são produzidas e adquirem resistência suficiente, devem ser movimentadas para estocagem em depósito provisório no próprio pátio de fabricação a fim

de “abrir frente e permitir a execução de mais peças de mesma conformidade, com o devido reaproveitamento das formas”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- E9094 Guindaste móvel s/pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm -450 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 01 und (mão-de-obra);
- Servente para apoio de movimentação = 02 und (mão-de-obra);
- E9041 Caminhão carroceria com guindauto com capacidade de 45 t.m - 188 kw;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de naylon, etc);

III.1.ii) “necessidade de equipamento de recarga no pátio de fabricação (estoque inicial) da peça com Guindaste de 70 toneladas - 34,35% e com Caminhão Munck - 65,65%, conforme tabela de apropriação da obra [em anexo], para transporte das peças premoldadas às frentes de serviço”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- E9094 Guindaste móvel s/pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm -450 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 01 und (mão-de-obra);
- Servente para apoio de movimentação = 02 und (mão-de-obra);
- E9041 Caminhão carroceria com guindauto com capacidade de 45 t.m - 188 kw;
- Cavalo mecânico com prancha baixa 45 t;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de naylon, etc);

III.2) alude à “necessidade de empreender baixa velocidade no percurso (20 km/h) [de 3,9 km], tendo em vista o tráfego normal de carretas na entrada e saída do Porto de Capuaba”; alega que “na área externa ao Porto, as carretas trafegam em região densamente povoada, com interferências com o trânsito do bairro, com os usuários locais e, muitas vezes, até com retenções (engarrafamentos)”; haveria, ainda, embaraços no acesso ao porto (entrada/saída do porto e entrada/saída da obra) causados pela Polícia Portuária; e, também na região interna do porto, a velocidade seria bastante reduzida, em razão do limite máximo permitido (20 km/h) [referencia o Guia do Motorista” e a Resolução Codesa 3]; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão);

III.3) alude à “necessidade de equipamento de descarga na frente de serviço, denominado “bota-espera”, com Guindaste com capacidade de 70 toneladas – 34,35% e com Caminhão Munck – 65,65%, conforme tabela de apropriação da obra [anexo]”; sustenta que “após o transporte das peças pré-moldadas para frente de serviço, se faz necessário o seu descarregamento em área de bota-espera na frente de serviço”, uma vez que “a atividade de lançamento e posicionamento final das peças pré-moldadas é feita uma peça por vez [com guindaste]”; desse modo, “cada uma das peças requer a preparação de uma área específica para recebê-la antes do seu posicionamento final, o que demanda, consequentemente: (i) limpeza da área e da peça, (ii) ajuste de ferragem, (iii) marcação e verificação topográfica, dentre outros serviços”; depois dessa “atividade de descarregamento das peças no bota-espera é que o equipamento que realizou o transporte fica liberado para nova atividade na obra”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- E9094 Guindaste móvel s/pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm - 450 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und;
- E9041 Caminhão carroceria com guindauto com capacidade de 45 t.m - 188 kw;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de naylon, etc).

III.4) alude à “necessidade de equipamento de recarga na frente de serviço, denominado ‘botaespera’, e posicionamento final da peça com Guindaste com capacidade de 100 toneladas - 30% e Guindaste com capacidade de 160 toneladas - 70%”; sustenta que “Estando a área aonde será colocado o pré-moldado já pronta, limpa e marcada topograficamente, se faz necessária recarga da peça no bota-espera para seu lançamento e posicionamento final, conforme previsto em projeto”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- E9095 Guindaste móvel s/pneus com 8 eixos e capacidade de 15.000 kNm - 500 kw;
- Armador para ajuste da ferragem = 2 und;
- Montador para ajuste da peça no local = 2 und;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und;

III.5) ante as atividades antes mencionadas, tidas por necessárias pela recorrente, apresenta composição de preço que entende coerente com a realidade da obra [anexo]; finalmente, com base em tal composição, sustenta que o preço de mercado para o referido serviço, nas condições de execução existentes, seria de R\$ 291,19/t (em lugar dos R\$ 134,57/t calculados pela UT).

IV) quanto ao serviço de “fornecimento de camisas metálicas”:

IV.1) sustenta que a UT adotou a premissa de que a empresa teria fabricado as camisas no canteiro de obras, quando, na realidade, as teria adquirido no mercado; defende que, “estando o preço unitário do serviço abaixo do valor de mercado previsto no orçamento e observadas as especificações técnicas estabelecidas no ato convocatório, a otimização empreendida pela empresa, tanto técnica quanto de custos, não deve ser considerada como irregularidade e não enseja repactuação contratual”; reforça que não se haveria de falar “na presunção de que as empresas, ao celebrarem contratos administrativos, concordam em executar o serviço seguindo exatamente a CPU do orçamento ou da proposta”; “na verdade, a empresa concorda em executar o serviço pelo preço pactuado”; alude ao pareceres do Ministério Público junto ao TCU e precedente do Tribunal (Acórdão 4258/2012-2ª Câmara); assim, não haveria “qualquer irregularidade em a empresa ter adquirido das camisas ao invés de confeccioná-las”;

IV.2) voltando-se à composição do preço de referência, alega que “as premissas adotadas pela Unidade Técnica do TCU, que originaram a composição de custos de referência” não refletiram a realidade da obra (metodologia necessária/adequada), prevendo a utilização “apenas dos seguintes e principais equipamentos”:

- Cavalo mecânico c/prancha, CAP 20 t;
- Guindaste 75 t (American 5530);
- Guindaste sobre Pneus 35 t;
- Máquina de Solda.

IV.3) alega, de outra ponta, que para a adequada execução dos serviços seria necessário considerar outros fatores;

IV.3.i) “necessidade de utilização de equipamento de descarga no pátio da camisa metálica e estoque inicial da peça com Caminhão Munck - 100%”; sustenta que as camisas seriam adquiridas em comprimentos que variavam entre 11 e 12m, “e tendo em vista exigência, prevista no projeto executivo de que a concepção da camisa metálica deveria ter entre 22mts a 24mts, faz-se necessário o descarregamento das camisas adquiridas em pátio de estocagem para posterior execução dos serviços de emenda, com vista a se obter o comprimento exigido”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- Rigger para movimentação da peça = 01 und;
- Servente para apoio de movimentação = 02 und;
- E9041 Caminhão carroceria c/guindauto capacidade de 45 t.m - 188 kw;

- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de nylon, etc).

IV.3.ii) “necessidade de equipamento de recarga no pátio (estoque inicial) da peça com Caminhão Munck - 67% (serviços de emenda) e Guindaste com capacidade de 70 toneladas - 33% para recarga para transporte”; alega que “para execução da emenda nas camisas metálicas adquiridas com comprimento de 11 a 12m, faz-se necessária a recarrega dessas peças no pátio de estocagem inicial, transporte e posicionamento sobre os berços onde será executada a emenda para sua adequação às necessidades do projeto executivo, possibilitando, assim, a sua utilização nas frentes de serviços”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos e mão-de-obra:

- E9094 Guindaste móvel s/pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm - 450 kw;
- E9041 Caminhão carroceria c/guindauto capacidade de 45 t.m 188 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de nylon, etc);

IV.3.iii) quanto ao transporte, alude à “necessidade de empreender baixa velocidade no percurso (20 km/h) [de 3,9 km], tendo em vista o tráfego estaria submetido às mesmas condições supostamente dificultadoras mencionadas para as peças premoldadas; alega, ainda, que “como a camisa é adquirida com comprimento médio de 11m a 12m mas é transportada com comprimento médio de 22m a 24m, há a necessidade de utilização de batedor para garantir a segurança do transporte”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes equipamentos:

- E9665 Cavalo mecânico com semirreboque e capacidade de 35 t - 210 kw;
- E9512 Veiculo leve - 53 kw (batedor);

IV.3.iv) alega “necessidade de equipamento de descarga na frente de serviço, denominado ‘bota-espera’, com Guindaste com capacidade de 70 toneladas — 100%”; defende que “na frente de serviço, se faz necessário o descarregamento da camisa com 22 a 24m de comprimento nas proximidades do local de sua aplicação (bota-espera); junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes insumos:

- E9094 Guindaste móvel sobre pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm - 450 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de nylon, etc).

IV.3.v) sustenta ser necessária a “execução de Reforço (FACA), na extremidade da camisa para suportar impactos de cravação na frente de serviço” e assim “evitar que a camisa metálica amasse durante a sua cravação”; acresce que se a camisa metálica fosse amassada, “isto impediria que a broca da Wirth acessasse a rocha sã para iniciar a escavação”; nessa circunstância, “faz-se necessário retirar a camisa cravada amassada e reconstituí-la, de forma a restabelecer a sua característica de perímetro e comprimento, conforme inicialmente previsto”; posteriormente, “é necessário refazer o posicionamento da camisa metálica recuperada no gabarito da balsa em água para, então, se reiniciar a cravação, retomando então o processo executivo desde o seu início”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes insumos:

- E9094 Guindaste móvel sobre pneus com 6 eixos e capacidade de 10.500 kNm - 450 kw;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und;
- Soldador para operação de soldagem = 1 und (8 horas por unidade);

- Lixador para operação de biselamento para soldagem e limpeza = 1 und;
- Maçariqueiro para operação de corte do aço = 1 und;
- Ajudante de soldador para operação de soldagem = 1 und;
- Percentual para ferramentaria de içamento de carga (cabos de aço, manilhas, cintas, cordas de nylon, etc);
- Máquina de solda 400 A;
- Eletrodo - Faca da camisa de 1.100 mm = 5,143 kg de eletrodo Ok 4804;
- Eletrodo - Faca da camisa de 600 mm = 2,738 kg de eletrodo Ok 4804.

IV.3.vi) sustenta a “necessidade de equipamento de recarga na frente de serviço, denominado ‘bota-espera’, e posicionamento final da peça com Guindaste com capacidade de 160 toneladas - 100%”; alega que seria necessário “novo carregamento da camisa com 22m a 24m de comprimento no bota-espera, nas proximidades de onde será a sua execução, com a utilização de guindaste de capacidade maior, pois será este equipamento que posicionará a camisa metálica no gabarito de cravação da balsa em mar, aonde esta será cravada”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão); anota que seriam necessários os seguintes insumos:

- E9095 Guindaste móvel sobre pneus com 8 eixos e capacidade de 15.000 kNm - 500 kw;
- Montador para ajuste da peça no local = 2 und;
- Rigger para movimentação da peça = 1 und;
- Servente para apoio de movimentação = 2 und.

IV.3.vii) alude à “necessidade de Execução de Emenda da Camisa, durante a operação de cravação, na frente de serviço, dentro d’água”, em razão de o comprimento cravado necessário ao atingimento da rocha sã poder ser maior que o esperado, “apesar da existência dos relatórios de sondagem”; entretanto, esclarece que “essa atividade não está sendo computada nestes custos”; junta fotografias supostamente capturadas na aludida frente de serviço (tempo e lugar da obra em questão);

IV.4) finalmente, com base em composição que entende pertinente para o serviço, sustenta que o preço paradigma para o referido serviço, nas condições de execução referenciadas, seria de R\$ 11,59/kg (em lugar dos R\$ 7,76/kg calculados pela UT).

V) Com respeito serviço de “perfuração em rocha sã e limpeza do fuste”:

V.1) alude às diferenças de quantidade e qualidade das estacas previstas no projeto básico (total de 162 estacas, sendo 99 com diâmetro de 110cm e outras 63 com diâmetro de 80cm) no projeto executivo (total de 223 estacas, sendo 64 com diâmetro de 110cm e outras 159 com diâmetro de 60cm);

V.2) alega deficiência nas sondagens que subsidiaram a elaboração do projeto básico, que não teriam encontrado pedregulhos e matacões; as sondagens posteriores, que embasaram o projeto executivo, teriam detectado tais elementos rochosos;

V.3) descreve processo de cravação das estacas em rocha (croquis, imagens e texto descritivo das etapas de execução);

V.4) junta fotografias que, alegadamente, demonstrariam os “danos causados aos equipamentos de perfuração, tendo em vista a presença de pedras soltas (enrocamento), minério de ferro, detritos antigos do porto”, o que não teria sido previsto no orçamento da obra mas, segundo alega, seriam “inerentes à metodologia executiva” da empresa;

V.5) alude, ainda, a um “método executivo atual não contemplado no projeto executivo devido à quantidade de pedras soltas sobre o leito, que não puderam ser retiradas em função da previsibilidade de ocorrência de colapso da retro área, definido pelo projetista (enrocamento)”;

V.6) alega “ocorrências frequentes durante a execução em pedras soltas que alteram a metodologia acima descrita”; descreve processo de cravação das estacas supostamente executadas com ocorrência de rocha solta (croquis, imagens e texto descritivo das etapas de execução);

V.7) alude a ocorrência de blocos de minério de ferro (elemento de maior resistência);

V.8) também refere-se a “informações colhidas da Codesa” e a “evidências encontradas ‘in loco’” referentes a obras anteriores [“implantação do cais do porto (muro de gravidade, cais 201, ponte de acesso ao cais atalaia, etc)]]” para sustentar que “vários dejetos e resíduos de obras contribuíram para prejudicar o andamento normal das obras” e que a obra “está sendo executada em porto já implantado e em operação”;

V.9) ao final, sintetiza suas alegações recursais quanto ao serviço de perfuração em rocha sã sustentando que não teria havido prejuízo ao erário relativo ao preço pactuado para o serviço, “mas sim, uma grande elevação do custo previsto na proposta da empresa e no contrato em decorrência dos fatos supervenientes encontrados quando da sua efetiva execução, o que poderia, inclusive, ensejar a revisão dos preços contratuais para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença”;

V.10) finalmente, com base em composição que entende pertinente para o serviço, sustenta que “o preço de mercado para o referido serviço, nas condições de execução existentes, é de R\$ 16.121,30/m³” (em lugar dos R\$ 10.340,76/m³ calculados pela UT).

VI) com relação ao serviço de “armação CA-50”:

VI.1) reclama a inclusão de adicional de mão-de-obra;

VI.2) com base em composição que entende pertinente, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 8,25/unidade de serviço.

VII) com referência aos serviços de “formas para estruturas ‘in loco’” e “formas para peças pré-moldadas”:

VII.1) reclama a inclusão de adicional de mão-de-obra para os dois serviços;

VII.2) com base em composição que entende pertinente para o serviço de “forma para estrutura ‘in loco’”, sustenta que o preço de mercado seria de R\$ 139,30/m² (em lugar dos R\$ 131,28/m² calculados pela UT);

VII.3) com base em composição que entende pertinente para o serviço de “forma para estrutura pré-moldada”, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 98,49/m² (em lugar dos R\$ 90,49/m² calculados pela UT).

VIII) com respeito ao serviço de “concreto FCK = 40MPa – para estruturas ‘in loco’”:

VIII.1) reclama a inclusão de adicional de mão-de-obra para o serviço;

VIII.2) com base em composição que entende pertinente, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 590,79/m³;

IX) com respeito ao serviço de “concreto FCK = 40MPa – submerso”:

IX.1) reclama a inclusão de adicional de mão-de-obra para o serviço;

IX.2) alega que a Unidade Técnica do TCU teria considerado para o guindaste “0,047 horas/m³, o que supõe: 2,82 minutos por m³”; sustenta que a “execução de concretagem submersa em uma estaca de 110cm, com volume médio 16 m³, gasta-se em média 2 horas, o que representa um índice de 0,125 horas/m³; alega, assim, que tal produtividade “representa, na prática, a mesma incidência em todos os outros equipamentos envolvidos na concretagem”;

IX.3) com respeito ao bombeamento do concreto submerso, alega que a unidade técnica deveria ter considerado “a mesma premissa adotada para o concreto comum, ou seja, taxa de bombeamento por m³ de concreto”.

IX.4) contesta a metodologia da unidade técnica também quanto à utilização “de uma bomba estacionária, sendo que alega ter sido utilizada bomba lança, conforme se poderia ver nas fotografias apresentadas; sustenta não ser possível a adoção da bomba estacionária “porque, como é cediço, na conjuntura da obra, todo o concreto é fabricado fora do canteiro de obras, em concreteiras existentes na região das obras, sendo transportado por caminhão betoneira até próximo do cais em execução”; lista circunstâncias operacionais que tornariam impossível a adoção de bomba estacionária; junta fotografias supostamente capturadas quando da execução do serviço na obra em questão;

IX.5) com base em composição que entende pertinente, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 1.006,96/m³ (em lugar dos R\$ 780,88/m³ calculados pela UT);

X) quanto ao serviço de “apoio marítimo com utilização de equipe de mergulho”:

X.1) questiona metodologia da UT em cotar os preços com quatro empresas mas descartar a cotação de maior preço para calcular a média, o que teria minorado artificialmente a média do mercado; nesse sentido, defende seja imperioso considerar todas as cotações obtidas pela UT para cálculo da média;

X.2) critica, também, a circunstância de as propostas obtidas pelo TCU, segundo alega, não terem “considerado efetivamente uma equipe completa para a operação náutica que necessita da seguinte equipe de trabalho: 1 lancha de transporte de pessoal e equipamentos; 1 câmara hiperbárica com compressor e gerador; 1 equipe e tripulação para a lancha assim constituída: 1 comandante, 1 marinheiro, 4 mergulhadores e 1 supervisor de mergulho”;

X.3) alega serem necessários, além dos equipamentos ditos principais, outros acessórios considerados essenciais para a segurança dos mergulhadores; enumera os seguintes: 1 câmara hiperbárica; 2 compressores de ar, tipo “ar seco” (“para garantir a pressão de equalização dentro da câmara, sendo 1 de reserva”); 2 grupos geradores, 180 Kva (“para garantir a energia aos compressores, sendo 1 de reserva”).

X.4) com base em composição que entende pertinente, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 311.237,40/mês (em lugar dos R\$ 272.900,86/mês calculados pela UT);

XI) quanto ao item “administração local”:

XI.1) reclama a inclusão de adicional de mão-de-obra para o serviço (sobre toda a mão-de-obra horista, conforme relação constante da composição que apresenta);

XI.2) com base em composição que entende pertinente, sustenta que o preço de mercado do referido serviço seria de R\$ 646.026,98.

Análise

6. Assiste razão à recorrente apenas em parte.

6.1. Cumpra anotar, inicialmente, que, por ocasião da resposta à oitiva, a recorrente claramente optou por não confrontar os critérios que resultaram nas composições de preço unitário de referência para a maior parte dos serviços então questionados pela unidade técnica. A empresa consignou expressamente naquela oportunidade (peça 116, p. 18):

46. Diante de todo exposto, ao se utilizar os insumos indicados pela Unidade Técnica na data base da proposta e se adotar BDI compatível com a jurisprudência do TCU (32 quartil do Acórdão 2362/2013), constata-se que mesmo sem qualquer ajuste nas composições de referência indicadas pela Seinfra já é possível demonstrar a regularidade dos preços contratuais.

47. Sendo assim, não se mostra necessário, nesse momento, fazer análise crítica e detalhada a respeito das composições adotadas pela Unidade Técnica, pois já restou comprovada a regularidade do contrato em análise.

48. Não obstante, cumpre registrar desde já que em que pese a Unidade Técnica ter realizado um admirável trabalho para elaborar composições que refletissem a execução dos serviços contratados, especialmente em face da inexistência de CPUs de referência nas principais tabelas adotadas por esse E. Tribunal (Sicro e Sinapi), alguns ajustes ainda se fazem necessários para que as composições se mostrem mais adequadas à realidade do empreendimento. [...]. [Tece breves considerações apenas sobre os serviços de “fornecimento de camisa metálica” e de “apoio marítimo com a utilização de equipe de mergulho”]. [Grifou-se].

6.2. Na ocasião, além do BDI aplicável e da data-base referencial, a empresa empenhou-se em questionar objetivamente apenas os serviços de “fornecimento de camisa metálica” e de “apoio marítimo com a utilização de equipe de mergulho”. Desprezou solenemente o princípio processual da eventualidade quanto aos demais serviços questionados desde então. Apenas com o recurso ora em análise a empresa traz uma série de argumentos envolvendo minúcias técnicas relativas a fatos (dinâmica operacional dos serviços) que eram de seu pleno conhecimento quando lhe foi aberto o contraditório em primeiro grau. Portanto, nem tratam apenas de direito, nem de fatos supervenientes

ou por ela desconhecidos à época. Ao proceder assim, a empresa empreendeu típica inovação recursal vedada pela norma processual (CPC, arts. 336 e 342 c/c RI/TCU, art. 298). A razão de ser de tal vedação é evitar que o responsável omita argumentos de defesa do combate argumentativo travado perante o Juízo natural (de primeiro grau) e os guarde para usá-los perante instância que, eventualmente, possa lhe parecer menos aparelhada para lidar com detalhes fáticos referentes à dinâmica do objeto fiscalizado (obra), que tendem a ser conhecidos com mais precisão por quem atuou no processo nas fases iniciais. No caso destes autos no TCU, a empresa, deliberadamente ou não (não importa à diretriz processual), contorna a unidade técnica especializada em obras – que empreendeu auditoria in loco e era institucionalmente vocacionada para instruir o feito desde o início – e o próprio i. Relator a quo. Isso porque, ao guardar para o recurso elementos de índole eminentemente técnica (fatos) por ela já conhecidos desde a oitiva inicial, evitou que pudessem ser confrontados nas fases processuais que antecederam a prolação da decisão recorrida. Nesse quadro, a rigor, em atenção aos princípios da eventualidade e da boa-fé processual (CPC, art. 5º), tais elementos trazidos como flagrante inovação nesta etapa recursal deveriam ser desconsiderados e, por consequência, quanto a tais serviços, tidas por incontroversas as premissas/conclusões da unidade especializada em sua última manifestação, espelhada no voto que guiou o acórdão combatido (peça 138). Em hipótese menos rigorosa, poderia o novel conjunto de alegações fáticas ora trazidos aos autos ser submetido a uma primeira apreciação pela unidade especializada que instruiu o processo até a deliberação recorrida. Mas é de observar que tal hipótese terminaria por postergar o deslinde do feito, que pende com inevitáveis reflexos na conclusão do aparelho portuário e na própria Administração da Codesa, e consumir ainda mais recursos da máquina pública de controle em decorrência exclusiva da via processual voluntariamente tomada pela recorrente.

Assim, em atenção àquele mesmo princípio da eventualidade, para o caso de o eminente Relator deste recurso e/ou o e. Colegiado julgador entender(em) deva o processo ser apreciado conforme se apresenta, esta unidade técnica lança desde já sua análise de mérito, inclusive quanto aos elementos de defesa relacionados aos fatos acima referenciados, que a empresa traz para o debate nos autos apenas com a impugnação recursal em análise (peça 177), embora já os conhecesse bem quando formalizou sua resposta à oitiva (peças 116 a 119).

7. Quanto ao BDI referencial aplicável à obra em tela, os argumentos recursais não merecem acolhida.

7.1. Cumpre revisar como a matéria foi abordada nos autos até o momento.

7.2. Na primeira instrução que analisou a proposta de preços vencedora, a unidade técnica do TCU consignou sumariamente (peça 84):

93. Considerou-se um valor de BDI referencial de 27,48%, conforme disposto no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, valor superior ao BDI adotado pela contratada (26,6%).

7.3. Posteriormente, por ocasião da análise das respostas às oitivas dirigidas à empresa vencedora (ora recorrente) e à Codesa, onde o ponto foi fortemente agitado, assim manifestou-se a unidade técnica do TCU (peça 138):

37. O BDI adotado pela contratada em sua proposta foi de 26,6%, portanto abaixo do quartil médio definido no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário. Seria uma incongruência desta unidade técnica a utilização do terceiro quartil, se nem o projeto básico e nem mesmo a proposta da contratada aventou essa possibilidade. Ambos adotaram valor de BDI inferior a 27,48%, o que corrobora a utilização do quartil médio adotado no preço de referência.

38. Vale ressaltar que na época da licitação da presente obra, o Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário regulava a utilização de BDI em obras públicas, o qual estipulava como BDI referencial mínimo, médio e máximo de obras portuárias, 20,70%, 23,50% e 26,60%, respectivamente, para a faixa de preço da obra. Vê-se, portanto, que a contratada já utilizou o referencial máximo da época, apesar de não estar vinculada ao mesmo. Assim, esta unidade técnica, conservadoramente, adotou o valor médio estipulado no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, 27,48%, superior ao máximo admitido na época da licitação.

39. Os precedentes trazidos pela contratada, nos quais este Tribunal se utilizou do valor máximo de BDI para definição do preço de referência, além de ser casos excepcionais, eram relativos a fatos da época de

vigência do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, cujo valor de BDI máximo era de 24,23%, inferior, inclusive, ao adotado por esta unidade técnica no presente processo. A partir do Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário, foram definidas as faixas de BDI por tipo de obra, ou seja, já está se levando em conta as particularidades de cada tipo de obra (rodovia, ferrovia, redes de abastecimento, redes elétricas, portos...). Dessa forma, na mesma linha definida na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) para utilização do Sinapi, a utilização dos valores medianos deve ser a regra, devendo o quartil superior ser utilizado em casos devidamente justificados.

40. Como a contratada não demonstrou motivos que tornassem essa obra especial frente a outras obras portuárias, bem como pelo fato de seu próprio BDI estar abaixo do definido como referência para esta unidade técnica, é descabida a utilização do patamar superior de BDI na definição do preço de referência.

41. Por fim, ressalta-se que mesmo utilizando-se um BDI de 30,95%, ainda restaria um sobrepreço da ordem de R\$ 3,9 milhões. [Grifou-se].

7.4. No voto que orientou a decisão recorrida, sua Exca. o Min. Relator a quo anuiu às análises e conclusões da unidade técnica (peça 145, item 60).

7.5. A metodologia utilizada pela unidade técnica do TCU quanto ao ponto não merece reparo. Para compreensão precisa da evolução do entendimento firmado pelo TCU quanto às taxas referenciais de BDI, convém traçar sumário histórico.

7.6. Na sessão de 14/3/2007, o Tribunal proferiu o Acórdão 325/2007-TCU-Plenário (Rel. Min. GUILHERME PALMEIRA), que delineou “critérios de aceitabilidade para o Lucro e Despesas Indiretas (LDI) em obras de implantação de linhas de transmissão de energia elétrica [incluindo subestações]”, a partir dos estudos de grupo de trabalho interno instituído para tratar especificamente dos custos indiretos daquele tipo de obra do setor elétrico. Portanto, aquela decisão estava tecnicamente circunscrita àquele específico tipo de obra.

7.7. Em 31/8/2011, avançando nos estudos sobre o tema, a Corte exarou o Acórdão 2369/2011-TCU-Plenário (Rel. Min. MARCOS BEMQUERER), afim de definir “parâmetros aceitáveis para taxas de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI para cada tipo de obra de engenharia, bem como para itens específicos para a aquisição de produtos, observando as características similares e as despesas inerentes a cada espécie de empreendimento, de modo a estipular faixas de valores de referência que orientem os entes jurisdicionados deste Tribunal na contratação de obras públicas”. Portanto, neste segundo passo, o Tribunal especificou balizas para cada tipo de obra (edificações, irrigação/canais, saneamento básico, adutoras/estações elevatórias, portuárias, aeroportuárias/pista, aeroportuárias/terminal), além de uma taxa de BDI diferenciada (menor) para fornecimento de materiais/equipamentos. Na ocasião, por entender tecnicamente demonstrado que “tais despesas [indiretas que compõem o BDI] sofrem variações consoante o tipo de obra executado”, o i. Relator consignou a seguinte reflexão, ao final espelhada na parte dispositiva do Acórdão (item 9.3):

85. Diante desse contexto, considero que é medida tecnicamente inadequada a adoção, para qualquer tipo de empreendimento, dos valores listados no item 9.2 do Acórdão 325/2007 – Plenário que foram estipulados especificamente para obras de linhas de transmissão de energia elétrica e subestações.

86. Dessarte, considerando todas as ponderações expostas, cumpre orientar as unidades técnicas deste Tribunal a utilizar, excepcionalmente, e até que sejam finalizados os exames do grupo de trabalho interdisciplinar a que referem os parágrafos 79 a 83 deste Voto, os parâmetros para taxas de BDI contidos no item 9.2 do Acórdão n. 325/2007 – Plenário, restritamente para obras de linhas de transmissão de energia elétrica e subestações, e, para os demais tipos de empreendimento, as tabelas elaboradas no âmbito destes autos que contém valores referenciais para taxas de BDI específicos para cada caso. [Grifou-se].

7.8. Na sessão de 25/9/2013, o Tribunal apreciou a conclusão dos estudos que se seguiram a cargo do grupo de trabalho interdisciplinar constituído especificamente para o fim de aprofundar o estudo da matéria e “efetuar o exame detalhado da adequabilidade dos percentuais para as referidas taxas adotados em dois julgados desta Corte de Contas (Acórdãos 325/2007 e 2.369/2011), ambos do Plenário, com utilização de critérios contábeis e estatísticos e controle da representatividade das amostras selecionadas”. Foi então prolatado o Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário (Rel. Min. MARCOS BEMQUERER), por meio do qual se estipulou novos valores referenciais de BDI para os diferentes tipos de obras (edificações, rodovias, ferrovias, redes de água/esgoto, estações e redes de

distribuição de energia elétrica e portuárias, marítimas e fluviais), “em substituição aos referenciais contidos nos Acórdãos 325/2007 e 2.369/2011” [Grifou-se].

7.9. Por fim, contra o Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário foram opostos embargos de declaração pela Advocacia-Geral da União. Um dos argumentos ali levantados com vigor foi justamente a questão intertemporal de aplicação das diretrizes fixadas naquela decisão, tomando-se por base a data da licitação/contrato. A AGU aduziu o seguinte na ocasião:

Em relação a estes itens [9.1 e 9.2 do Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário] extremamente importante o esclarecimento dos aspectos temporais das determinações, de forma a prevalecer o entendimento de que seus efeitos não devam ser aplicados para aquelas licitações já iniciadas, evitando com isso eventuais apontamentos de auditores do TCU, baseados nas novas faixas de BDI estabelecidas, ou até mesmo indicação de superfaturamento de contratos, em relação a licitações que tenham se iniciado antes da publicação do Acórdão, referenciadas em faixas estabelecidas em decisões predecessoras do próprio Tribunal (Acórdãos 325/2007 e 2.369/2011). (TC-036.076/2011-2, peça 453). [Grifou-se].

7.10. Acolhendo a alegação da embargante, o i. Relator, Min. MARCOS BEMQUERER, consignou expressamente no voto que guiou o julgamento dos embargos, materializado no Acórdão 2440/2014-TCU-Plenário (sessão de 17/9/2014):

24. Diante desse contexto, entendo que este Tribunal deve dar provimento ao pleito da AGU de forma a tornar explícito que as diretrizes contidas no Acórdão 2.622/2013 – Plenário devem ser aplicadas, pelo corpo técnico desta Corte, nas análises empreendidas após a data de publicação daquela deliberação (04/10/2013). [...] [Grifou-se].

7.11. Ao final, a redação original do Acórdão 2622/2013 resultou alterada pelo Acórdão 2440/2014-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

9.1. conhecer dos presentes Embargos de Declaração, com fulcro no art. 34 da Lei n. 8.443/1992, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, passando a fundamentação constante do Voto supra a integrar o Acórdão n. 2.622/2013 – Plenário, e conferir-lhes efeitos infringentes, dando aos subitens 9.1., 9.3.1. e 9.3.2.6. do aludido decisum a seguinte redação:

“9.1. determinar às unidades técnicas deste Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas empreendidas após a data de publicação desta deliberação (04/10/2013), utilizem os parâmetros para taxas de BDI a seguir especificados, em substituição aos referenciais contidos nos Acórdãos 325/2007 e 2.369/2011: [...] [Grifou-se].

7.12. Dessa linha evolutiva, três pontos emergem claros: i) desde 31/8/2011, o TCU entende tecnicamente inadequado adotar para todos os tipos de obras as faixas referenciais de BDI estipuladas no Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, uma vez que os estudos que subsidiaram seus cálculos limitavam-se exclusivamente a obras do setor elétrico (linhas de transmissão e subestações); ii) a partir de tal convicção, com base em estudos mais aprofundados, procurou delinear faixas de BDI aceitáveis específicas para cada tipo/grupo de obra (acórdãos 2369/2011-TCU-Plenário e 2622/2013-TCU-Plenário); e iii) a Corte fixou como marco temporal para utilização das taxas previstas neste último acórdão a data da publicação da referida decisão – 4/10/2013 (Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário com redação dada pelo Acórdão 2440/2014-TCU-Plenário).

7.13. Portanto, tornando ao caso concreto, considerando que a formalização da licitação e do contrato em apreço, bem assim a auditoria (análise dos preços), deram-se antes de 4/10/2013, conforme explícito no Relatório de Fiscalização 74/2013 (peça 31), a rigor, os parâmetros do Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário não deveriam ser utilizados, mas sim aqueles do então paradigmático Acórdão 2369/2011-Plenário. Esta decisão sinalizava para o BDI de obras portuárias os percentuais de 23,5% (mediana) e, em casos excepcionais devidamente justificados, 26,6% como limite máximo. Tal constatação apenas realça que a metodologia adotada pela unidade técnica nestes autos revela-se conservadora e benéfica à recorrente (BDI referencial de 27,48% - mediana do Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário). Dito de outro modo: caso a unidade técnica houvesse caminhado rigorosamente segundo a orientação pleiteada pela AGU e respaldada por meio do citado Acórdão 2440/2014-TCU-Plenário, deveria ter se pautado exclusivamente pelo Acórdão 2369/2011-TCU-



Plenário e, assim, aplicado percentuais menores de BDI sobre os custos de referência, o que elevaria o sobrepreço apurado no caso concreto.

7.14. De outro lado, não bastasse insistir na impertinente aplicação do Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário, a Recorrente reclama, adicionalmente, ser cabível utilizar o percentual constante do 3º quartil (BDI de 30,95%), em lugar da medida adotada pela unidade técnica, estatisticamente mais apropriada (mediana – BDI de 27,48%). Para tanto, fia-se, principalmente, em alguns precedentes do TCU que teriam relativizado o valor de referência, acatando o limite máximo da faixa. Mas tais precedentes não devem ser tomados como parâmetro válido ao caso presente porque, invariavelmente, apreciaram casos concretos que apresentavam as seguintes circunstâncias em comum não verificáveis nestes autos:

(i) a licitação e/ou contrato haviam sido formalizados num momento em que o único parâmetro existente era o Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, forjado com base em estudos exclusivamente direcionados a obras do setor elétrico (linhas de transmissão e subestações); ou seja, anteriormente à prolação do primeiro acórdão que especificou as faixas de BDI por tipo de obra (2011); e

(ii) nenhuma das obras apreciadas por meio dos referidos julgados relacionava-se àquelas do setor elétrico versadas no Acórdão 325/2007-TCU-Plenário; portanto, escapavam do escopo de incidência do referido acórdão.

7.15. Convém sumariar referidos precedentes acumulados na peça recursal:

- Acórdão 477/2015-TCU-Plenário: obra de aeroporto; licitações/contratos formalizados entre 2007 e 2009;

- Acórdão 3239/2010-TCU-Plenário: obra de adutora; licitações/contratos formalizados entre 2008 e 2009;

- Acórdão 3146/2010-TCU-Plenário: obra de adutora; licitações/contratos formalizados entre 2009 e 2010;

- Acórdão 3131/2011-TCU-Plenário: obra de esgotamento sanitário; licitações/contratos formalizados entre 2008 e 2009;

- Acórdão 67/2012-TCU-Plenário: obra de modernização de refinaria petrolífera; licitações/contratos formalizados entre 2008 e 2009; e

- Acórdão 2033/2011-TCU-Plenário: obra de modernização de refinaria petrolífera; licitações/contratos formalizados em 2007.

7.16. Portanto, tais empreendimentos haviam se viabilizado por meio de licitações/contratos formalizados ao tempo em que a faixa referencial de BDI era dada pelo Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, voltado exclusivamente a obras de linhas de transmissão e subestações de energia elétrica, como já repisado. Ao apreciar casos de obras de natureza diversa daquelas específicas do setor elétrico, excepcionalmente o TCU relativizou a faixa de variação então prevista, aceitando o limite máximo (em lugar da mediana).

7.17. O contexto da obra tratada nestes é absolutamente diverso, pois sua licitação formalizou-se ao final de 2012 e o contrato, em agosto/2013, quando já amplamente conhecidos os parâmetros lançados por meio do Acórdão 2369/2011-TCU-Plenário, com indicação de faixas aceitáveis para cada tipo de obra, entre eles o de obras portuárias, perfeitamente aplicável ao caso em exame. Assim, desde a prolação do referido Acórdão (sessão de 31/8/2011), não cabe cogitar hipotética flexibilização do valor referencial para aceitar os limites máximos consignados em lugar das medianas, porque estas representam adequadamente a realidade-padrão do mercado. Conclusão que se replica quanto ao Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário (integrado pelo Acórdão 2440/2014-TCU-Plenário), porque igualmente especificou as faixas de BDI por tipos de obra. Portanto, são impertinentes os argumentos veiculados na peça recursal neste sentido.

7.18. Por fim, também não merece prosperar a alegação de que, caso se utilizasse o limite máximo de BDI previsto no Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário (30,95%), o sobrepreço seria eliminado. Conforme bem anotou a unidade técnica do TCU, a se adotar o injustificável percentual, o que se cogita apenas para argumentar, ainda assim haveria sobrepreço da ordem de R\$ 3,9 milhões.

8. Quanto à alegada **necessidade de as composições de preços referenciais serem adaptadas à realidade da obra**, apenas em parte assiste razão à recorrente.

8.1. Em referência à família de composições do Sicro (restauração ou construção), de fato, o referido sistema de custos do Dnit prevê a distinção em sua metodologia. Portanto, assume-se como razoável a alegação de que, segundo os parâmetros do Sicro, se a obra estiver sendo executada em local onde há trânsito derivado de atividades outras, haveria algum prejuízo ao tráfego nas operações de transporte, exclusivamente (fator de eficiência). Entretanto, no caso concreto, tal conclusão aplica-se apenas ao serviço que teve por base a composição do Sicro, conforme referenciado na lista de composições de preços unitários utilizadas pela unidade técnica às peças 52, 82 e 135 (desmonte do maciço rochoso – composição Sicro 2 S 01 102 07 – “Esc. carga transp. mat 3ª cat DMT 1000 a 1200m” – Construção rodoviária). Para os demais serviços que compõem o sobrepreço foram utilizadas composições de outras fontes, cuja hipotética discriminação entre fatores de eficiência entre obras de implantação e de restauração/reforma/ampliação não está demonstrada nos autos pela recorrente (Seinfra/CE, Sinapi e composições utilizadas na obra do cais de Vitória). Portanto, é possível, por exemplo, que a metodologia de tais fontes diferentes do Sicro já contemplem, genericamente, perdas de eficiência referentes a eventual ocorrência de tráfego local. Logo, ante a ausência de demonstração nestes autos, não há razão tecnicamente justificável para presumir a necessidade indiscriminada de sua consideração para composições de preço extraídas de todo e qualquer sistema de custos de obras públicas.

8.2. O mesmo se diga quanto ao adicional de mão-de-obra, cuja incidência de 15,51% ou 20,51% é prevista apenas na metodologia do Sicro. Conforme didaticamente consignado no voto que guiou o Acórdão 2993/2014-TCU-Plenário (Rel. Min. AROLDO CEDRAZ), não é pertinente incluir tal custo quando se toma por base a composição de um outro sistema de custos (outras estruturas de composição) que não o Sicro, pois “iria contra a própria lógica de construção do sistema referencial”. Para ficar com apenas um exemplo, note-se que a estrutura de custos do Sinapi já contempla tais custos adicionais (ali nominados “encargos complementares”) nos valores cotados para a mão-de-obra, associando-os diretamente ao custo unitário de cada trabalhador, “como custo e não de forma percentual”, conforme consta do Livro de Metodologias e Conceitos do Sinapi, p. 97-99, 3ª Edição, publicado pela Caixa Econômica Federal (disponível em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/sinapi-manual-de-metodologias-e-conceitos/Livro_SINAPI_Metodologias_e_Conceitos-versao_digital_3_Edicao.pdf>, acesso em 15/2/2018). Portanto, a estrutura de custos pode variar conforme a metodologia utilizada em cada sistema, não se podendo cogitar em acrescer indiscriminadamente “adicional de mão-de-obra” a composições de preços colhidas de todo e qualquer sistema de custos, sob pena de se elevar injustificadamente o risco de contabilização em duplicidade.

8.3. E mesmo no âmbito do Sicro, o “adicional à mão-de-obra” é previsto apenas para operários com salários remunerados por hora - horistas (remuneração típica dos operários cuja atuação pode ser quantificada especificamente para cada serviço). Não se aplicaria aos mensalistas (remuneração típica do pessoal que trabalha na administração local e cujo custo é contabilizado globalmente para toda a obra, não podendo ser especificado para cada serviço). É o que se infere do Manual do Sicro, onde consta o seguinte em quadro resumo do “adicional à mão-de-obra”: “regime de contratação: contratação direta dos serviços”; “salário: horário”. [DNIT, Manual de custos rodoviários. 3. ed. - Rio de Janeiro, 2003, vol. 1: Metodologia e conceitos, p. 12 e p. 29-38; disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro-2/manual-de-custos-rodoviarios/manual-de-custos-rodoviarios>>, acesso em 15/2/2018].

8.4. Assim, apenas a composição de referência para o serviço de “**desmonte de maciço rochoso**” (retirada do Sicro pela unidade técnica) deve ser revista nesse ponto. Tal adaptação será lançada em tópico próprio à frente, quando da análise específica do referido serviço.

8.5. A recorrente também não traz aos autos elementos de prova hábeis a corroborar as alegações referentes à suposta diferenciação das condições operacionais dos equipamentos entre a

obra do cais de Vitória (alegadamente interditado durante as obras e com relevo submarino favorável) e a obra do Atalaia, com a demonstração inequívoca do suposto impacto relevante para os custos. Nesse quadro, não há fundamento consistente para desprezar as composições utilizadas pela unidade técnica a partir da obra do cais de Vitória.

9. Quanto ao preço referencial do item contratual “*administração local*”, não merecem acolhida os argumentos recursais.

9.1. A recorrente pleiteia acréscimo de “adicional à mão-de-obra” arrimando-se na metodologia do Sistema Sicro/Dnit.

9.2. Preliminarmente, cumpre repisar não ser pertinente a apresentação de custos de mão-de-obra da “*administração local*” como se fossem “horistas”. Conforme antes mencionado, a mão-de-obra cujo custo se expressa em R\$/hora é aquela que pode ser especificamente dimensionada e apropriada para cada um dos serviços, porque a unidade-base do custo dos serviços é horário (p. e. no serviço de “Esc. Carga transp. mat. 3ª Cat. DMT 1000 a 1200m”, no Sicro, há previsão de 1 encarregado de turma, 1 blaster e 1 servente). Por essa razão a mão-de-obra do item “*administração local*” é comumente expressa como mensalista (R\$/mês), visto ser impraticável dimensionar e associar as tarefas desempenhadas pelos empregados ali alocados a cada um dos serviços previstos na planilha contratual. Assim, seu custo é computado globalmente na unidade ordinária do custo de mão-de-obra praticado no mercado (mês), o que afasta a aplicação do “adicional à mão-de-obra”, conforme metodologia do Sicro antes exposta (prevê apenas para os horistas).

9.3. Ademais, consta expressamente do Manual do Sicro que o custo da administração local “é representado pelo somatório dos salários e encargos dos componentes da respectiva equipe, que inclui pessoal de serviços gerais e de apoio” [grifou-se]. Ou seja, para “*administração local*” há menção apenas aos dois itens básicos dos custos de mão-de-obra (salários e encargos), não àquele terceiro item na estrutura de custos do Sicro (adicional à mão-de-obra) [DNIT, Manual de custos rodoviários. 3. ed. - Rio de Janeiro, 2003, vol. 1: Metodologia e conceitos, p. 12 e p. 29-38; disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro-2/manual-de-custos-rodoviarios/manual-de-custos-rodoviarios>>, acesso em 15/2/2018]. Portanto, não há razão para acolher o argumento recursal quanto ao acréscimo do “adicional à mão-de-obra” na mão-de-obra prevista para a “*administração local*”.

10. Quanto ao preço referencial do serviço “transporte e colocação de peças pré-moldadas”, os argumentos recursais não merecem acolhimento.

10.1. Com respeito aos equipamentos adicionais que a recorrente reclama serem necessários em razão de alegado desdobramento das operações de carga/estocagem/transporte/recarga e que, segundo defende, não teriam sido considerados pela unidade técnica, a peça recursal estaciona no campo das alegações. Encontra-se desacompanhada de elementos probatórios capazes de lhes respaldar. Para justificar tal necessidade de equipamentos extras, basicamente a recorrente faz um relato (alegação) da dinâmica operacional que teria ocorrido na execução do serviço e apoia-se em fotografias (algumas de baixa definição), supostamente capturadas ao tempo da execução do específico serviço, na específica obra em questão. Entretanto, apenas tais relatos e imagens estáticas não permitem extrair convicção de que tais cenas tenham efetivamente sido capturadas nos exatos espaços de tempo e lugar em que os serviços foram, de fato, executados na obra em questão. Ou, ainda que tenham sido capturadas em alguma data em que a obra estava em execução, no exato local, também não permitiriam concluir que tais cenas (retratos de um instante) tenham se repetido como rotina operacional durante todo o período de execução dos serviços referenciados.

10.2. Nesse quadro, não há elementos hábeis a referendar as alegações trazidas pela empresa recorrente quanto ao serviço, de modo a refutar a composição de custos elaborada pela unidade técnica de forma explicitamente fundamentada, com as adaptações pertinentes à realidade da obra, razão porque deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

11. Quanto ao preço referencial do serviço de “fornecimento de camisas metálicas”, não merecem acolhida os argumentos recursais.

11.1. Em tese, o argumento versado na peça recursal afigura-se razoável. De fato, ante o fundamento da livre iniciativa (CF, art. 170) a empresa teria ampla liberdade para contratar com os fornecedores conforme a dinâmica que lhe convenha. A situação alegada equivaleria, por exemplo, a alugar máquinas/equipamentos apenas para aquela obra em lugar de adquiri-los definitivamente para uso também em obras posteriores. O que interessa é a execução final do serviço de forma compatível com o projeto em quantidade e qualidade. O procedimento licitatório levanta presunção relativa de que a Administração Pública obteve a proposta mais vantajosa para aquele produto/serviço. Entretanto, a licitação pressupõe uma cesta de serviços pautada pelo projeto básico dela integrante desde o nascedouro, com ampla publicidade e óbvio conhecimento prévio pelos licitantes. Estes demonstram interesse em concorrer voluntariamente e, não tendo impugnado tempestivamente seus termos, aquiescência tácita (Lei 8.666/1993, art's. 6º, IX, 7º, § 2º, I, 40, IV, V e § 2º e 41, § 2º). Logo, o parâmetro técnico (metodologia executiva) oficial para definir o preço referencial de mercado de um serviço é aquele constante do projeto básico, não a dinâmica que a empresa, após oferecer preço para aqueles serviços conforme definidos no referido projeto e vencer o certame público, decide empreender em razão dos tratos negociais privados que lhe convenham. Tal lógica permeia o precedente formado por meio do Acórdão 910/2017-TCU-Plenário (Boletim de Jurisprudência/TCU 172/2017):

O contratado pode executar o serviço com metodologia distinta da prevista no Sicro, valendo-se de equipamentos ou arranjos produtivos que lhes são mais convenientes, contudo não pode transferir para a Administração os custos da utilização de metodologia mais onerosa do que aquela prevista no Sicro. (Acórdão 910/2017-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

11.2. Portanto, quanto ao ponto, não merece reparo a metodologia adotada pela unidade técnica: calcular um preço referencial com base no serviço conforme prescrito no projeto básico e compará-lo com o preço constante do contrato para aquele mesmo serviço.

11.3. Com respeito aos equipamentos adicionais reclamados pela recorrente, supostamente necessários e não considerados pela unidade técnica, valem as mesmas considerações anotadas no item anterior desta instrução. O recurso não veio acompanhado de provas idôneas para demonstrar as alegações recursais, que, em suma, apoiam-se essencialmente aos relatos da suposta dinâmica de execução dos serviços e fotografias (algumas de baixa definição) alegadamente capturadas ao tempo da execução do específico serviço, na específica obra em questão. Novamente, apenas os relatos da empresa interessada e imagens estáticas não permitem formar convicção de que tais cenas tenham efetivamente sido capturadas nos exatos espaços de tempo e lugar em que os serviços foram, de fato, executados na obra em questão. Referidas imagens também não permitiriam concluir que tais cenas (retratos de um instante) tenham se repetido como rotina operacional durante todo o período de execução dos serviços referenciados.

11.4. Finalmente, a unidade técnica já havia considerado a execução da nominada “faca” nas duas extremidades da camisa (50 cm em cada uma) a título de reforço, além de mencionar, fundamentadamente, que há outros meios tecnicamente viáveis para proteger a cabeça da estaca durante a cravação (“capacete com coxim, controle da altura de queda do martelo, utilização de martelos vibratórios, entre outras”) [peça 138].

11.5. Nesse contexto, ante a fragilidade probatória referente aos fatos apenas alegados pela empresa, não há substância técnica para refutar a composição de custos elaborada pela unidade técnica de forma explicitamente fundamentada, com as adaptações pertinentes à realidade da obra, razão porque deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

12. Quanto ao preço referencial do serviço de “perfuração em rocha sã e limpeza do fuste”, não assiste razão à recorrente.

12.1. Não merecem prosperar os argumentos referentes a supostas diferenças de quantidade e/ou qualidade de elementos variados que compõem os custos do serviço entre os projetos básico e/ou executivo e aqueles alegadamente encontrados na realidade operacional da obra. Isto porque, no caso de discrepâncias da espécie, caberia à contratada simplesmente formalizar junto à Administração

pleito de alteração contratual, nos moldes previstos na legislação (Lei 8.666/1993, art. 65, II, “b”). De fato, o Contrato foi aditado diversas vezes (peça 136), porém, não está demonstrado nos autos que o específico serviço tenha sido objeto de aditivo. Ainda que assim fosse, a unidade técnica especializada, em sua última manifestação (peça 138), tratou das alterações ora ventiladas e igualmente alegadas pela Codesa e abordou especificamente os boletins de perfuração, mencionando as “grandes discrepâncias” verificadas entre os tempos produtivos e improdutivos, pelo que estes foram descartados.

12.2. Em geral, a recorrente não junta documentos técnicos hábeis a corroborar as dificuldades técnicas excepcionais que alega, no que se refere à composição das camadas do sub-solo (p. e. laudos técnicos, diários de obras etc) ou mesmo em relação aos aludidos desgastes e travamentos extraordinários dos equipamentos (p. e. laudos de manutenção mecânica, documentos fiscais de serviços e/ou aquisição de peças etc). Fia-se em meras fotografias (algumas de baixa definição que sequer permitem identificar claramente o local da execução), croquis, planilhas e descrição textual elaborados por ela própria (seus empregados), pessoa jurídica diretamente interessada na adoção das premissas que expõe. Nesse contexto, ante a baixa convicção irradiada dos elementos trazidos pela recorrente quanto às alegações que levanta, não há substância técnica para refutar a composição de custos elaborada pela unidade técnica de forma explicitamente fundamentada, com as adaptações pertinentes à realidade da obra, razão porque deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

13. Quanto ao preço referencial do serviço de “**armação CA-50**”, não merecem acolhida os argumentos recursais.

13.1. Conforme anotado em tópico anterior desta instrução (item 8.2), os custos referentes a “adicional à mão-de-obra” estão previstos e devem ser acrescidos apenas na metodologia do Sicro, porque nesse sistema explicitamente não estão computados já nos custos dos insumos divulgados. Como a composição de preço unitário de referência utilizado pela unidade técnica especializada não foi retirada do Sicro, não há razão para considerar tal custo adicional. Especialmente neste serviço porque a composição de referência foi extraída do Sinapi (peças 31, 52 e 82), sistema de custos cuja metodologia já contempla os custos adicionais à mão-de-obra sob a rubrica “encargos complementares”. Nesse quadro, deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

14. Quanto ao preço referencial do serviço de “**formas para estruturas ‘in loco’**”, igualmente e pelas mesmas razões aduzidas quanto ao serviço anterior, não merecem acolhida os argumentos recursais.

14.1. Pelas mesmas razões expendidas em tópico anterior desta instrução (item 8.2), não cabe incluir o adicional ao serviço “formas para estruturas ‘in loco’”, porque a composição de referência foi extraída não do Sicro, mas do Sinapi (peças 31, 52 e 82), sistema de custos cuja metodologia já contempla os custos adicionais à mão-de-obra sob a rubrica “encargos complementares”. Nesse quadro, deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida para o serviço em tela.

15. Por outra frente, com respeito ao preço referencial do serviço de “**formas para peças pre-moldadas**”, o argumento recursal merece acolhida. Não se encontra nas manifestações da unidade técnica que conduziu a atividade fiscalizatória e análises posteriores indicação da composição (ou sua origem) utilizada para calcular o preço de referência para o serviço em questão (peças 31, 52, 53, 57, 82, 84, 135 e 138). Assim, não há como extrair das referidas manifestações, especialmente aquelas que precederam a abertura ao contraditório da empresa, se a composição foi ou não adaptada a partir do Sicro. No particular, a fiscalização não se desincumbiu do ônus de explicitar o critério para aferição de suposta irregularidade que, nessa medida, delimitou o contraditório e veio a compor a soma condenatória (CF, art. 5º, LIV). Portanto, de forma conservadora e a fim de não inviabilizar a ampla defesa da recorrente quanto ao ponto, entende-se pertinente aceitar o preço com inclusão do adicional de mão-de-obra, conforme pleiteado no recurso. Assim, adota-se como preço de referência o

defendido pela recorrente – R\$ 98,49/m² (em lugar dos R\$ 90,49/m² adotados por meio da decisão recorrida).

16. Quanto ao preço referencial do serviço de “concreto FCK = 40MPa – para estruturas ‘in loco’”, não assiste razão à recorrente.

16.1. Também quanto a este serviço revela-se impertinente o acréscimo do “adicional à mão-de-obra” pleiteado. Bastaria para tanto saber que a composição utilizada como referência pela unidade técnica não foi buscada no Sicro. Mas, em reforço a tal conclusão, está claro nos autos que a composição de referência originou-se no Sinapi (peças 31 e 52), sistema que expressamente já contempla os custos reclamados pela recorrente, conforme antes detalhado (item 8.2 desta instrução). Nesse contexto, deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida para o serviço em questão.

17. Quanto ao preço referencial do serviço de “concreto FCK = 40MPa – submerso”, não merecem acolhida os argumentos recursais.

17.1. Com respeito a índices de produtividade e tipos de equipamentos adicionais que a recorrente reclama serem necessários e que, segundo defende, não teriam sido adequadamente dimensionados pela unidade técnica, a peça recursal uma vez mais estanca no terreno das alegações. Encontram-se desacompanhadas de elementos probatórios hábeis a lhes conferir substância processual. Para justificar tal necessidade de equipamentos diferentes (tipo de bomba) e/ou índices de produtividade (do guindaste), a peça recursal limita-se a descrever (alegação) a dinâmica operacional que teria se desenvolvido durante a execução do serviço e apoia-se em fotografias (algumas de baixa definição), supostamente capturadas ao tempo da execução do específico serviço, na específica obra em questão. Entretanto, como já repisado em tópicos anteriores, apenas tais relatos e imagens estáticas não permitem extrair convicção de que tais cenas tenham efetivamente sido capturadas nos exatos espaços de tempo e lugar em que os serviços foram, de fato, executados na obra em questão. Ou, ainda que tenham sido capturadas em alguma data em que a obra estava em execução, no exato local, também não permitiriam concluir que tais cenas (retratos de um instante) tenham se repetido como rotina operacional durante todo o período de execução dos serviços referenciados. Igualmente, nenhum documento tecnicamente idôneo para respaldar as alegações que lança em termos de produtividade e adequação de tal ou qual equipamento acompanha a peça recursal.

17.2. Também o pleito de acrescer o custo do “adicional à mão-de-obra” é impertinente para este serviço, pois a composição de preço utilizada pela unidade técnica para calcular o preço de referência não foi extraída do Sicro (peças 31, 52 e 82). Conforme antes exposto, os custos referentes a “adicional à mão-de-obra” estão previstos e devem ser acrescidos apenas na metodologia do Sicro, porque nesse sistema explicitamente não estão computados já nos custos dos insumos divulgados (item 8.2 desta instrução).

17.3. Nesse quadro, não há provas substantivas para referendar as alegações trazidas pela recorrente quanto ao serviço, de modo a refutar a composição de custos elaborada pela unidade técnica de forma explicitamente fundamentada, com as adaptações pertinentes à realidade da obra, razão porque deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

18. Quanto ao preço referencial do serviço de “apoio marítimo com utilização de equipe de mergulho”, os argumentos recursais não merecem acolhida.

18.1. A inadequação do preço unitário contratado fica evidenciado na própria defesa apresentada pela empresa na fase de oitiva, quando reconheceu a necessidade de apenas uma equipe de apoio de mergulho, embora tenha constado de sua proposta vencedora duas equipes (peça 116, p. 20). Desde então, busca justificar que aquele preço estipulado inicialmente para duas equipes, seria necessário para remunerá-la apenas por uma. Em outras palavras, pretende justificar que o preço unitário por ela livremente dimensionado por ocasião da formulação de sua proposta como sendo suficiente/adequado repentinamente precisaria ser dobrado.

18.2. Entretanto, a impugnação recursal vem desacompanhada de provas, novamente estacionando na seara meramente argumentativa.

18.3. Quanto aos equipamentos e pessoal alegadamente necessários e supostamente não considerados pela unidade técnica (gerador de energia, câmara hiperbárica, compressor de ar e sistema de ar condicionado, lancha de transporte e respectiva equipe/tripulação etc), além de descrevê-los defendendo sua hipotética utilidade (alegação) apresenta apenas fotos de equipamentos isolados e cenas de pessoas ao mar. Tais imagens, simplesmente, não permitem concluir tenham sido os ditos equipamentos e mão-de-obra efetivamente utilizados na obra em questão ou, ainda que o tenham sido em algum momento, não seriam hábeis a demonstrar sua utilização durante todo o período em que o serviço foi executado, porque limitam-se a cenas capturadas de um dado instante.

18.4. Quanto aos equipamentos de segurança alegadamente necessários, é de se presumir que as empresas atuantes no mercado, expostas à fiscalização do aparelho estatal competente, observem as normas de segurança exigíveis para a atividade econômica explorada e, ao oferecerem cotação para o serviço, considerem todos os custos inerentes ao exercício da atividade em respeito a tais normas. Inexistindo demonstração em contrário, não há como inverter a lógica e presumir que as empresas consultadas na amostra considerada pela unidade técnica especializada tenham cotado os preços ignorando os custos de equipamentos de segurança supostamente exigíveis.

18.5. Também não merece prosperar o questionamento quanto ao tratamento estatístico empreendido pela unidade técnica (exclusão da proposta discrepante da amostra – valor mais alto). A equipe excluiu apenas a proposta de valor mais elevado pela simples razão de ter sido a única com discrepância flagrante (cerca de 37% em relação à média geral das quatro cotações, percentual de afastamento da média muito superior àquele relativo à cotação de menor valor). Ademais, considerando os preços praticados em obras similares, suficientemente demonstrados pela unidade técnica, sempre menores ao adotado como referência nestes autos, a metodologia aqui utilizada revela-se conservadora e benéfica à recorrente. Especialmente num cenário em que não foi demonstrada (apenas alegada) excepcionalidade capaz de justificar tamanha diferença de preço – é presumível que visibilidade ruim e existência de correnteza sejam fatores corriqueiros para esse serviço em qualquer região portuária, não sendo razoável tomá-las como circunstâncias extraordinárias apenas no local da obra em tela.

18.6. Por fim, também revela-se impertinente a alegação da recorrente no sentido de que não teria tido acesso às cotações utilizadas pela unidade técnica. Na instrução que precedeu a oitiva da Codesa e da ora recorrente (peça 84) consta expressamente que foram utilizadas as cotações levantadas pela Codesa (peça 51). Todas as informações atinentes à obtenção de vista/cópia, inclusive por meio eletrônico, encontram-se anexas ao ofício que formalizou a oitiva da empresa recorrente (peça 89). Portanto, não há como considerar tal argumento, haja vista que, como parte no processo, a recorrente teve acesso ao inteiro teor dos autos (RI/TCU, arts. 163-167), sendo-lhe franqueadas vista e cópia em diversas ocasiões (p. ex. em momento processual subsequente à notificação da oitiva – peças 99, 105, 106 e 107).

18.7. Nesse quadro, não há provas substantivas para referendar as alegações trazidas pela recorrente quanto ao serviço, de modo a refutar a metodologia adotada pela unidade técnica para cálculo do preço de referência, de forma explicitamente fundamentada e com as adaptações pertinentes à realidade da obra, razão porque deve ser mantido o preço de referência adotado por ocasião da decisão recorrida.

19. Quanto ao preço referencial do serviço de “desmonte de maciço rochoso”, os argumentos recursais merecem acolhida, em parte.

19.1. Registre-se, preliminarmente, informações técnicas constantes do manual do Sicro (disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro-2/manual-de-custos-rodoviarioros>>, acesso em 15/2/2018). Segundo a metodologia ali descrita, o preço de um serviço é dado pelas seguintes parcelas: a) equipamentos; b) mão-de-obra; c) materiais; d) BDI. Equipamentos e mão-de-obra envolvem custos proporcionais ao tempo de utilização dos insumos e, por isso, são

calculados inicialmente de acordo com a produção de uma equipe em um dado intervalo de tempo (p. ex. 1 hora). Somados, compõem o custo horário de execução (R\$/h). Este valor, dividido pela quantidade de unidades de serviço produzida naquele mesmo intervalo de tempo pela equipe (p. ex. m³ de escavação/h) resulta no custo unitário de execução (p. ex. R\$/m³ de escavação).

19.2. Ainda segundo a metodologia do Sicro, não é considerada a influência do tráfego na produção das equipes para os serviços de construção (implantação de obra nova). Nos serviços de restauração, por se darem em local onde, hipoteticamente, haveria obra anteriormente construída e em operação, tal influência (do tráfego) é presumida, de modo que as produções das equipes sofrem redução naqueles serviços que envolvem transporte local. Em outras palavras, presume-se menor produção (unidades de serviço) com uma mesma equipe em um mesmo intervalo de tempo (1 hora). Assim, o custo unitário de execução de um serviço (R\$/unidade de serviço) tende a ser mais elevado em uma obra de restauração do que em uma construção de obra nova, justamente porque, hipoteticamente, a mesma equipe produziria menos quantidade naquele mesmo intervalo de tempo.

19.3. Portanto, a eventual influência de tráfego no local de execução dos serviços afeta exclusivamente o custo unitário de execução (equipamentos + mão-de-obra), não refletindo nenhum acréscimo nos custos dos materiais, cujas quantidades/preços serão os mesmos, seja na construção, seja na restauração. Assim, a rigor, a substituição da composição de construção por uma de restauração implicaria aumento no custo unitário de execução.

19.4. Tornando ao caso concreto, de fato, a unidade técnica utilizou composição de preço unitário colhida do Sicro para obras de construção ao calcular o preço referencial para este serviço (cód. 2 S 01 102 07, peças 31, 52 e 135, p. 8). Sobre ela promoveu adaptações à realidade da obra, na linha da pacífica jurisprudência do TCU (p. e. Acórdão 2668/2013-Plenário, Rel. Min. VALMIR CAMPELO). Assim, considerou dados do projeto básico, tais como área para limpeza de camada vegetal, quantidade de perfuratrizes (3), quantidade de furos por metro cúbico de rocha e consumo de argamassa expansiva. Ocorre que, em razão de tais adaptações para aproximar o quanto possível a composição-base do Sicro/construção às peculiaridades da obra, a produtividade da equipe na composição de referência (1,27 m³/h) resultou cerca de 24 vezes menor do que a prevista na composição do Sicro/restauração (31,0 m³/h) e, conseqüentemente, o custo unitário de execução (equipamentos + mão-de-obra) resultou muitas vezes maior para as mesmas localidade e data-base (Espírito Santo, jan/2013), conforme se detalha adiante:

➤ Desmonte de maciço rochoso (nome do serviço equivalente no Sicro: “Esc. carga e transp. mat. 3ª cat. DMT 1000 a 1200m”).

• **Composição Sicro/construção adaptada pela unidade técnica (peça 135, p.8):**

Produção da equipe	1,27 m ³ /h
Custo unitário dos equipamentos (a)	194,92 R\$/m ³
Custo unitário da mão-de-obra (b)	29,65 R\$/m ³
Custo unitário de execução (a+b)	224,57 R\$/m ³

• **Composição Sicro/restauração invocada pela recorrente (peça 198):**

Produção da equipe	31,0 m ³ /h
Custo unitário dos equipamentos (a)	(R\$ 519,36 / 31,0 =) R\$ 16,75/m ³
Custo unitário da mão-de-obra (b)	(R\$ 53,98 + R\$ 8,37 = 62,35 / 31,0 =) R\$ 2,01/m ³
Custo unitário de execução (a+b)	18,77 R\$/m ³

19.5. Portanto, mesmo partindo da composição-base do Sicro/construção, a adaptação empreendida pela unidade técnica revela-se conservadora e mais benéfica à recorrente do que a composição do Sicro/restauração por ela invocada na impugnação recursal. Desse modo, em respeito à principiologia processual elementar que veda reforma para piorar a situação da recorrente (non reformatio in pejus), não cabe rever a composição de referência quanto a este aspecto (Sicro/construção x Sicro/restauração).

19.6. Por outro lado, não se vê na composição referencial colhida do Sicro e adaptada pela unidade técnica o acréscimo de 15,51% referentes ao adicional de mão de obra, conforme previsto na metodologia daquele sistema de custos e cuja pertinência foi tratada em tópico anterior desta instrução (itens 8.2 a 8.4). O preço unitário referencial calculado pela unidade técnica resultou da soma das seguintes parcelas (peça 135, p. 8):

▪ Equipamentos [a]	194,92 R\$/m ³
▪ Mão-de-obra [b]	29,65 R\$/m ³
▪ Material [c]	42,23 R\$/m ³
▪ Outros/não especificado – atividades auxiliares (d)	0,42 R\$/m ³
Custo unitário direto total [e = a+b+c+d]	267,22 R\$/m ³
▪ BDI (27,48%) [f]	73,43 R\$/m ³
Preço unitário total [g = e + f]	340,65 R\$/m³

19.7. Nesse passo, mostra-se pertinente este ajuste no cálculo do preço de referência, de modo a somar o adicional à mão-de-obra previsto na metodologia de custos do Sicro, do que resulta:

▪ Equipamentos [a]	194,92 R\$/m ³
▪ Mão-de-obra - TOTAL [b]	34,25 R\$/m ³
Mão-de-obra [b.1]	29,65 R\$/m ³
*Adicional à Mão-de-obra 15,51% [b.2]	4,60 R\$/m ³
▪ Material [c]	42,23 R\$/m ³
▪ Outros/não especificado – atividades auxiliares (d)	0,42 R\$/m ³
Custo unitário direto total [e = a+b+c+d]	271,82 R\$/m ³
▪ BDI (27,48%) [f]	74,70 R\$/m ³
Preço unitário total [g = e + f]	346,52 R\$/m³

19.8. Logo, ante o acolhimento parcial das razões recursais, toma-se o valor de R\$ 346,52/m³ como preço unitário de referência ajustado para o serviço “desmonte de maciço rochoso”, em substituição àquele adotado por meio da decisão recorrida (R\$ 340,65/m³).

20. De tudo exposto neste tópico, especialmente frente ao acatamento de alguns dos argumentos veiculados na peça recursal da empresa Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47), há razão tecnicamente aceitável para rever o cálculo do sobrepreço fixado por meio da decisão recorrida, cujo valor resulta agora em R\$ 5.256.468,38, conforme detalhado em planilha comparativa anexa a esta instrução (peça 199).

Dos pressupostos para aplicação de multa ao ex-gestor e sua dosimetria

21. O Recorrente Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72) lança impugnação recursal nos termos adiante resumidos.

21.1. Quanto à elaboração do orçamento estimativo da obra e os parâmetros firmados pela LDO, aduz o seguinte:

i) embora ocupasse a função de Coordenador de Engenharia da Codesa, sustenta que não teria elaborado pessoalmente o orçamento da obra; como se tratasse de obra complexa, teria sido contratada empresa especializada para o desenvolvimento do projeto básico (menciona documento anexo); assim, “a empresa Transmar Consultoria e Engenharia Ltda, além de outras atribuições, ficou responsável por elaborar o orçamento”, de forma que “o ora Recorrente, não tinha como modificar os preços, os quais constaram do projeto de engenharia, com as justificativas cabíveis e todo o detalhamento esperado”; acresce que, “segundo manifestou a empresa TRANSMAR, o preço orçado estava compatível com o mercado, o que conferiu ao Recorrente conforto para prosseguimento da licitação nessas bases, notadamente a se considerar a expertise da contratada”; tal situação demonstraria não ter havido intenção do recorrente em “burlar a legislação”;

ii) defende não ser possível responsabilizá-lo por supostamente violar o princípio da motivação “se nem mesmo elaborou o orçamento e se este foi devidamente detalhado pela empresa projetista”.

21.2. Com respeito à gradação da penalidade de multa a ele imposta, levanta a seguinte argumentação:



- i) sustenta não ter havido infração à norma legal;
- ii) defende que, na hipótese de ser mantida a sanção, sejam observadas circunstâncias como características pessoais, antecedentes, primariedade, culpabilidade; não teria agido contra o interesse público;
- iii) alega que sua remuneração (por volta de R\$ 15 mil mensais) seria praticamente consumida pelo valor da multa, o que, segundo defende, demonstraria a impossibilidade de pagá-la sem prejuízo de seu sustento e de sua família;
- iv) invoca doutrina especializada acerca do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) [AVILA]; cita doutrina no sentido de que “são inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade” (JUSTEN FILHO); e outra aludindo que “embora não esteja explícito, parece claro que somente poderão ser aplicadas as sanções previstas na lei e de modo proporcional a gravidade do fato” (MEDAUAR);
- v) referencia doutrina acerca do princípio da razoabilidade como sendo “aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”, sendo que “o que é razoável para uns pode não ser para outros”, mas, ainda assim, “é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade” (CARVALHO FILHO).

Análise

22. Não assiste razão ao recorrente.

22.1. Preliminarmente, cabe discorrer sobre eventual prescrição da pretensão punitiva por parte do TCU no caso concreto.

22.2. Sobre a matéria, existem diversos posicionamentos de órgãos do Poder Judiciário aludindo ao lapso quinquenal constante em normas vocacionadas ao direito público (p. ex. STF: MS 32.201, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 29.3.2017; STJ: REsp 1.057.754-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14/4/2010; RESP 894539, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27/8/2009; REsp 1.480.350-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 12/4/2016; TRF-5ª Região: AC 200980000021504. Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, DJe 16/5/2016; TRF-2ª Região: AG 201002010063676. Rel. Des. Fed. Reis Friede, DJe 19/11/2011; e TRF-1ª Região: AC 2003.40.00.001284-2. Rel. Juiz. Tourinho Neto, DJe 7/5/2010, dentre outros).

22.3. Ao prolatar o Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário (Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES), apreciando incidente de uniformização de jurisprudência, (RI/TCU, art. 91), o TCU dirimiu divergência jurisprudencial até então existente no âmbito deste Tribunal quanto à prescrição da pretensão punitiva nos processos de sua competência administrativa. Na ocasião, fixaram-se os seguintes entendimentos, que permanecem orientando julgados da Corte (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU):

A pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), dez anos. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 da Lei 10.406/2002 (Código Civil). (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

O ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição da pretensão punitiva do TCU, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). A prescrição recomeça a contar da data do ato que motivou a interrupção, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU será suspensa toda vez que a parte apresentar elementos adicionais de defesa ou quando forem necessárias diligências em razão de algum fato novo trazido pela parte, não suficientemente documentado nas manifestações processuais. A paralisação da contagem do prazo prescricional ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça



contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta à diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno do TCU. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

22.4. Portanto, a matéria atinente à prescrição da pretensão punitiva por parte do TCU encontra-se assentada nesses termos no âmbito desta Corte de Contas (RI/TCU, art. 91).

22.5. Considerando que o ato de aprovação do orçamento estimativo (integrante do projeto básico) insere-se na fase interna do certame licitatório, adota-se como marco inicial geral da contagem a data em que publicado o respectivo Edital 1/2012, 17/12/2012, quando a estrutura estatal de controle dos atos administrativos já poderia, em tese, conhecer as irregularidades e, assim, estaria apta a iniciar ação tendente a sancionar os responsáveis (peça 23 c/c peça 31, p. 33). Em 27/8/2013, passados cerca de oito meses e nove dias, a prescrição foi interrompida em razão de notificação emitida pela unidade técnica do TCU (SecobHidroferrovia) que, com suporte em delegação de competência do Ministro-Relator a quo, formalizou a audiência do ora recorrente (peça 60 – data da juntada aos autos). Desde a mencionada interrupção até a prolação da decisão sancionatória (Sessão de 29/3/2017), passaram-se mais três anos, sete meses e dois dias. Desse modo, a prescrição da pretensão punitiva não se consumou no caso presente, conforme os critérios do referido Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

22.6. Quanto ao mérito, a peça recursal centra argumento na circunstância de o projeto básico não ter sido elaborado pelo recorrente, pessoalmente, mas por empresa contratada pela Codesa. Conforme se demonstra adiante, tal alegação não é hábil a afastar a responsabilidade do agente público.

22.7. A multa foi-lhe aplicada com fundamento no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, que prevê sanção àquele que cometa “grave infração à norma legal ou regulamentar”. No caso presente, tal infração concretizou-se por desobediência às balizas estabelecidas na LDO então vigente (Lei 12.465/2012) quanto à orçamentação de obras públicas, notadamente por “não ter apresentado, nos autos do processo licitatório, as justificativas para adoção de composições unitárias de preços diferentes das previstas nos sistemas referenciais de preços, ou, no caso de serviços não previstos nos sistemas referenciais, as justificativas para a adoção dos parâmetros utilizados (coeficientes de consumo/produzividade e preços dos insumos)” (peça 60). Tal ausência de justificativas nos autos do procedimento licitatório é incontroversa neste processo; primeiro, porque documentalmente verificada por ocasião da auditoria; segundo, porque nas manifestações de defesa do responsável há contradição apenas quanto às consequências jurídicas dela derivadas. A tese sustentada pelo recorrente no curso do processo é que tais justificativas seriam desnecessárias, a par da clareza dos dispositivos normativos da LDO. A lei orçamentária em questão não vedou a adoção de preços parametrizados por referências diversas do Sicro e/ou do Sinapi. Apenas exigiu, no caso de tal alternativa técnica se impor, fossem devidamente justificadas formalmente (por escrito, juntando-se aos autos administrativos correspondentes). O fim pretendido pela norma é sempre permitir franca aferição da legitimidade da opção extraordinária adotada pelas instâncias competentes, inclusive por aquelas que devam se manifestar posteriormente no âmbito da própria Administração contratante.

22.8. A impugnação recursal do Sr. Fernando Elias não traz elementos suficientes para elidir a sanção. A licitação em apreço foi lançada como RDC, mas não se pautou pelo regime da contratação integrada. Nesse quadro, a Administração contratante, por meio da autoridade competente, permanece com as responsabilidades sobre o projeto básico, ainda que terceirize sua elaboração por meio de contrato específico (Lei 12.462/2011, art. 8º, § 5º c/c art. 9º). Ao aprovar o produto apresentado pela empresa terceirizada, a Administração e, por consequência, a autoridade administrativa que atuou diretamente no seu recebimento/aprovação, assume as consequências legais derivadas de eventual falha do produto (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, I). Caberia ao agente público, hipoteticamente e caso entenda injustamente violado seu patrimônio jurídico em razão de eventual conduta culposa de terceiros (empresa que elaborou o orçamento), buscar ressarcir-se pelas vias ordinariamente postas à disposição de qualquer cidadão (Código Civil, art. 186 c/c art. 927). Mas tal



medida encontra-se absolutamente desvinculada da competência do TCU porque afeta exclusivamente à autonomia privada do interessado.

22.9. O agente público responde perante o TCU quando o ato questionado deriva de sua atuação funcional, como no caso presente (Lei 8.443/1992, art. 1º, IX, c/c art. 41). Na função de Coordenador de Engenharia, o recorrente possuía atribuição regimental expressa para intervir diretamente na fase de orçamentação das obras, de modo que não se poderia cogitar de limitação institucional e menos ainda presumir incapacidade técnica do ocupante de posto tão relevante na estrutura administrativa dedicada justamente às demandas eminentemente técnicas (Regimento Interno da Codesa vigente à época dos fatos, item 2.9.3, alíneas “b” e “c” – peça 30). O TCU decidiu nesse sentido em diversas oportunidades (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU):

A aprovação de projeto básico que não atenda ao disposto no art. 6º, inciso IX, e no art. 12 da Lei 8.666/1993 pode ensejar a responsabilização do projetista e dos pareceristas que endossaram o projeto. (Acórdão 917/2017-Plenário, Relator Min. BENJAMIN ZYMLER).

Na hipótese de o projeto básico ser contratado por órgão distinto daquele responsável pela licitação do seu objeto, o recebimento do projeto por parte do primeiro não dispensa a aprovação do mesmo projeto por parte do segundo órgão, uma vez que os institutos do recebimento (art. 73 da Lei 8.666/1993) e da aprovação do projeto (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confundem. (Acórdão 3213/2014-Plenário, Relator Min. BRUNO DANTAS).

Aplica-se multa ao responsável pela aprovação de projeto básico deficiente. (Acórdão 510/2012-Plenário, Relator Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO).

Aplica-se multa, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8443/1992, a engenheiros responsáveis por deficiência em projeto básico de obras públicas. (Acórdão 3279/2011-Plenário, Relator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

22.10. Ainda que se concluisse pela inexistência de sobrepreço, o que se cogita só para argumentar, seria passível de reprimenda a conduta questionada no caso presente – aprovar o projeto básico cujo orçamento não seguiu os preceitos da LDO, sem formalizar as devidas justificativas. É que a norma veiculada na LDO visa, precipuamente, resguardar a Administração dos riscos de contratar por preços superiores sem fundamentada justificativa técnica expressa nos autos da seleção. Tais riscos são fundados, pois, além de referencial para o próprio Poder Público na fase de julgamento do certame, é consabido que muitos licitantes pautam suas propostas tomando por referência as composições de preços estimadas pela Administração. Assim, tanto menos confiável tecnicamente seja o orçamento estimativo da Administração, maiores as possibilidades de as propostas apresentarem preços destoantes da realidade do mercado e mesmo de a própria Administração mal avaliar os preços ofertados.

22.11. Igualmente, a alegação de hipotética penúria financeira do agente público sancionado não possui relevância em casos como o presente, neste âmbito administrativo. Tal circunstância, caso inequivocamente demonstrada, poderia implicar apenas no deferimento de parcelamento da dívida (Lei 8.443/1992, art. 26 c/c RI/TCU, art. 217). O TCU possui numerosos precedentes a respeito, dentre os quais colhem-se os seguintes (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU):

A dosimetria do valor da multa é pautada pelo nível de gravidade dos ilícitos, pela materialidade destes e pelo grau de culpabilidade do agente, não guardando relação com a capacidade financeira do responsável. (Acórdão 939/2017-Plenário, Relator Min. BRUNO DANTAS).

A alegação de hipossuficiência financeira não impede a imputação de débito ou aplicação de multa a responsável, sendo, contudo, possível o parcelamento das dívidas em razão de situação econômica desfavorável do devedor. (Acórdão 670/2017-Segunda Câmara, Relatora Min. ANA ARRAES).

A capacidade econômica do responsável não constitui critério para a gradação da multa aplicada pelo TCU, mas sim o grau de culpabilidade e as circunstâncias fáticas do caso concreto. (Acórdão 2053/2016-Plenário, Relator Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO).

A capacidade econômica dos responsáveis não constitui critério para a gradação das multas aplicadas pelo TCU, mas sim o grau de culpabilidade dos responsáveis e as circunstâncias fáticas do caso concreto (art. 268 do Regimento Interno). Logo, não cabe remissão ou diminuição proporcional do valor da sanção em



virtude de suposta condição de pobreza dos apenados. (Acórdão 2385/2014-Plenário, Relator Min. BENJAMIN ZYMLER).

22.12. Com fundamento no RI/TCU, art. 258, § 1º, foi editada a Portaria-TCU 46/2017, fixando em R\$ 58.269,07, para o exercício de 2017, o valor máximo da multa a que se refere o art. 58, da Lei 8.443/1992. Por sua vez, o RI/TCU, art. 258, inciso II, prevê uma gradação de 5% a 100% deste montante para a referida sanção. O valor dosado para a multa aplicada no caso presente (R\$ 10 mil) corresponde a cerca de 17% do valor máximo, devidamente situado dentro da moldura normativa. Portanto, presentes os pressupostos legais para a sanção e estando o valor de acordo com as balizas objetivamente fixadas pelas normas de regência, em patamar que não se revela desproporcional, não emerge razão para afastá-la ou minorá-la.

CONCLUSÃO

23. Das análises anteriores, ante os elementos constantes destes autos, o contexto normativo e as diretrizes jurisprudenciais aplicáveis, conclui-se:

- a) não haver razão para reconhecer violação ao devido processo legal;
- b) haver razão para diminuir o valor do sobrepreço objeto da repactuação determinada por meio da decisão recorrida (de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38) [item 9.4.1 do Acórdão 606/2017-TCU-Plenário]; e
- c) não haver razão para afastar a sanção pecuniária aplicada ao gestor-recorrente ou diminuir-lhe o valor [item 9.2 do Acórdão 606/2017-TCU-Plenário].

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

24. Da Ata da 1689ª Reunião da Diretoria Executiva da Codesa, realizada em 11/8/2017 (posteriormente à interposição dos recursos ora analisados), constam as seguintes deliberações (peça 196, p. 10-17):

[...] a) PROCESSO 2306/2017 – COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DA OBRA DO ATALAIA – ESTACON INFRAESTRUTURA – RESCISÃO AMIGÁVEL: Trata-se de solicitação levada a efeito pela Comissão de Fiscalização da Obra do Atalaia (CFO) para análise, apreciação e encaminhamento do pleito apresentado pela empresa Estacon Infraestrutura S.A. visando a rescisão bilateral e amigável do Contrato 56/2013, com base no art. 79, da Lei 8.666/1993. [...] DECISÃO: A [Diretoria Executiva] conheceu do inteiro teor da nota técnica complementar elaborada pela CFO que, de forma precisa, relata toda a situação ocorrida no processo em tela, na sequência decidiu: I – promover a rescisão unilateral do Contrato 56/2013, firmado entre a Codesa e a empresa Estacon Infraestrutura S.A., com base nas manifestações da área técnica e no parecer jurídico exarado; II – seja expedida correspondência à empresa Estacon cientificando-a da rescisão unilateral ora aprovada; III – após transcorrido o prazo de cinco dias em não havendo manifestação (recurso) por parte da Contratada, seja promovido o sequenciamento do procedimento RDC 1/2012 para convocação das outras empresas classificadas; IV – instaurar processo administrativo em desfavor da empresa Estacon, visando a aplicação das penalidades cabíveis; por fim, a DIREXE ainda determinou a expedição de correspondência ao TCU cientificando-o da rescisão unilateral praticada pela Codesa, com ressalvas da não geração de efeitos dos questionamentos que ainda estão no aguardo de apreciação. [...] (Disponível em: <http://www.codesa.gov.br/scriptcase/file/doc/codesa_arquivos/20171002124826832%20-%20Ata%20da%201689%C2%AA.pdf>; acesso em 7/2/2018). [Grifou-se].

24.1. Na página da Codesa na internet consta também notícia datada de 29/8/2017 mencionando passivos trabalhistas pelos quais a companhia estatal estaria respondendo solidariamente com a empresa Estacon no âmbito judicial (disponível em: <<http://www.codesa.gov.br/site/?p=noticias&noticia=2643>>; acesso em 7/2/2018) [peça 197].

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Ante o exposto, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443/92 c/c o art. 286, do RI/TCU, submetem-se os autos à apreciação superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) conhecer do recurso interposto por Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47) e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para reduzir o montante do sobrepreço objeto da determinação veiculada no item 9.4.1 da decisão recorrida (de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38) [itens 6 a 20 desta instrução];



b) conhecer do recurso interposto por Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72) e, no mérito, negar-lhe provimento (itens 21 e 22 desta instrução);

c) dar conhecimento da deliberação que vier a ser proferida aos recorrentes, à Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) e aos demais órgãos/entidades interessados.”

VOTO

Trata-se de pedidos de reexame interpostos pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A. e por Fernando Elias Siqueira Rangel, contra o Acórdão 606/2017-Plenário, no âmbito da auditoria realizada na Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), para fiscalizar o edital do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) Eletrônico 1/2012-Codesa, para a contratação das obras de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES.

Transcrevo a deliberação recorrida, a seguir (peça 144):

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel;

9.2. aplicar ao Sr. Fernando Elias Siqueira Rangel a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 10.0000,00 (dez mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, ‘a’, do RI/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

9.4. determinar à Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) que:

9.4.1. adote, no prazo de 15 (quinze) dias, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, no art. 251 do RI/TCU e no art. 125 da Lei 12.465/2011, as providências necessárias para repactuar o contrato 56/2013, firmado com a empresa Estacon Infraestrutura S.A., com vistas à adequação dos preços unitários contratuais às referências de preços calculadas pela SeinfraHidroFerrovia (data-base janeiro/2013) para sanear o sobrepreço de R\$ 5.862.598,74 (cinco milhões, oitocentos e sessenta e dois mil, quinhentos e noventa e oito reais e setenta e quatro centavos), promovendo a compensação de valores indevidamente pagos;

9.4.2. verifique, no prazo de 60 (sessenta) dias, com fundamento no art. 250, II, do RI/TCU, a real mobilização dos profissionais previstos na composição de preço unitário da administração local da contratada, e, caso não seja observada a mobilização prevista contratualmente, observado o direito ao contraditório da contratada, realize os ajustes necessários no contrato;

9.5. dar ciência à Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) de que os próximos editais de licitação devem estabelecer critério objetivo de mediação para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, nos termos do acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário;

9.6. dar ciência desta deliberação aos interessados e responsáveis”.

Foram opostos embargos declaratórios contra a mesma decisão, rejeitados por meio do Acórdão 1.137/2017-Plenário (peça 167).

A fim de contextualizar este pedido de reexame, faço breve histórico dos fatos.

O valor da obra estimado no projeto básico foi de R\$ 131.216.984,69 e o valor de referência utilizado, na auditoria, de R\$ 112.391.901,49, verificando-se indício de sobrepreço, em relação à estimativa da Administração, de R\$ 18.825.083,20, na data base de julho de 2012.

A licitação foi vencida pela empresa Estacon Infraestrutura S.A., pelo valor de R\$ 119.000.000,00, que foi posteriormente ajustado para R\$ 118.994.886,56, restando ainda o indício de sobrepreço de cerca de R\$ 6,5 milhões.

O acórdão impugnado foi proferido após o exame das respostas às oitivas da Codesa e da Empresa Estacon Infraestrutura S.A., e das razões de justificativa de Fernando Elias Siqueira Rangel, Coordenador de Engenharia da Companhia Docas do Espírito Santo.

A empresa e a Codesa foram notificadas para que justificassem os indícios de sobrepreço, no total de R\$ 6.329.056,53, conforme despacho peça 87. Fernando Elias Siqueira Rangel foi ouvido em audiência em razão da adoção de composições de preços unitários diferentes das previstas nos sistemas referenciais de preços, ou, no caso de serviços não contidos nos sistemas referenciais, pela utilização de parâmetros (coeficientes de consumo/produzitividade e preços dos insumos) não justificados no procedimento licitatório, conduta que fere o princípio da motivação, insculpido no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

As justificativas apresentadas pela Codesa e pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A. não foram suficientes para afastar todo o sobrepreço apontado; tampouco os argumentos apresentados por Fernando Elias Siqueira Rangel foram suficientes para elidir as irregularidades verificadas, razão pela qual foi proferido o acórdão ora recorrido.

Àquela época, como a obra estava em andamento, a Codesa poderia compensar os valores dos serviços com indícios de sobrepreço que, por ventura, já tivessem sido pagos, e repactuar o contrato.

Após a avaliação destes pedidos de reexame, a Secretaria de Recursos (Serur) propôs conhecer do recurso interposto pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A., para, no mérito, dar-lhe provimento parcial e reduzir o montante do sobrepreço de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38; bem como, conhecer do recurso interposto por Fernando Elias Siqueira Rangel e negar-lhe provimento.

Por fim, a unidade técnica trouxe aos autos a informação de que, de acordo com a notícia à peça 197, em julho de 2017, a Empresa Estacon Infraestrutura S.A. solicitou a rescisão contratual, em razão de questões particulares, tendo já concluído cerca de 85% da obra, pelos quais recebeu pagamentos regulares da Codesa.

Em complemento à informação, consulta realizada ao sítio da Codesa indicou que a referida Companhia Docas firmou, em 14/11/2017, o Contrato 23/2017, com a Empresa Etermar Engenharia e Construção Ltda., cujo objeto foi “a execução dos serviços remanescentes necessários à conclusão da construção de berço de atracação de navios em substituição aos dolphins de Atalaia, localizado no município de Vila Velha-ES, bem como da retroárea primária e todas as redes de utilidades”, no valor de R\$ 33.661.652,84, com vigência de 390 dias. O termo contratual deixa consignado que:

“1.2 Salvo o que tiver sido expressamente modificado pelo presente instrumento, os serviços ora contratados serão executados em conformidade com os documentos a seguir enumerados, os quais passam a integrá-lo como se nele estivesse transcrito:

- a) EDITAL DO RDC ELETRÔNICO Nº 001/2012 E SEUS ANEXOS;*
- b) PROPOSTA, CRONOGRAMA E PLANILHA DE PREÇOS DA CONTRATADA;*
- c) PLANILHA DE PREÇOS CONFORME DETERMINAÇÃO DO ACÓRDÃO 606/2017-TCU-PLENÁRIO.”*

O Contrato 23/2017 foi aditado, em 13/9/2018, e teve sua vigência prorrogada por mais 159 dias, de modo que a data prevista para a conclusão da obra passou de 17/9/2018 para 25/11/2018, e a data prevista para expedição do Termo de Aceite e Recebimento Definitivo dos Serviços, para 23/2/2019. Ou seja, é provável que até mesmo essa segunda contratação já esteja concluída.

Dessa forma, há perda de objeto de parte das determinações atacadas, pois já não é possível a repactuação do contrato celebrado com a Empresa Estacon Infraestrutura S.A. Ademais, tendo em vista que a determinação para a repactuação do aludido contrato foi suspensa em razão destes pedidos de reexame, há indícios de que a avença tenha sido executada nos termos inicialmente pactuados, ou seja, com sobrepreço, e que os valores pagos a maior tenham se transformado em superfaturamento, passível de cobrança por meio de processo de TCE.

Para que seja determinada instauração de tal processo de ressarcimento, faz-se necessário avaliar o pedido de reexame interposto pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A., no que concerne à



ocorrência do sobrepreço. Caso confirmada essa irregularidade, os autos devem retornar ao relator *a quo* para avaliação da conveniência e oportunidade de instauração de tomada de contas especiais.

II

Ratifico a admissibilidade destes pedidos de reexame, nos termos do art. 48, da Lei 8.443/92 c/c o art. 286, do RI/TCU, com efeito suspensivo para os itens 9.2, 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido.

A Empresa Estacon Infraestrutura S.A. alegou, preliminarmente, violação ao devido processo legal. Propugnou que, após sua manifestação em sede de oitiva, a unidade técnica, valendo-se de premissas metodológicas diversas das que embasaram as imputações iniciais, calculou valor de sobrepreço superior ao inicialmente apontado, que, no seu entendimento, era de R\$ 4.812.119,33.

Considera que o processo foi julgado com base nessas inovações posteriores, em ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A recorrente, entretanto, não especificou quais são as inovações trazidas pela unidade técnica. Ainda com relação ao contraditório e à ampla defesa, solicitou produção de prova pericial a fim de demonstrar o que alegou.

Requeru que os referenciais de BDI e de preços de algumas composições sejam ajustados à realidade da obra, corrigindo-se o cálculo do sobrepreço. Especificou os itens para os quais solicitou revisão dos valores referenciais: “transporte e colocação de peças pré-moldadas”, “fornecimento de camisas metálicas”, “perfuração em rocha sã e limpeza do fuste”, “armação CA-50”, “formas para estruturas *in loco*” e “formas para peças pré-moldadas”, “concreto FCK = 40MPa – para estruturas *in loco*”, “concreto FCK = 40MPa – submerso”, “apoio marítimo com utilização de equipe de mergulho” e “administração local”.

Fernando Elias Siqueira Rangel alegou violação ao princípio da motivação, pois não foi ele quem elaborou o orçamento avaliado, e, sim, a empresa projetista contratada, Transmar Consultoria e Engenharia Ltda., que atestou o valor orçado como compatível com o de mercado, de modo que, ao recorrente não cabia modificar os preços constantes do projeto de engenharia fornecidos pela contratada e acompanhados das justificativas cabíveis e do detalhamento esperado. O produto entregue pela Transmar Consultoria e Engenharia Ltda. conferiu ao responsável conforto para dar prosseguimento à licitação naquelas bases, considerando a expertise da empresa.

Acrescentou que a multa de R\$ 10.000,00 a ele aplicada consome praticamente toda a sua remuneração, por volta de R\$ 15 mil mensais, o que indica a impossibilidade de pagá-la sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Invocou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requeru o afastamento da sanção pecuniária ou a redução de seu valor.

III

Desde já anuo às análises da Serur, incorporando-as às minhas razões de decidir, bem como alinho-me ao encaminhamento proposto, sem prejuízo de tecer considerações.

Não assiste razão à Empresa Estacon Infraestrutura S.A. quanto à preliminar de que houve violação ao devido processo legal. A instrução da unidade técnica, que precedeu a oitiva, contém o detalhamento do sobrepreço, quantificado em R\$ 6,33 milhões (peça 84), devidamente reproduzido no despacho do E. Relator *a quo* (peça 87), encaminhado como anexo dos ofícios de oitiva. Ademais, foi franqueado à empresa e à Codesa acesso irrestrito aos autos para que se inteirassem de tudo quanto deles constava até então.

A então SeinfraHidroFerrovia analisou os argumentos trazidos em resposta às oitivas, por meio da instrução, peça 138, e, de forma devidamente fundamentada, rejeitou alguns e acatou aqueles baseados na uniformização entre as datas-base dos preços cotejados, concluindo pela redução do sobrepreço de R\$ 6,33 milhões, na data-base de junho de 2012, para R\$ 5,86 milhões, na data-base de janeiro de 2013.

Por conseguinte, a única mudança de critério na apuração do sobrepreço ocorreu em benefício dos responsáveis e em acolhimento ao pleito da própria recorrente, sendo infundada a alegada majoração no valor de sobrepreço de R\$ 4,8 milhões para R\$ 5,8 milhões.

Ademais, a recorrente apenas reclama, de forma genérica, de hipotética alteração de premissas, sem especificá-las.



A Empresa Estacon Infraestrutura S.A. utilizou esse mesmo argumento de que teria havido violação ao devido processo legal, nos embargos de declaração que opôs contra a decisão ora recorrida. A assertiva foi minudentemente rechaçada no voto que guiou o Acórdão 1.137/2017-Plenário, por meio do qual, foi negado provimento àquele recurso.

Quanto ao pedido de produção de prova pericial, a aferição da utilidade desse procedimento deve ser sopesada e autorizada pelo juiz (no TCU, pelo colegiado), nos termos do art. 464 do CPC:

Art. 464 A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I – a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III – a verificação for impraticável.

Neste caso, a prova pericial é desnecessária, especialmente na fase recursal em que se encontra o processo, ante a suficiência dos elementos e provas que dele já fazem parte. Ademais, a entidade responsabilizada em processo de controle externo não necessita de autorização do TCU para apresentar laudos técnicos e periciais em sua peça de defesa.

Indefiro, assim, a produção de prova pericial requerida pela empresa recorrente.

Superado o precedente de violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, passo ao mérito do recurso.

Quanto ao BDI, a recorrente entende que deveriam ser utilizados os referenciais contidos no Acórdão 2.622/2013-Plenário, de 4/10/2013, especificamente o percentual constante do 3º quartil (BDI de 30,95%), no lugar daquele adotado pela unidade técnica, estatisticamente mais apropriado (mediana – BDI de 27,48%). Cita alguns precedentes do TCU que reconhecerem o limite máximo da faixa como BDI de referência.

Considerando que a formalização da licitação e do contrato, bem como, a análise dos preços, realizada por meio da auditoria, ocorreram antes de 4/10/2013, a rigor, os parâmetros do Acórdão 2.622/2013-Plenário não deveriam ser utilizados e, sim, aqueles estabelecidos anteriormente, mediante o Acórdão 2.369/2011-Plenário, que definiu como referência para o BDI de obras portuárias o percentual de 23,5% (mediana) e, em casos excepcionais, devidamente justificados, 26,6% como limite máximo.

Assim, a metodologia adotada pela unidade técnica nestes autos foi conservadora e benéfica à recorrente, ao tomar como BDI referencial o percentual de 27,48% (mediana estabelecida por meio do Acórdão 2.622/2013-Plenário). Caso a unidade técnica houvesse aplicado o Acórdão 2.369/2011-Plenário, o que seria totalmente justificável, o percentual de BDI utilizado como referência seria menor, o que elevaria o sobrepreço apurado.

Quanto aos precedentes elencados pela recorrente, não podem ser tomados como parâmetro válido para o caso em tela. Invariavelmente, tratam de situações diversas das destes autos, pois versam sobre obras não relacionadas ao setor elétrico, quando, à época, o único referencial existente era o Acórdão 325/2007-Plenário, cujos valores de BDI referenciais foram calculados para obras do setor elétrico (linhas de transmissão e subestações). Razoável e esperado, portanto, que, nos precedentes citados, o TCU tenha admitido diferentes percentuais de BDI dentro da faixa de variação então prevista no Acórdão 325/2007-Plenário, de acordo com a característica de cada obra.

Por fim, o percentual de BDI praticado pela contratada, em sua proposta, foi de 26,6%. Seria uma incongruência adotar como referência o requerido percentual do terceiro quartil, de 30,95%, se, nem no projeto básico e nem na proposta da contratada, essa possibilidade foi aventada. Ambos utilizaram percentual de BDI de 26,6%, inferior aos 27,48% aplicados no cálculo do sobrepreço, pela unidade técnica.

No que concerne à alegada necessidade de as composições de preços referenciais serem adaptadas à realidade da obra, de fato, o sistema de custos do Dnit, o Sicro, prevê a distinção, em sua metodologia, caso a obra seja executada em local onde há trânsito derivado de outras atividades que causem prejuízo ao tráfego nas operações de transporte (fator de eficiência).

Porém, não é pertinente aplicar tal fator indiscriminadamente a composições de custo de outros sistemas que não o Sicro. Como a unidade técnica utilizou também composições obtidas de outras fontes, infere-se que a metodologia obtida dessas fontes diversas do Sicro já considera perdas de eficiência referentes a eventual ocorrência de tráfego local. Ademais, a recorrente não demonstrou a hipotética discriminação entre os fatores de eficiência, nos casos de obras de implantação e de obras de restauração/reforma/ampliação, para as composições de outras fontes (Seinfra/CE, Sinapi e composições utilizadas na obra do cais de Vitória), como ocorre para o sistema Sicro.

O mesmo raciocínio vale para o “adicional de mão-de-obra”, previsto na metodologia do Sicro, nos percentuais de 15,51% e 20,51%. Conforme disposto no “Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – Metodologia e Conceitos” do Dnit, p. 37-38¹, o “adicional à mão-de-obra” inclui os seguintes itens: equipamento de proteção individual, transporte, alimentação e ferramentas manuais. A estrutura de custos do Sinapi, por exemplo, já considera tais custos adicionais, nominados “encargos complementares”, nos valores cotados para a mão-de-obra, associando-os diretamente ao custo unitário de cada trabalhador, como custo e, não, de forma percentual, conforme consta no Livro de Metodologias e Conceitos do Sinapi, p. 97-99, publicado pela Caixa Econômica Federal².

Assim, deve-se respeitar a estrutura de custos inerente à metodologia utilizada em cada sistema, não sendo possível acrescentar indiscriminadamente “adicional à mão-de-obra” e “fator de eficiência” a composições de preços colhidas de todo e qualquer sistema de custos, sob o risco de contabilização em duplicidade desses fatores.

Por conseguinte, no caso concreto, o aludido “adicional de mão-de-obra”, da forma como requerido, aplica-se apenas ao serviço que teve por base a composição do Sicro: desmonte do maciço rochoso – composição Sicro 2 S 01 102 07 – “Esc. carga transp. mat 3ª cat DMT 1000 a 1200m” – Construção rodoviária. Não se aplica às composições dos serviços “armação CA-50”, “formas para estruturas *in loco*”, “concreto FCK = 40MPa – para estruturas *in loco*”, “concreto FCK = 40MPa – submerso”, cujas composições de referência não foram extraídas do sistema Sicro.

Conforme devidamente demonstrado nos itens 19 e 20 da instrução da Serur, transcrita no relatório que acompanha este voto, acolho as razões recursais quanto à aplicação do percentual de 15,51% referente ao “adicional de mão-de-obra” na composição do item “desmonte de maciço rochoso”, para considerar o valor de R\$ 346,52/m³ como preço unitário de referência, em substituição àquele adotado na decisão recorrida, de R\$ 340,65/m³. Reduzo, por conseguinte, o valor do superfaturamento em R\$ 447.458,36, conforme planilha, à peça 199.

Aduzo que, mesmo no âmbito do Sicro, o “adicional à mão-de-obra” é previsto apenas para trabalhadores horistas, remuneração típica dos operários cuja atuação pode ser quantificada especificamente para cada serviço, não se aplicando aos mensalistas, tipo de remuneração considerada na composição de custos do item “administração local”, cujo custo é contabilizado globalmente para toda a obra, não podendo ser especificado para cada serviço.

Portanto, quanto ao pleito de acréscimo de “adicional à mão-de-obra” ao preço referencial do item contratual “administração local”, também não merece acolhida.

Quanto ao item “formas para peças pré-moldadas”, não localizei, nas manifestações da unidade técnica durante a fiscalização e nas análises posteriores, indicação da composição utilizada para calcular o preço de referência para o referido serviço ou da sua origem (peças 31, 52, 53, 57, 82, 84, 135 e 138). Acolho, para esse item, o preço de referência defendido pela recorrente, de R\$ 98,49/m²,

¹ Disponível em: <https://189.9.128.64/download/servicos/sicro/manual-de-custos-rodoviarior/Volume1_Un_2003.pdf>, acesso em 12/8/2019.

² disponível em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/sinapi-manual-de-metodologias-e-conceitos/Encargos_Complementares_Livro_SINAPI_Metodologias_e_Conceitos_versao_digital_6_Edicao.pdf>, acesso em 12/8/2019.

em substituição aos R\$ 90,49/m² adotados na decisão recorrida, reduzindo do valor do superfaturamento em R\$ 158.672,00, de acordo com a planilha, à peça 199, elaborada pela Serur.

A recorrente alega diferença de condições operacionais dos equipamentos alocados para a obra do cais de Vitória, que estaria interditado e teria relevo submarino favorável, e as condições operacionais dos equipamentos usados na obra do Atalaia, ora avaliada. Porém, não traz documentos para comprovar as citadas diferenças, remanescendo no âmbito das alegações, razão pela qual, não há fundamento consistente para desprezar as composições utilizadas pela unidade técnica a partir da obra do cais de Vitória.

Com relação aos preços referenciais dos serviços “transporte e colocação de peças pré-moldadas”, “fornecimento de camisas metálicas”, “concreto FCK = 40MPa – submerso” e “apoio marítimo com utilização de equipe de mergulho”, no que concerne a equipamentos e pessoal adicionais que a recorrente alega que foram necessários e não foram considerados pela unidade técnica, além de descrevê-los defendendo sua hipotética utilidade, a empresa apresenta fotografias. Tais imagens, desacompanhadas de outros elementos probatórios, tais como contratos de locação ou aquisição dos equipamentos, recibos de pagamentos dos operadores de tais máquinas, entre outros, não permitem concluir que os ditos equipamentos e mão-de-obra tenham sido efetivamente utilizados na obra. Ainda que o tenham sido em algum momento, as fotografias não demonstram sua utilização durante todo o período em que os serviços foram executados, porque se limitam a cenas capturadas de um dado instante.

Assim, não há que se majorar os preços de referência desses itens em razão da utilização dos aludidos equipamentos e pessoal adicionais.

Quanto ao preço referencial do item “fornecimento de camisas metálicas”, não merecem acolhida os argumentos recursais. O parâmetro técnico ou metodologia executiva oficial para definir o preço referencial de mercado de um serviço é aquele constante do projeto básico. Como a composição do projeto básico para este item é aquela do Sicro, a empresa vencedora pode executar o serviço com metodologia distinta da prevista no Sicro, valendo-se de equipamentos ou arranjos produtivos que lhes são mais convenientes; contudo, não pode transferir para a Administração os custos da utilização de metodologia mais onerosa do que aquela prevista no Sicro.

Igualmente não há como acolher as alegações da recorrente de que, para o item “perfuração em rocha sã e limpeza do fuste” não teria havido prejuízo ao erário relativo ao preço pactuado para o serviço, *“mas sim, uma grande elevação do custo previsto na proposta da empresa e no contrato em decorrência dos fatos supervenientes encontrados quando da sua efetiva execução, o que poderia, inclusive, ensejar a revisão dos preços contratuais para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença”*.

A empresa buscou comprovar suas alegações apenas com fotografias, assim como o fez para outros serviços. Não juntou documentos técnicos hábeis a corroborar as dificuldades técnicas excepcionais que alega. Além disso, para o caso de discrepâncias de quantidade e de qualidade de elementos que compõem os custos de um serviço, entre os projetos básico e executivo e aqueles alegadamente encontrados na realidade da obra, o instrumento legal disponível para reclamar custos adicionais é a formalização, junto à Administração, de pleito de alteração contratual, nos moldes previstos da Lei 8.666/1993, art. 65, II, “b”. O contrato em análise foi aditado diversas vezes (peça 136). Porém, não há documentos, nos autos, indicando que esse serviço foi objeto de pleito em aditivo.

Quanto às alegações de Fernando Elias Siqueira Rangel, não obstante a Administração terceirize a elaboração do projeto básico, mediante contrato específico (Lei 12.462/2011, art. 8º, § 5º c/c art. 9º), continua responsável pelo produto apresentado pela empresa terceirizada. A autoridade administrativa que atuou diretamente no recebimento e aprovação do projeto assume as consequências legais derivadas de eventual falha do produto (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º, I). Nesse sentido, os Acórdãos 3279/2011, 510/2012, 3213/2014, 917/2017, todos do Plenário, sendo o primeiro de minha relatoria e os demais de relatoria dos E. Ministros José Múcio Monteiro, Bruno Dantas e Benjamin Zymler, respectivamente.



A multa de R\$ 10.000,00 aplicada ao ex-gestor corresponde a cerca de 17% do valor máximo de R\$ 58.269,07, previsto na Portaria-TCU 46/2017, para o exercício de 2017. O valor da sanção está, portanto, devidamente situado dentro da faixa prevista na norma, que estabelece a gradação entre 5% e 100% do montante máximo fixado.

Assim, não há razão para afastar ou reduzir o valor da multa aplicada ao recorrente.

IV

Pelo exposto, conheço dos pedidos de reexame interpostos pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A. e por Fernando Elias Siqueira Rangel, para, no mérito, dar provimento parcial ao primeiro, reduzindo o superfaturamento de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38, e negar provimento ao segundo.

Tendo em vista a informação de que o contrato entre a Codesa e a Empresa Estacon Infraestrutura S.A. foi rescindido em julho de 2017, e de que foi pago à empresa o montante referente a cerca de 85% do objeto avençado, retorno estes autos ao gabinete do relator *a quo*, para que sejam atualizadas as informações, acerca da execução do referido ajuste, com vistas a verificar se os comandos do Acórdão 606/2017-Plenário, ora recorrido, foram inteiramente cumpridos, bem como a necessidade de instauração de TCE para cobrança de eventuais valores pagos indevidamente.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2082/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 004.355/2013-0.
 - 1.1. Aposos: 001.736/2015-9; 004.657/2017-9
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame em Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Congresso Nacional (vinculador); Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47)
 - 3.2. Responsáveis: Angélica Rangel Zanetti Bastos (096.535.717-10); Clovis Lascosque (480.761.807-59); Companhia Docas do Espírito Santo-Codesa (27.316.538/0001-66); Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72)
 - 3.3. Recorrentes: Estacon Infraestrutura S.A. (15.180.296/0001-47); Fernando Elias Siqueira Rangel (525.379.357-72).
4. Órgão/Entidade: Companhia Docas do Espírito Santo.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor).
8. Representação legal: Tathiane Vieira Viggiano Fernandes, OAB/DF 27.154 e outros, representando Estacon Infraestrutura S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedidos de reexame interpostos pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A. e por Fernando Elias Siqueira Rangel, contra o Acórdão 606/2017-Plenário, proferido no âmbito da auditoria realizada na Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) para fiscalizar o edital do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) Eletrônico 1/2012-Codesa, cujo objeto foi contratação das obras de construção de berço para atracação de navios em substituição aos dolphins do Atalaia do Porto de Vitória/ES,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:



9.1. conhecer do pedido de reexame, interposto por Fernando Elias Siqueira Rangel, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. conhecer do pedido de reexame, interposto pela Empresa Estacon Infraestrutura S.A., para, no mérito, dar-lhe provimento parcial e reduzir o montante do sobrepreço objeto da determinação veiculada no item 9.4.1 da decisão recorrida de R\$ 5.862.598,74 para R\$ 5.256.468,38;

9.3. determinar o retorno destes autos ao relator *a quo*, para que sejam atualizadas as informações acerca da execução do contrato, firmado entre a Codesa e a Empresa Estacon Infraestrutura S.A, com vistas a verificar se os comandos do Acórdão 606/2017-Plenário foram cumpridos e avaliar a necessidade de instauração de TCE para cobrança de eventuais valores pagos indevidamente à contratada;

9.4. dar ciência desta deliberação aos recorrentes e à Companhia Docas do Espírito Santo.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2082-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 013.743/2019-8 [Apenso: TC 021.240/2019-1]

Natureza(s): Solicitação do Congresso Nacional

Órgão/Entidade: não há

Representação legal: não há

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. ACORDO DE ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS. MPF E PETROBRAS. CONHECIMENTO. PROCESSO INSTAURADO PARA APURAÇÃO DOS FATOS. SOBRESTAMENTO. COMUNICAÇÃO AO SOLICITANTE.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução elaborada na Secretaria de Macroavaliação Governamental (peça 9), que contou com a anuência dos dirigentes daquela unidade (peças 10/11).

“1. Trata-se do Ofício 52/2019/CFFC-P, de 5/6/2019 (peça 1, p. 1), por meio do qual o Deputado Federal Léo Motta, Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, encaminha a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019, de 13/3/2019 (PFC 5/2019) (peça 1, p. 2-11).

2. Os autores da proposta, Deputados Patrus Ananias, João Daniel, Valmir Assunção, Nilto Tatto e Dionilso Mateus Marcon, sob relatoria do Deputado Ricardo Barros, requerem do TCU a realização de fiscalização e controle sobre o Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal no Estado do Paraná (MPF/PR) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) (peça 1, p. 2-4).

3. O objetivo central da proposta de fiscalização é investigar a regular criação de uma fundação, anunciada em nota à imprensa, sua competência para administrar recursos de US\$ 682,4 milhões, equivalentes a R\$ 2,75 bilhões, a sua finalidade e a participação de interesses de acionistas americanos nesse acordo (peça 1, p. 5-7).

**EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

4. Os arts. 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução-TCU 215/2008 e 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU conferem legitimidade ao presidente de comissão parlamentar, quando por ela aprovada, para solicitar a realização de fiscalização.

5. Assim, legítima a autoridade solicitante, cabe o conhecimento do expediente como solicitação do Congresso Nacional.

EXAME TÉCNICO

6. Nos termos do relatório prévio da PFC 5/2019 (peça 1, p. 5-7), as possíveis irregularidades informadas concentram-se na criação de fundação para administrar recursos depositados em conta vinculada à 13ª Vara Federal de Curitiba, a partir de Acordo de Assunção de Compromissos, cercado de polêmicas, firmado entre o Ministério Público Federal, por intermédio de procuradores regionais da República e procuradores da República com designação para officiar na Operação Lava Jato, e a Petrobras.

7. Aludido acordo é originário de um outro ajuste firmado entre a Petrobras e autoridades norte-americanas do Departamento de Justiça (DoJ) dos Estados Unidos da América (*Non Prosecution Agreement*) e da *Securities & Exchange Commission* (SEC), na qual a estatal nacional, com o objetivo de evitar o ajuizamento de ações em seu desfavor naquele país, comprometeu-se a pagar multa no valor total de US\$ 853,2 milhões, sendo que, deste montante, 80% (US\$ 682,56 milhões) poderiam ser compensados mediante o pagamento de valor equivalente em reais no Brasil.

8. Ressalta-se que o mencionado Acordo de Assunção de Compromissos encontra-se com seus efeitos suspensos em decorrência de decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568, proposta pela Procuradora-Geral da República no Supremo Tribunal Federal (STF).

9. O relator da PFC 5/2019 mencionou que tramita junto com a ADPF 568 a Reclamação (RCL) 33.667, proposta pela Câmara dos Deputados, com o mesmo objeto. Do mesmo modo, tramita no âmbito do TCU representação formulada por Deputados Federais que integram a Mesa da Câmara dos Deputados (TC 005.844/2019-3).

10. A Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados entende que os valores envolvidos no acordo firmado entre as autoridades norte-americanas e a Petrobras configuram-se recursos públicos, sendo, portanto, oportuna e conveniente a presente proposta de fiscalização com fundamento em aspectos jurídicos, administrativos, políticos, econômicos, sociais e orçamentários, devendo-se averiguar os seguintes aspectos:

i) quanto ao alcance jurídico, se houve descumprimento dos princípios e das normas legais que regem a administração pública;

ii) quanto ao alcance administrativo, observar que eventual má aplicação de recursos tem repercussão sobre o conjunto da administração, prejudicando o atendimento e o bom funcionamento de outros programas;

iii) quanto ao alcance econômico e orçamentário, se houve desvios ou má aplicação de recursos, a fim de assegurar a correta destinação dos recursos públicos;

iv) quanto ao alcance político e social, a atuação do Poder Legislativo, relativamente ao seu papel de titular do controle externo, aprimora e garante a adequada aplicação dos recursos e prestação dos serviços públicos em favor de toda a sociedade.

11. A PFC 5/2019 contempla Plano de Execução e Metodologia de Avaliação, que poderá compreender as seguintes etapas (peça 1, p. 10-11):

i) fiscalização pelo TCU para examinar a regularidade da aplicação dos valores destinados às autoridades brasileiras, com remessa de cópia de todos os resultados alcançados à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC);

ii) realização de audiências públicas na CFFC;

iii) realização de visitas técnicas pela CFFC;

iv) oitiva de depoimentos voluntários.



12. Com base nos resultados apurados, a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados deliberará, por ocasião do relatório final da PFC 5/2019, sobre a necessidade de outras providência.

Análise

13. Com vistas a atender essa solicitação, foi feita consulta aos sistemas informatizados do Tribunal, tendo sido encontrados os seguintes processos, todos de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues e em análise, conexos com o objeto dessa PFC 5/2019:

a) TC 005.557/2019-4, denúncia, questionando a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

b) TC 005.840/2019-8, representação proposta pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União (MP-TCU), Lucas Rocha Furtado, solicitando a adoção de medidas com fins de apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” guarda conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, assim como com o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e as autoridades dos EUA;

c) TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, solicitando que sejam realizados procedimentos de fiscalização destinados a apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”;

d) TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás; e

e) TC 007.825/2019-6, solicitação de informações acerca do Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, com proposta de apensamento ao TC 005.557/2019-4.

14. Verifica-se, assim, que o assunto objeto da Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 está sendo tratado em processos de controle externo no âmbito do TCU. O TC 005.840/2019-8 e o TC 005.844/2019-3 já estão apensados ao TC 005.557/2019-4, por conexão. Por sua vez, o TC 007.631/2019-7 e o TC 007.825/2019-6 aguardam pronunciamento do gabinete do ministro relator sobre possível adoção da mesma providência. Todos eles tratam dos mesmos pontos e abarcam aqueles que se buscam esclarecer na presente SCN, quais sejam: a regularidade da criação da fundação a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobras, oriundos do Acordo de Assunção de Compromissos; a competência dessa fundação para gerir os referidos recursos; a sua finalidade; e a regularidade do acordo em si.

15. Conforme explicitado na PFC 5/2019, o “Acordo de Assunção de Compromissos” encontra-se com todos os seus efeitos suspensos em razão da decisão contida na ADPF 568, proferida nos seguintes termos (peça 6, p. 14):

CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADPF, *ad referendum* do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999), para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999:

(a) suspender todos os efeitos da decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os Procuradores da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo;

(b) determinar o imediato bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras, bem como subsequentes rendimentos, na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, a partir desta decisão, deverão permanecer em depósito judicial vinculado ao mesmo Juízo, proibida qualquer movimentação de valores sem expressa decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

(c) determinar a suspensão de todas as ações judiciais, em curso perante qualquer órgão ou Tribunal, ou que, eventualmente, venham a ser propostas e que tratem do objeto impugnado na presente ADPF;

(d) comunicar, com urgência, ao Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, solicitando-lhe informações, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 6º da Lei 9.882/1999;

(e) intimar todos os subscritores do acordo homologado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba



para a apresentação de informações, no prazo de 10 (dez) dias;

(f) intimar a Câmara dos Deputados, a Advocacia-Geral da União, o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A, para a apresentação de informações, no prazo comum de 10 (dez) dias;

(g) oficiar ao Tribunal de Contas da União, solicitando-lhe informações sobre a eventual existência de procedimento no âmbito daquela Corte, com objeto semelhante.

16. Também há que se registrar que, em 12/3/2019, antes mesmo de a decisão acima ser proferida, membros do MPF que atuam no estado do Paraná, integrantes da Força Tarefa da denominada Operação Lava Jato, apresentaram ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba Petição para suspender os procedimentos para constituição da fundação em comento, da qual se destaca o seguinte trecho (peça 7, p.2):

05 - (...) diante do debate social sobre o destino dos recursos, noticiado pela mídia nacional, a força tarefa ministerial está em diálogo com outros órgãos na busca de soluções ou alternativas que eventualmente se mostrem mais favoráveis para assegurar que os valores possam usufruídos pela sociedade brasileira.

06 - Assim, em decorrência de tratativas já estabelecidas com a Advocacia-Geral da União e a Petrobrás, o Ministério Público Federal requer a esse juízo a suspensão dos procedimentos para constituição da fundação que daria destinação de interesse público a parte dos recursos depositados judicialmente, suspendendo-se, por consequência, os respectivos prazos de constituição.

07 - Nas referidas tratativas, além da AGU e da Petrobras, serão consultadas a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União e, tão logo encerrada as deliberações, o Ministério Público Federal informará a esse juízo os resultados e solicitará o devido processamento.

17. Acatando a solicitação do MPF, em 13/3/2019 o Juízo da 13ª Vara Federal suspendeu por noventa dias o prazo para constituição da fundação privada a ser responsável pela gestão dos recursos já depositados pela Petrobras, objeto da Petição 5002594-35.2019.4.04.7000/PR (peça 8).

18. As decisões acima e a manifestação feita pelos membros da Procuradoria da República no Estado do Paraná no sentido de que serão feitas tratativas junto a diversos órgãos, inclusive o TCU, em busca de solução para a controvérsia em questão revelam que a referida fundação não foi constituída e os recursos depositados pela Petrobras encontram-se bloqueados.

19. Ademais, em consulta ao sítio do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o caso está em apuração, tendo sido realizada reunião em 8/5/2019 sobre a questão e efetuadas diligências aos diversos órgãos envolvidos na questão, entre eles: Procuradoria-Geral da República, Advocacia-Geral da União, Ministério da Economia, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Secretaria do Tesouro Nacional.

20. Diante disso, propõe-se informar ao solicitante que a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, que está em andamento, e tão logo seja apreciado pelo Tribunal, dar-se-á notícia quanto ao seu resultado ou outras informações adequadas ao caso, devendo-se aguardar a manifestação do TCU naquele processo para que seja possível o atendimento integral desta solicitação.

21. Propõe-se, ainda, estender, por força do art. 14, inciso III, da Resolução-TCU 215/2008, os atributos definidos no art. 5º daquela resolução ao mencionado processo TC 005.557/2019-4 e sobrestar os presentes autos até a decisão nesse processo.

CONCLUSÃO

22. A Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC) encaminhou ao TCU a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 com o objetivo de que esta Casa investigue o Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal no Estado do Paraná (MPF/PR) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), verificando a regular criação de uma fundação, anunciada em nota à imprensa, sua competência para administrar recursos de US\$ 682,4 milhões, equivalentes a R\$ 2,75 bilhões, a sua finalidade e a participação de interesses de acionistas americanos nesse acordo.

23. Convém informar que tramitam no âmbito do TCU cinco processos de controle externo que tratam do mesmo objeto de fundo destes autos, ou seja, o “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o MPF/PR e a Petrobras, todos ainda em curso.



24. Deve-se observar que a decisão proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 568 suspendeu todos os efeitos quanto ao “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o MPF/PR e a Petrobras, inclusive com o bloqueio da conta corrente na qual os recursos do acordo estão depositados e a suspensão da constituição da fundação privada que geriria esses recursos, objeto da Petição 5002594-35.2019.4.04.7000/PR.

25. Considerando-se todos os procedimentos de apuração em curso no âmbito tanto do Tribunal de Contas da União como do Supremo Tribunal Federal, propõe-se informar ao solicitante que a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, que está em andamento, e tão logo seja apreciado pelo Tribunal, dar-se-á notícia quanto ao seu resultado ou outras informações adequadas ao caso, devendo-se aguardar a manifestação do TCU naquele processo para que seja possível o atendimento integral desta solicitação.

26. Propõe-se, ainda, estender, por força do art. 14, inciso III, da Resolução-TCU 215/2008, os atributos definidos no art. 5º daquela resolução ao mencionado TC 005.557/2019-4 e sobrestar os presentes autos até a decisão nesse processo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

27. Diante do exposto, submete-se a presente Solicitação do Congresso Nacional à consideração superior, com proposta de:

a) conhecer da presente solicitação, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno do TCU e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução - TCU 215/2008;

b) informar ao Exmo. Sr. Deputado Léo Motta, Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados que:

b.1) a Proposta de Fiscalização e Controle (PFC) 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, que está em andamento neste TCU e trata de denúncia no âmbito da qual estão em apuração os pontos levantados na referida PFC, e tão logo a denúncia seja apreciada pelo Tribunal, dar-se-á notícia quanto ao seu resultado ou outras informações adequadas ao caso, devendo-se aguardar a manifestação do TCU naquele processo para que seja possível o atendimento integral desta solicitação;

b.2) estão apensados ao TC 005.557/2019-4 os seguintes processos, que tratam do mesmo tema objeto da PFC 5/2019:

i) TC 005.840/2019-8, representação proposta pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União (MP-TCU), Lucas Rocha Furtado, solicitando a adoção de medidas com fins de apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” guarda conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, assim como com o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e autoridades dos EUA;

ii) TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, solicitando que sejam realizados procedimentos de fiscalização destinados a apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”;

iii) TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobras; e

iv) TC 007.825/2019-6, solicitação de informações acerca do Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, com proposta de apensamento ao TC 005.557/2019-4;

b.3) por força da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568 – Paraná, encontram-se suspensos todos os efeitos do “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o Ministério Público Federal/PR e a Petrobras, inclusive com o bloqueio da conta corrente na qual os recursos do acordo estão depositados



e a suspensão da constituição da fundação privada que geriria esses recursos, objeto da Petição 5002594-35.2019.4.04.7000/PR;

c) estender, por força do art. 14, inciso III, da Resolução-TCU 215/2008, os atributos definidos no art. 5º daquela resolução ao TC 005.557/2019-4;

d) sobrestar a apreciação do presente processo até que seja apreciado o processo conexo TC 005.557/2019-4, cujos resultados são necessários ao integral cumprimento da solicitação, com fundamento no art. 47 da Resolução-TCU 259/2014, c/c o art. 6º, inciso I, da Resolução-TCU 215/2008;

e) dar ciência da decisão que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aos Deputados Patrus Ananias, João Daniel, Valmir Assunção, Nilto Tatto, Dionilso Mateus Marcon e Ricardo Barros, autores da PFC 5/2019.”

VOTO

Tratam os autos de Solicitação do Congresso Nacional oriunda da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle que aprovou a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 atinente ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa pública Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras).

Referida proposta requer sejam avaliados os seguintes pontos:

i) **quanto ao alcance jurídico**, se houve descumprimento dos princípios e das normas legais que regem a administração pública;

ii) **quanto ao alcance administrativo**, observar que eventual má aplicação de recursos tem repercussão sobre o conjunto da administração, prejudicando o atendimento e o bom funcionamento de outros programas;

iii) **quanto ao alcance econômico e orçamentário**, se houve desvios ou má aplicação de recursos, a fim de assegurar a correta destinação dos recursos públicos;

iv) **quanto ao alcance político e social**, a atuação do Poder Legislativo, relativamente ao seu papel de titular do controle externo, aprimora e garante a adequada aplicação dos recursos e prestação dos serviços públicos em favor de toda a sociedade.

Em sua análise, a Unidade Técnica verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, propôs o conhecimento da solicitação e, ante a existência de processo já autuado versando sobre idêntica matéria, propugnou pelo sobrestamento deste feito até o deslinde de mérito da fiscalização em andamento, sem olvidar de dar ciência da deliberação aos solicitantes e atribuindo ao processo existente os atributos regimentais de urgência típicos das solicitações do parlamento.

Acolho, na íntegra, a análise da unidade instrutiva, que incorporo às razões de decidir.

O cerne das questões objeto da Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 diz respeito à celebração do referido acordo e à administração de recursos depositados pela Petrobras em conta vinculada à 13ª Vara Federal de Curitiba.

Esse ajuste tem origem em um outro acordo firmado entre a Petrobras e autoridades norte-americanas do Departamento de Justiça (DoJ) dos Estados Unidos da América (*Non Prosecution Agreement*) e da *Securities & Exchange Commission* (SEC), no qual a estatal se comprometeu a pagar multa no valor total de US\$ 853,2 milhões, dos quais 80% (US\$ 682,56 milhões) poderiam ser compensados mediante o pagamento de valor equivalente às autoridades brasileiras.

A resolução da controvérsia reside, essencialmente, na definição da natureza jurídica desses recursos e da validade do acordo firmado.

Em levantamento preliminar, a Secretaria de Macroavaliação Governamental identificou a existência dos seguintes processos que guardam conexão com a presente solicitação, todos de minha relatoria:



a) TC 005.557/2019-4, denúncia, questionando a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

b) TC 005.840/2019-8, representação proposta pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União (MP-TCU), Lucas Rocha Furtado, solicitando a adoção de medidas com fins de apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” guarda conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, assim como com o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e as autoridades dos EUA;

c) TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, solicitando que sejam realizados procedimentos de fiscalização destinados a apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”;

d) TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás; e

e) TC 007.825/2019-6, solicitação de informações acerca do Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, com proposta de apensamento ao TC 005.557/2019-4.

Verifica-se, assim, que o objeto da Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 já está sendo examinado em processos de controle externo no âmbito do TCU, notadamente no TC 005.557/2019-4, ao qual os demais estão sendo apensados por conexão.

Por essa razão, deve-se informar ao solicitante que a Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, em andamento.

Uma vez que o atendimento integral desta solicitação depende do deslinde do TC 005.557/2019-4, impõe-se aplicar ao referido processo os atributos definidos no art. 5º da Resolução-TCU 215/2008, notadamente a **natureza urgente** e a **tramitação preferencial**.

Por fim, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADPF 568, e em sede de medida cautelar, houve por bem suspender a eficácia do “Acordo de Assunção de Compromissos”, decretar o bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras bem como suspender todas as ações judiciais em curso ou que vierem a ser propostas em qualquer órgão ou tribunal acerca do mesmo tema.

Com essas considerações, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2083/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.743/2019-8.

1.1. Apenso: 021.240/2019-1

2. Grupo I – Classe de Assunto: II – Solicitação do Congresso Nacional

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgão/Entidade: não há.

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional oriunda da Proposta de Fiscalização e Controle 5/2019 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados atinente ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras);



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

9.1. conhecer da presente Solicitação, atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso I, da Lei 8.443/92, c/c o art. 232, inciso III, do Regimento Interno, e art. 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução TCU 215/2008;

9.2. informar à Presidência da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados que:

9.2.1. foram autuados, neste Tribunal, os seguintes processos de controle externo que tratam do objeto desta solicitação, qual seja, o “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o MPF/PR e a Petrobras:

9.2.1.1. TC 005.557/2019-4, denúncia acerca da legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

9.2.1.2. TC 005.840/2019-8, representação formulada pelo MP/TCU solicitando apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” e o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e autoridades dos EUA guardam conformidade com o ordenamento jurídico pátrio;

9.2.1.3. TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados solicitando apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”;

9.2.1.4. TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás; e

9.2.1.5. TC 007.825/2019-6, solicitação de informações acerca do Acordo de Assunção de Compromissos firmado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, com proposta de apensamento ao TC 005.557/2019-4;

9.2.2. a Proposta de Fiscalização e Controle (PFC) 5/2019 será atendida por meio do processo TC 005.557/2019-4, e tão logo apreciado pelo Tribunal, dar-se-á notícia quanto ao seu resultado;

9.2.3. por força da decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568 – Paraná, encontram-se suspensos todos os efeitos do “Acordo de Assunção de Compromissos” entre o Ministério Público Federal/PR e a Petrobras, inclusive com o bloqueio da conta corrente na qual os recursos do acordo estão depositados e a suspensão da constituição da fundação privada que deveria gerir esses recursos;

9.3. estender ao TC 005.557/2019-4 os atributos definidos no art. 5º da Resolução-TCU 215/2008, com fulcro no art. 14, inciso III, desse normativo;

9.4. sobrestar a apreciação do presente processo até que seja apreciado o processo TC 005.557/2019-4, cujos resultados são necessários ao integral cumprimento da solicitação, com fundamento no art. 47 da Resolução-TCU 259/2014, c/c o art. 6º, inciso I, da Resolução-TCU 215/2008.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2083-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.



GRUPO I – CLASSE ____ – Plenário

TC 031.743/2016-1 [Apenso: TC 030.324/2016-5]

Natureza: Monitoramento

Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

Interessado: CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. (07.496.584/0001-87)

Representação legal: Igor Fellipe Araujo de Sousa (41.605/OAB-DF) e outros, representando CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda.; Rosimeire Gaudad Sardinha Carneiro e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

SUMÁRIO: MONITORAMENTO. REPRESENTAÇÃO. INFRAERO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERIR ÁGUA E ESGOTO DO AEROPORTO DO GALEÃO. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DO CONTRATO. INDÍCIOS DE PAGAMENTOS INDEVIDOS À CONTRATADA. PROCEDÊNCIA. ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS PARA OS CÁLCULOS (ACÓRDÃO 7.285/2013-1ª CÂMARA). ADOÇÃO DE CAUTELAR PARA OBSTAR PAGAMENTO OU RECONHECIMENTO DE DÍVIDA ANTES DA APRECIÇÃO DOS CÁLCULOS PELO TCU (ACÓRDÃO 535/2014-PLENÁRIO). RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ESCLARECIMENTO DE QUE O ACÓRDÃO DO TCU NÃO CONSTITUI TÍTULO HÁBIL A GERAR CRÉDITO EM FAVOR DA CONTRATADA (ACÓRDÃO 3.902/2015-1ª CÂMARA). CONFORMIDADE DOS NOVOS CÁLCULOS COM OS PARÂMETROS DO TCU. RESCISÃO DO CONTRATO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO ACÓRDÃO MONITORADO. PERDA DE EFEITO DA CAUTELAR. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATUAÇÃO DO TCU. NOVA DETERMINAÇÃO.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução peça 28, cujas conclusões foram acolhidas de modo uniforme no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

“1. Trata-se do monitoramento do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues), por meio do qual este Tribunal deu provimento parcial a embargos de declaração opostos pela empresa CDN Serviços de Água e Esgoto (‘CDN’) contra o Acórdão 6.249/2012-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues), tornou insubsistentes os itens 9.3, 9.4 e 9.5 do decisum recorrido, e fixou prazo para que a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) adotasse as seguintes providências:

9.2. fixar prazo de quarenta e cinco dias para que a Infraero adote as providências a seguir, para o exato cumprimento da lei, no âmbito do Contrato 024-ST/2004-0061:

9.2.1. promova ajustes nas planilhas de composição do preço unitário da água e do esgoto (Quadros 7 e 8 da proposta da contratada), para cálculo mensal dos preços unitários de água e de esgoto por metro cúbico, desde o início da execução do contrato até a conclusão dos investimentos realizados no intuito de obter água de fontes alternativas, conforme descrito abaixo:

9.2.1.1. Custo Médio de Aquisição e Consumo de Água [Item 1 do Quadro 7 e Item 7 do Quadro 8]: apure os custos a partir da ponderação entre a composição das fontes efetivamente utilizadas (água da CEDAE e de fontes alternativas) e os respectivos custos de aquisição/produção;

9.2.1.2. Energia Elétrica [Item 4 do Quadro 7 e Item 2 do Quadro 8]: considere o valor de R\$ 31.320,79 (trinta e um mil, trezentos e vinte reais e setenta e nove centavos) para o custo da energia elétrica em fev/2005, conforme definido no RT-010/2006;

9.2.1.3. Depreciação dos Investimentos em Melhoria [Item 10 do Quadro 7 e Item 9 do Quadro 8] e Despesas Financeiras [Item 11 do Quadro 7 e Item 10 do Quadro 8]: apure os respectivos custos levando em conta:

9.2.1.3.1. a data de efetiva execução dos investimentos;



9.2.1.3.2. o prazo de amortização compreendido entre a data da execução dos investimentos e término da vigência do contrato, à exceção dos 'Investimentos em Melhorias do Sistema Atual' realizados em fev/2005, que devem ser amortizados nos primeiros cinco anos da concessão;

9.2.1.3.3. a taxa de juros de 25%, no caso dos investimentos previstos no Contrato 024.ST/2004-0061 realizados até fev/2007, desde que sua existência seja comprovada fisicamente;

9.2.1.3.4. a taxa de juros de 25%, no caso dos eventuais investimentos sem previsão no Contrato 024.ST/2004-0061, realizados até fev/2007 a requerimento da Infraero, a título de ampliação do objeto, desde que sua existência seja comprovada fisicamente e seu valor seja comprovado documentalmente;

9.2.1.3.5. a taxa de juros de 18,5%, no caso dos investimentos previstos no Contrato 024.ST/2004-0061, realizados a partir de mar/2007, desde que sua existência seja comprovada fisicamente;

9.2.1.3.6. a taxa de juros de 18,5%, no caso de eventuais investimentos sem previsão no Contrato 024.ST/2004-0061, mas realizados a partir de mar/2007 a requerimento da Infraero, a título de ampliação do objeto, desde que sua existência seja comprovada fisicamente e seu valor seja comprovado documentalmente;

9.2.1.3.7. a taxa líquida de remuneração de títulos públicos praticada à época de cada investimento, no caso dos investimentos sem previsão no Contrato 024.ST/2004-0061 e realizados em decorrência da álea extraordinária e extracontratual, inclusive aqueles inseridos por ocasião do 2º Termo Aditivo, desde que sua existência seja comprovada fisicamente e seu valor seja comprovado documentalmente, bem assim que se fizeram necessários em decorrência da impossibilidade de perfuração de novos poços;

9.2.1.3.8. a utilização do Sistema PRICE, conforme tabela 'Quadro 5 - Demonstração do Resultado Projetado do 1º Ano';

9.2.1.3.9. o valor histórico dos investimentos, sem correção;

9.2.1.3.10. abstenha-se de considerar, para fins de composição de preço unitário, as despesas de depreciação indicadas na tabela 'Quadro 5 - Demonstração do Resultado Projetado do 1º Ano';

9.2.1.4. Despesas com Devedores Duvidosos [Item 14 do Quadro 7 e Item 13 do Quadro 8]: zere o custo no período em que o risco de inadimplência foi suportado pela Infraero;

9.2.1.5. BDI [Item 15 do Quadro 7 e Item 14 do Quadro 8]:

9.2.1.5.1. exclua a CPMF (0,35%) do custo a partir de jan/2008;

9.2.1.5.2. substitua o percentual da Despesa Administrativa do Escritório Central incidente sobre o faturamento de água por 2,03% e o incidente sobre o faturamento de esgoto por 1,56%;

9.2.2. as novas tarifas deverão ser recalculadas mensalmente até o mês de conclusão dos investimentos para obtenção de água de fontes alternativas, quando deverão ter seu valor fixado, passando a variar somente nas hipóteses previstas no item 5 do Contrato 024.ST/2004-0061;

9.2.3. adote os preços unitários de água e de esgoto por metro cúbico apurados após ajustes acima, como referência para os faturamentos mensais dos serviços prestados, bem como para fins de eventuais reajustamentos e repactuações subsequentes;

9.2.4. atribua as perdas de água à CDN, mediante a aplicação dos percentuais, incidentes sobre o volume de águas adquiridas da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – Cedaee, de 11,33% de set/2007 a fev/2008, de 8% nos doze meses seguintes e de 5% até o fim do contrato;

9.2.5. deduza dos valores faturados a água consumida pela CDN, inclusive a referente às medições de fev/2005 e do período entre jun/2005 e fev/2007;

9.2.6. apure o saldo resultante dos créditos e débitos junto à CDN e proponha a celebração de termo aditivo, para acerto de contas;

9.2.7. caso a CDN se oponha à celebração de aditivo, adote as medidas administrativas e legais pertinentes, inclusive instauração de tomada de contas especial; e

9.2.8. avalie, à luz do expressivo aumento do consumo total de água verificado a partir da implantação do processo de obtenção de água de reuso, a vantajosidade e a economicidade do sistema, informando esta Corte sobre suas conclusões e providências que considera apropriadas a evitar que o novo sistema onere o contrato.

HISTÓRICO

Da representação inicial (TC 016.466/2009-9, encerrado)

2. O presente monitoramento tem origem em uma representação versando sobre a legalidade dos preços praticados no Contrato 024-ST/2004/0061, firmado entre a Infraero e a CDN, o qual tem como objeto a concessão de uso de área no Aeroporto do Galeão para execução de serviços de abastecimento, tratamento e distribuição de água e esgoto para os condôminos.



3. No âmbito dessa representação foram tomadas as seguintes decisões que importam saber para fins do presente monitoramento (em ordem cronológica):

a) Acórdão 6.249/2012-TCU-1ª Câmara, que julgou a representação procedente e fixou prazo de noventa dias para a Infraero implementar uma série de ações no âmbito do Contrato 024-ST/2004/0061;

b) Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, que tornou insubsistentes os itens 9.3, 9.4 e subitens, e 9.5 do Acórdão 6.249/2012-TCU-1ª Câmara, em virtude de error in procedendo na unidade instrutiva, e determinou novo prazo e novas providências a serem adotadas pela Infraero;

c) Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Bruno Dantas), que, reconhecendo a intempestividade de pedido de reexame formulado pela Infraero, adotou a seguinte medida:

1.10. esclarecer à Infraero que o Acórdão 7.285/2013-Primeira Câmara não se caracteriza como título hábil para gerar crédito em favor da empresa contratada, podendo apenas **concluir que o valor contratado não apresentava sobrepreço**, devendo a Infraero adotar as medidas que considerar mais favoráveis ao interesse público em relação à metodologia de cálculo contida no acórdão em referência, desde que não gere prejuízo ao erário. (grifo nosso)

d) Acórdão 2.807/2016-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Bruno Dantas), que rejeitou embargos opostos pela CDN, mantendo inalterados os termos do Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara.

Da primeira tentativa de monitoramento (TC 041.892/2012-7, encerrado)

4. Em um primeiro momento, sobreveio o monitoramento do Acórdão 6.249/2012-TCU-1ª Câmara, com as alterações promovidas pelo subsequente Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara. Ocorre que como a diretriz estabelecida no item 9.2.1.2 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara ainda era objeto de questionamento pelas partes envolvidas, decidiu-se naquele momento pelo encerramento do processo até que fosse possível a sua continuidade (peça 67, itens 10-11, e peça 68, ambos do TC 016.466/2009-9).

5. No âmbito desse monitoramento inicial foram tomadas as seguintes decisões que importam saber para fins da presente análise (em ordem cronológica):

a) Acórdão 578/2014-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues), que prorrogou por sessenta dias o prazo da Infraero para cumprimento do item 9.2 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara (providências a adotar no âmbito do Contrato 024-ST/2004-0061);

b) Acórdão 535/2014-TCU-Plenário (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues), que (i) concedeu mais noventa dias para a Infraero cumprir o item 9.2 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, (ii) adotou **medida cautelar** obstando pagamento ou reconhecimento de dívida pela Infraero em razão dos cálculos efetuados em cumprimento ao Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, até o trânsito em julgado da decisão que apreciar a regularidade dos cálculos efetuados pela estatal, e (iii) determinou à Infraero revalidação dos cálculos elaborados em cumprimento ao Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara;

c) Acórdão 1.975/2014-TCU-1ª Câmara (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues), que concedeu uma outra prorrogação de noventa dias para a Infraero cumprir o item 9.2 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara.

Do monitoramento atual

6. Uma vez concluído o julgamento do Acórdão 2.807/2016-TCU-1ª Câmara, que rejeitou embargos opostos pela CDN, o monitoramento foi reiniciado sob um novo processo e diligenciada a Infraero para que informasse esta Corte acerca do cumprimento do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara (peça 11). A Infraero (peças 20-23) e a CDN (peças 8, 25 e 26) já apresentaram suas manifestações, estando o processo apto para julgamento do seu mérito.

EXAME TÉCNICO

Das manifestações da Infraero (peças 20-23)

7. A estatal argumenta, em síntese, que após proceder aos cálculos determinados pelo TCU no Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, o resultado foi bastante prejudicial ao erário, e que se tornaria devedora de ao menos R\$ 32.223.393,31 à CDN (peça 20, p. 2).



8. Ressalta que, por esse motivo, tentou rever os termos do subitem 9.2.1.2 do acórdão supracitado, que balizava o valor para o custo da energia elétrica em determinado período, e que a Corte decidiu que cabe à Infraero adotar as medidas que entender pertinentes em relação à metodologia de cálculo, uma vez que o Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara tinha o condão único e exclusivo de constatar eventual sobrepreço (peça 20, p. 3).

9. Esclarece ainda que, por esse raciocínio, com o advento do Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara, a Corte teria entendido que não era de cunho obrigatório a adoção da nova metodologia de cálculo no contrato firmado com a CDN, razão pela qual entende que não há cumprimento de acórdão a ser monitorado nesse sentido (peça 20, p. 3).

10. Informa também que está litigando contra a CDN e que a justiça reconheceu a improcedência do reajuste das tarifas contratuais (v. peças 21-23), requerendo que seja reconhecido o pleno atendimento das determinações exaradas pela Corte e o seu consequente arquivamento (peça 20, p. 4).

Das manifestações da CDN (peças 8, 25 e 26)

11. Além de um memorial apenas requerendo o desentranhamento do pedido de reexame da Infraero para a juntada no presente processo (peça 8), a CDN produziu outras duas manifestações, uma em 20/3/2017 (peça 25) – a qual versa sobre suas considerações acerca do documento apresentado pela Infraero à peça 20, e outra mais recente, datada de 7/6/2018 (peça 26) – como memorial que reforça seu posicionamento em relação a supostos equívocos cometidos pela Infraero no cumprimento do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara.

12. Em resumo, a CDN sustenta que o Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara afastou diversas das irregularidades inicialmente apontadas no contrato, dado que o item 9.1 do julgado tornou insubsistentes os itens 9.3, 9.4 e subitens, e 9.5 do Acórdão 6.249/2012-1ª Câmara. Além disso argumenta-se que o Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara também reconheceu a necessidade de a Infraero apurar os créditos e débitos havidos entre as partes, com a celebração de termo aditivo para acerto de contas (item 9.2.6), e determinou que a Infraero adotasse diversas medidas com vistas à adequação do Contrato 24-ST/2004/0061.

13. Além disso, segundo a CDN, o próprio Relator determinou no Acórdão 6.249/2012-TCU-1ª Câmara que tais medidas a serem implementadas pela Infraero deveriam sofrer acompanhamento da CDN, observando o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório (peça 25, p. 1). Sustenta que a Infraero, a despeito de tal orientação do Relator, obstaculizou o acompanhamento das análises desenvolvidas pela estatal e que os estudos e análises desenvolvidos unilateralmente pela Infraero, que informaram haver crédito em favor da CDN, possuem diversas falhas e equívocos, apontando para as seguintes ocorrências:

d) tentativa da Infraero de impor, alternativamente, um custo de energia elétrica diferente do estipulado pelo TCU (peça 25, p. 12-22);

e) erro material no cálculo do custo médio de aquisição e consumo de água e no cálculo do consumo de água para tratamento de esgoto e para laboratório (peça 25, p. 12-21);

f) utilização de datas bases distintas no cálculo dos custos de depreciação dos investimentos, o que importaria a necessidade de que todos os investimentos, previstos e não previstos, fossem analisados na mesma base temporal, bem como suposta duplicidade nos valores obtidos à título de investimentos em melhoria que geraram crédito inexistente à Infraero (peça 25, p. 22-23);

g) possível duplicidade que gerou crédito a título de ‘devedores duvidosos’ para a Infraero, que já teria sido compensada diretamente nas tarifas recalculadas de água e esgoto (peça 25, p. 24);

h) somatório de valores a título de exclusão da CPMF e substituição do percentual de despesa administrativa do escritório central em datas bases distintas, que repercutiram em duplicidade de valores gerando crédito indevido à estatal (peça 25, p. 24-25);

i) apresentação de recálculo de fontes alternativas com valores diferentes dos determinados pelo TCU (peça 25, p. 25-26);



j) cálculo de perdas e de água consumida calculados como indenização e não incorporados às tarifas (peça 25, p. 26-26);

14. Argumenta também que a revisão dos custos que compõem as tarifas no âmbito da relação contratual reconheceu uma série de providências a cargo da Infraero que desequilibraram o contrato, alterando as premissas inicialmente pactuadas pelas partes. Nesse sentido, salienta que o entendimento foi inclusive albergado pelo Relator em seu voto condutor, que reconheceu a necessidade de se avaliar o preço global do contrato.

15. Defende a impossibilidade de rediscussão das determinações do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, como pretende a Infraero, dado que o próprio regimento do TCU estabelece a coisa julgada administrativa, nesse caso.

16. Sustenta, por fim, a regularidade dos custos de energia elétrica e o afastamento das análises e cálculos realizados unilateralmente pela Infraero, ou seja, de forma diferente da estabelecida pelo TCU.

Análise do TCU

17. O termo ‘desde que não gere prejuízo ao erário’ mencionado no Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara relaciona-se à identificação de eventual sobrepreço, cerne da questão envolvida quando da análise dos fatos, e não significa, ao contrário do que supõe a Infraero, afastar ou reformar as demais providências já determinadas pelo próprio Tribunal, que, conforme texto expresso do subitem 9.2.6 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, poderiam resultar inclusive na apuração de saldo credor em favor da CDN.

18. Dessa forma, eventual saldo de crédito em favor da contratada obtido a partir de metodologia de livre emprego pela Infraero, desde que cumpridas as providências determinadas no Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, não pode ser confundida como sendo um prejuízo ao erário, uma vez que se trata de medida adotada com o fito de atender o exato cumprimento da lei no âmbito do Contrato 24-ST/2004/0061 – o que está colocado inclusive no próprio teor do item 9.2 do referido julgado.

19. A Infraero já apresentou os cálculos com os parâmetros de referência do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara na primeira tentativa de monitoramento (peça 19 do TC 041.892/2012-7), e o referido julgado não estabeleceu outra restrição ao pagamento além da observância àqueles parâmetros. Naquela oportunidade os cálculos indicavam crédito aproximado em favor da CDN de R\$ 35.385.065,40, consoante Voto do Relator (peça 24 do TC 041.892/2012-7).

20. Entretanto, devido à adoção de medida cautelar posteriormente (Acórdão 535/2014-TCU-Plenário) a Infraero foi proibida de realizar qualquer ato que implicasse pagamento ou reconhecimento de dívida – o que, por consequência, lhe isentava de cumprir a segunda parte do item 9.2.6 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, o qual determina à estatal que propusesse a celebração de termo aditivo para acerto de contas, antes de realizada uma revalidação dos cálculos.

21. A revalidação dos cálculos apontou o valor de R\$ 32.223.393,31 a favor da CDN, valor este ratificado na peça 40, p. 4, do TC 041.892/2012-7 (monitoramento anterior), razão pela qual a Infraero tentou novamente rediscutir os parâmetros norteadores do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara. No entanto tal hipótese já está descartada por ter o Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara não conhecido do recurso pleiteado pela Infraero, e ter decidido ainda:

1.10. esclarecer à Infraero que o Acórdão 7285/2013-Primeira Câmara não se caracteriza como título hábil para gerar crédito em favor da empresa contratada, **podendo apenas concluir que o valor contratado não apresentava sobrepreço, devendo a Infraero adotar as medidas que considerar mais favoráveis ao interesse público em relação à metodologia de cálculo contida no acórdão em referência**, desde que não gere prejuízo ao erário.

22. Essa decisão adotou como fundamento as razões de decidir elencadas pela Serur (peça 417, TC 016.466/2009-9), que se posicionou no seguinte sentido:

Importa destacar, porém, que o Acórdão 7285/2013-Primeira Câmara teve por objetivo estabelecer a **correta metodologia para identificação de eventual sobrepreço** que estivesse ocorrendo em desvantagem do

erário e viabilizar que o consequente prejuízo ao erário, se existente, fosse coibido. **A decisão não pode ser entendida como título hábil para gerar crédito em favor da contratada** (porque se assim fosse, a decisão seria expressa a respeito, ante o caráter excepcional da medida, fora de todos os parâmetros usualmente adotados pelo controle). **Somente seria possível aferir que não houve sobrepreço e o valor contratado foi regular**, representando o menor preço obtido no certame licitatório.

Por meio do decisum, objetiva-se apurar o preço global do contrato, não com base no exame de itens isolados, e sim a partir de metodologia baseada na compensação de eventuais créditos e débitos decorrentes do cálculo do conjunto de itens unitários constantes do ajuste.

A determinação contida no item 9.2 do Acórdão 7285/2013-Primeira Câmara observa a lógica contida em qualquer compensação: a obrigação anterior é anulada, não gerando, automaticamente, crédito em favor da parte originalmente devedora. **O objetivo, em suma, é quantificar, se existente, eventual prejuízo ao erário, e não o de conceder à contratada eventual diferença (que ela pode, até mesmo, ter deixado de precificar justamente para vencer a disputa pelo contrato).**

Ante o exposto, propõe-se esclarecer à Infraero que o Acórdão 7285/2013-Primeira Câmara não se caracteriza como título hábil para gerar crédito em favor da empresa contratada, podendo apenas concluir que o valor contratado não apresentava sobrepreço, devendo a Infraero adotar as medidas que considerar mais favoráveis ao interesse público em relação à metodologia de cálculo contida no acórdão em referência, desde que não gere prejuízo ao erário. (grifo nosso)

23. O valor revalidado anteriormente pela Infraero também já foi analisado em documento mais recente pela própria estatal (peça 20), que não trouxe novos elementos que alterassem a condição de credora da CDN.

24. Apesar da CDN ter apontado diversos potenciais erros cometidos pela Infraero, a estatal apresentou tanto uma versão considerando a adequação do custo de energia elétrica de forma que lhe é mais favorável e que impacta sobremaneira o cálculo dos créditos/débitos da CDN com a estatal, quanto uma outra versão conforme os parâmetros determinados pelo Tribunal (peça 40 do TC 041.892/2012-7 – itens não digitalizáveis), e foi oportunizada à CDN vista dos documentos que embasaram os cálculos realizados pela Infraero, os quais inclusive foram objeto de manifestações por ambas as partes.

25. Os parâmetros fixados pelo TCU estão considerados pela documentação de suporte abaixo (rol não exaustivo) extraída da peça 27 (cópia da peça 40 do TC 041.892/2012-7), demonstrando que, apesar do valor final elevado encontrado, há memória de cálculo pormenorizada que o justifica:

Item do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara	Síntese da Determinação	Evidência	Stat us
9.2.1.1	Recomposição dos preços de água e esgoto – ponderação das fontes efetivamente utilizadas	Peça 27, p. 13-15	Cumprido
9.2.1.2	Considerar o valor de R\$ 31.320,79 (data-base fev/2005) para a energia elétrica	Peça 27, p. 15-16	Cumprido
9.2.1.3 e subitens	Ajustes de depreciação dos investimentos em melhoria e despesas financeiras	Peça 27, p. 16-18	Cumprido
9.2.1.4	Alteração na metodologia de despesas com devedores duvidosos	Peça 27, p. 18	Cumprido
9.2.1.5	Modificação na composição de BDI	Peça 27, p. 18-19	Cumprido
9.2.2 e 9.2.3	Recálculo mensal das tarifas	Peça 27, p. 19-21	Cumprido
9.2.4	Aplicação de índices de perdas	Peça 27, p.	Cumprido

	<i>especificados</i>	21	<i>prido</i>
9.2.5	<i>Dedução dos valores de água faturados pela própria CDN</i>	Peça 27, p. 21-22	Cumprido
9.2.6	<i>Apuração de saldo dos créditos e débitos junto à CDN e celebração de termo aditivo</i>	Peça 27, p. 22-24	Cumprido
9.2.7	<i>Adoção de medidas administrativas em caso de insucesso no termo aditivo</i>	Não aplicável	Não aplicável
9.2.8	<i>Avaliação da economicidade e vantajosidade do sistema de água de reuso</i>	Rescisão do Contrato / aeroporto já concedido	Cumprido

Fonte: Elaboração própria a partir das informações da peça 40 do TC 041.892/2012-7

Observação: As planilhas e valores da peça 27 estão detalhadas nos itens não digitalizáveis da peça 40 do TC 041.892/2012-7

26. É importante mencionar ainda que os supostos equívocos mencionados pela CDN nos cálculos da estatal, em sede de memorial, foram protocolados apenas em 20/março/2017, e, a despeito de seu mérito, não cabe mais rediscussão dos parâmetros estabelecidos no Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara nesta etapa processual. Além disso, a CDN em sua argumentação (peça 25), apesar de não ser explícita a respeito, acaba se referindo aos cálculos da Infraero apresentados com as adequações pleiteadas pela estatal (metodologia alternativa), e apenas de maneira residual aos cálculos conforme o acórdão citado anteriormente (itens não digitalizáveis da peça 40 do TC 041.892/2012-7).

27. Na parte atinente aos parâmetros colocados pelo TCU e calculados pela Infraero, não assiste razão à CDN em relação aos apontamentos, uma vez que conforme disposição expressa do Acórdão 3.902/2015-TCU-1ª Câmara, a Infraero pode adotar as medidas que considerar mais favoráveis ao interesse público em relação à metodologia de cálculo contida no Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara. Nesse aspecto, pode ser enquadrado, por exemplo, a natureza argumentada como controversa do cálculo de perdas e de água consumida, os quais foram calculados como indenização pela Infraero (peça 25, p. 26-26). Ainda que esses itens fossem incorporados à tarifa, em nada se alteraria a conclusão de que não houve sobrepreço no contrato.

28. Uma vez que os cálculos já estão concluídos e foram amplamente discutidos, estando, portanto, em conformidade com os parâmetros estabelecidos no referido decisum, e tendo em vista que o Contrato 024 ST/2004/0061 objeto desta discussão foi assinado em 31/5/2004 e rescindido unilateralmente pela Infraero em 18/7/2012 (v. peça 385, p. 1, e peça 401, p. 5, ambas do TC 016.466/2009-9), não havendo qualquer impacto à continuidade dos serviços no aeroporto – inclusive por este estar agora sob gestão privada, deve-se revogar a medida cautelar imposta pelo Acórdão 535/2014-TCU-Plenário.

29. Como a rescisão unilateral do contrato pela Infraero já foi questionada e confirmada inclusive judicialmente, e não foi evidenciado sobrepreço ao final dos cálculos efetuados pela estatal, não há mais como celebrar termo aditivo, não sendo mais aplicável a segunda parte do item 9.2.6 do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, o qual determinou à estatal que propusesse a celebração de termo aditivo para acerto de contas, seja ele devedor ou credor.

30. Em relação a tais créditos apurados a favor da CDN também cabe observar que a única finalidade de tal apuração no âmbito do presente monitoramento foi a de embasar conclusão a respeito de eventual sobrepreço. Sendo assim, **os desequilíbrios contratuais gerados na relação entre a estatal e a CDN devem ser resolvidos fora da esfera de atuação desta Corte, uma vez que não cabe ao TCU a tutela de interesses particulares.**

31. Nesse sentido, decisões judiciais juntadas pela Infraero desfavoráveis à CDN também não vinculam a opinião do TCU sobre a inexistência de desequilíbrio na relação contratual, uma vez que, além de utilizarem como justificativa a própria demora no julgamento deste processo e a medida



cautelar obtida junto à Corte para afastar os reajustes contratuais na seara judicial, é cediço o entendimento nesta Corte que em se tratando de ação de natureza civil, prevalece a regra geral, que é a incomunicabilidade das instâncias civil, penal e administrativa (Acórdão 2.983/2016-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas).

32. Dessa forma, o montante aproximado de R\$ 32.223.393,31 a favor da CDN (peça 20, p. 2) permite concluir com segurança que, após efetuados os cálculos determinados pelo TCU, não foi constatado sobrepreço, devendo o presente monitoramento ser encerrado por ter alcançado o objetivo para o qual foi constituído.

CONCLUSÃO

33. Todos os cálculos necessários ao pleno atendimento das determinações exaradas pelo TCU já foram revistos pela Infraero e resultaram em crédito a favor da CDN no montante aproximado de R\$ 32.223.393,31, valor este ainda sujeito à devida atualização. Não foram encontradas evidências que apontem que os cálculos destoam das premissas adotadas pelo TCU.

34. A Infraero até o momento não celebrou termo aditivo reconhecendo o crédito supracitado, uma vez que estava amparada por medida cautelar há mais de 4 anos (e ainda vigente) fundada tão somente na expressividade dos valores, bem como pelo fato da relação contratual já ter sido encerrada.

35. Essa questão, no entanto, está superada com a revalidação dos cálculos pela Infraero, sendo imprescindível a revogação da medida cautelar, em razão da ausência de sobrepreço detectado.

36. Tendo em vista que o processo alcançou a finalidade para o qual foi constituído, deve-se também arquivá-lo, dando ciência da decisão à Infraero e à CDN.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

37. Diante do exposto, com submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) revogar a medida cautelar proferida em 12/3/2014 no Acórdão 535/2014-TCU-Plenário, em razão de não mais estarem presentes os fundamentos que levaram à sua adoção;

b) considerar cumpridas as determinações do Acórdão 7.285/2013-TCU-1ª Câmara, com exceção da segunda parte do item 9.2.6 e do item 9.2.7 daquele julgado, as quais não são mais aplicáveis em razão do término da relação contratual entre a Infraero e a empresa CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda.;

c) arquivar o processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

d) dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. (CNPJ 07.496.584/0001-87) com fundamento no art. 169, § 1º, do Regimento Interno do TCU.”

VOTO

Cuidam os autos de monitoramento do cumprimento das determinações exaradas pelo Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, lavrado no processo de representação TC 016.466/2009-9, formulada pela Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, que noticiou supostas irregularidades na execução do Contrato 024.ST/2004-0061, celebrado como resultado da Concorrência Internacional 002/DADL/SBGL/2001, promovida pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para a gestão do fornecimento de água e tratamento de esgoto do Aeroporto Internacional Antônio Carlos Jobim (Galeão), no Rio de Janeiro/RJ.

À época da licitação, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae) fornecia água até o limite da área patrimonial da União. Uma prestadora de serviços realizava manutenção, operação dos equipamentos e instalações, medição da água consumida pelos concessionários e o tratamento do esgoto. À Infraero cabia prover a infraestrutura de armazenagem e de distribuição de água e de recolhimento do esgoto, pagar pela água fornecida pela Cedae e ratear o custo entre os usuários.

Com a licitação, a Infraero pretendia delegar à nova contratada todas as tarefas acima, bem assim a execução dos investimentos necessários à modernização do sistema e utilização de fontes alternativas. Tornar-se-ia, assim, mera usuária do sistema de água e esgoto do aeroporto, respondendo financeiramente apenas pelo seu próprio consumo da água e geração de esgoto.

De acordo com o instrumento convocatório, a contratação se daria pelo regime de empreitada global, com remuneração calculada, basicamente, através da multiplicação das tarifas pactuadas pelo volume de água e esgoto. A lucratividade do empreendimento estaria subordinada à redução do desperdício e ao aumento da produtividade do sistema.

O objeto do certame foi adjudicado à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda., com base em proposta que previa a substituição de grande parte da água fornecida pela Cedae por água de reuso e de poços artesianos, viabilizada por investimentos expressivos a cargo da contratada.

Ocorre que, na execução da avença, ocorreram vários descumprimentos de compromissos assumidos, atrasos na execução de investimentos, aumentos sucessivos de tarifas, redimensionamentos de investimentos previstos, inclusões indevidas de itens nas planilhas de custos, falhas na medição de serviços e irregularidades na concessão de reequilíbrio econômico-financeiro e de reajustamento contratual, que estariam resultando em pagamentos indevidos à contratada.

Após audiência dos responsáveis e oitiva da Infraero e da CDN, o TCU, em anuência ao proposto pela então 1ª Secex (peça 182 do TC 016.466/2009-9), proferiu o Acórdão 6.249/2012-1ª Câmara, que fixou prazo para cálculo dos valores devidos, em conformidade com parâmetros estabelecidos pela deliberação, e compensação dos valores pagos indevidamente, se necessário, mediante celebração de termos aditivos.

Na ocasião, esta Corte levou em conta, em favor da CDN e dos responsáveis, a existência de percalços relevantes, com efeitos negativos, sobre a plena implementação do pactuado, não imputáveis à contratada, a exemplo da demora de 17 meses para celebração do contrato, dos atrasos à concessão de reajustes e reequilíbrios econômico-financeiros e da superveniência do Decreto Estadual 40.156/2006, que impediu perfuração de poços artesianos e obrigou realização de adutoras exclusivas.

Os parâmetros estabelecidos pelo Acórdão 6.249/2012-1ª Câmara foram modificados pelo ora monitorado Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, transcrito no relatório precedente.

Todavia, ao realizar os cálculos necessários, a Infraero verificou que, em vez de credora da CDN, como supunha, passou a devedora, no montante de R\$ 32.223.393,31.

Diante disso, interpôs pedido de reexame que deu ensejo ao esclarecimento, prestado pelo Relator do recurso, de que o Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara não constituía título hábil para gerar crédito em favor da contratada, bem assim que cabia à Infraero adotar as medidas que entendesse mais favoráveis ao interesse público (Acórdão 3.902/2015-1ª Câmara, mantido pelo Acórdão 2.807/2016-1ª Câmara).

Na ocasião, já estava em vigor medida cautelar, exarada por meio do Acórdão 535/2014-Plenário (TC 041.892/2012-7), obstando pagamento ou reconhecimento de dívida em razão de cálculos efetuados em cumprimento ao Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, até que o TCU apreciasse a regularidade dos cálculos efetuados pela empresa pública.

Nos presentes autos, antes de proceder ao exame das medidas adotadas pela Infraero para cumprir o Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviárias e Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação) promoveu oitivas da Infraero e da CDN (peças 20-23 e 8, 25 e 26).

Em atendimento, a Infraero informou que está litigando judicialmente contra a CDN e a justiça reconheceu a improcedência do reajuste das tarifas contratuais. Ante a apresentação dos cálculos ao TCU, requer o reconhecimento do pleno atendimento às determinações e o arquivamento destes autos.

A CDN, entre outros argumentos, afirmou que o TCU concluiu não haver irregularidades nos pagamentos concernentes à energia elétrica e a Infraero *“distorce completamente as determinações do TCU e se nega, de forma reiterada e deliberada, a dar o devido cumprimento às determinações do Acórdão n. 7.285/2013-1ª Câmara”*, já transitado em julgado. Segundo a empresa, a ausência de



conclusão definitiva, por parte do TCU, no sentido da inexistência de prejuízo ao Erário, tem dado ensejo à negativa de provimento aos seus pleitos junto ao Poder Judiciário.

A unidade instrutiva propõe considerar cumpridas as determinações do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, com exceção da segunda parte do item 9.2.6 e do item 9.2.7 daquele julgado, as quais considera já não aplicáveis, em razão do término da relação contratual entre a Infraero e CDN.

Apresentados os fatos que deram origem ao presente monitoramento, passo a decidir.

Diversamente do que aparenta crer a CDN, esta Corte não determinou que a Infraero realizasse cálculos para estabelecer o valor a ser pago àquela empresa. Aliás, nem lhe cabia fazê-lo, porquanto não se insere, entre as competências do TCU, a solução de litígios entre empresas públicas e privadas, muito menos a tutela de interesses particulares, conforme jurisprudência já longa e consolidada desta Corte de Contas, da qual destaco o Acórdão 4.056/2010-1ª Câmara.

O processo de representação TC 016.466/2009-9 foi autuado para evitar a concretização de suposto dano ao Erário, decorrente de irregularidades que, de acordo com a representante, vinham sendo praticadas na execução do Contrato 024.ST/2004-0061. Naqueles autos, o TCU examinou o instrumento convocatório, a proposta apresentada pela licitante CDN, o contrato e os fatos relacionados à sua execução e, com base nisso, estabeleceu metodologia de cálculo, cuja aplicação resulta em valor limite, além do qual o pagamento passa a caracterizar dano ao Erário.

Para eliminar o risco de enriquecimento injusto do Estado em detrimento da CDN, o Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara adotou premissas extremamente conservadoras, consubstanciadas no estabelecimento de parâmetros favoráveis à contratada, nos casos em que havia mais de uma solução viável.

Conservadorismo no cálculo de débitos é, aliás, prática corriqueira desta Corte de Contas, conforme evidencia a jurisprudência pacífica do TCU, a exemplo dos acórdãos 5.535/2010 da 1ª Câmara, e 3.020/2011, 5.794/2011, 6.758/2011, 1.255/2012 e 7.395/2012, da 2ª Câmara. Por óbvio, a Corte não se coaduna com o papel de árbitro de litígio comercial que lhe gostaria de atribuir a CDN.

Em que pese acarretar débito inferior ao que o TCU poderia imputar, a adoção de premissas favoráveis ao devedor atende o disposto no art. 210, II, do Regimento Interno desta Corte, que estabelece, nos casos em que não for possível quantificar com exatidão o real valor devido, o TCU deverá estimar quantia que seguramente não o excederia.

O arbitramento de disputas comerciais entre a Administração e suas contratadas, pretendido pela CDN, por sua vez, requer postura bastante distinta do julgador, de neutralidade e equanimidade, e não está a cargo do TCU, mas do Poder Judiciário.

Por isso, irrepreensível o Acórdão 3.902/2015-1ª Câmara, ao consignar que:

- i. cabia à Infraero adotar as medidas que considerasse mais favoráveis ao interesse público em relação ao cálculo do valor devido por força do Contrato 024.ST/2004-0061; e
- ii. o Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara tinha o objetivo de estabelecer metodologia para coibir prejuízo ao Erário, e não de conceder à contratada eventual diferença. Por isso, não constitui título hábil para gerar crédito em favor da contratada.

Assentado o alcance da determinação ínsita no Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, verifico que não há evidências de que os cálculos efetuados pela Infraero destoem das premissas estabelecidas pelo TCU.

Todavia, o cálculo ordenado não constitui fim em si mesmo, mas expediente para evitar pagamentos que resultem em dano ao Erário, o que somente poderá ser cabalmente aferido mediante o exame dos valores efetivamente pagos à CDN.

Por isso, considero parcialmente cumpridos os itens 9.2.1 a 9.2.5, e respectivos subitens, bem assim a parte inicial do item 9.2.6, todos do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, e, haja vista a rescisão do Contrato 024.ST/2004-0061, considero prejudicado o cumprimento da parte final do item 9.2.6 e os itens 9.2.7, 9.2.8, sem prejuízo de determinar à Infraero que informe o TCU a respeito dos valores que vierem a ser pagos em decorrência do Contrato 024.ST/2004-0061, no prazo máximo de 48 horas dos pagamentos.



Além disso, determino à SeinfraRodoviaAviação que avalie se os valores efetivamente pagos à CDN, que vierem a ser informados pela Infraero, encontram-se dentro do valor limite obtido a partir da aplicação dos parâmetros estabelecidos pelo Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, representando a esse Tribunal, caso necessário.

Por fim, apreciados pelo TCU os cálculos efetuados pela Infraero, perde eficácia a cautelar exarada por meio do item 9.2 do Acórdão 535/2014-Plenário, que determinava que a estatal se abstivesse de efetuar pagamentos à CDN antes de aferidos por esta Corte.

Com essas considerações, voto no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que submeto ao Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2084/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 031.743/2016-1.

1.1. Apenso: 030.324/2016-5

2. Grupo I – Classe de Assunto: V Monitoramento

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessado: CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. (07.496.584/0001-87).

4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviárias e Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).

8. Representação legal:

8.1. Igor Fellipe Araujo de Sousa (41.605/OAB-DF) e outros, representando CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda.

8.2. Rosimeire Gaudad Sardinha Carneiro e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do monitoramento do cumprimento das determinações constantes do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fulcro nos arts. 157; 183, parágrafo único; 276, caput e § 3º; todos do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. considerar parcialmente cumpridos os itens 9.2.1 a 9.2.5, e respectivos subitens, bem assim a parte inicial do item 9.2.6, todos do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;

9.2. considerar prejudicado o cumprimento da parte final do item 9.2.6 e dos itens 9.2.7, 9.2.8, todos do Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara;

9.3. determinar à Infraero que, no prazo máximo de 48 horas dos pagamentos, informe o TCU a respeito dos valores que vierem a ser pagos à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. em decorrência do Contrato 024.ST/2004-0061;

9.4. determinar à SeinfraRodoviaAviação que avalie se os valores efetivamente pagos à CDN, que vierem a ser informados em cumprimento ao item 9.3 acima, encontram-se dentro do valor limite obtido a partir da aplicação dos parâmetros estabelecidos pelo Acórdão 7.285/2013-1ª Câmara, representando a esse Tribunal, caso necessário; e

9.5. informar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e à CDN Serviços de Água e Esgoto Ltda. acerca da perda de efeito da medida cautelar adotada por intermédio do item 9.2 do Acórdão 535/2014-Plenário.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.



11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2084-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 007.825/2019-6

Natureza(s): Solicitação

Órgão/Entidade: não há

Representação legal: não há

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS. PETROBRAS. NÃO ATENDIMENTO A REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA TRATADA EM OUTROS PROCESSOS.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução elaborada na Secretaria de Macroavaliação Governamental (peça 6), que contou com a anuência do Assessor daquela unidade (peça 7).

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de solicitação (peça 1) formulada pela liderança do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na Câmara dos Deputados mediante a qual requer informações acerca de “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa pública Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras).

2. O documento que encaminhou a solicitação a este Tribunal de Contas da União (TCU), Ofício 16/2019, não traz maiores esclarecimentos acerca do questionado “Acordo de Assunção de Compromissos”. Assim, para melhor contextualização do tema, é feito breve histórico, com base em informações e documentos existentes em outros processos que tramitam no Tribunal sobre a mesma matéria, como se detalha mais à frente na presente instrução.

3. Em setembro de 2018, a Petrobrás estabeleceu acordo com a *Securities and Exchange Commission* (SEC) e o Departamento de Justiça (DoJ) dos Estados Unidos da América (*Non Prosecution Agreement* – peça 6), no qual a empresa brasileira, com objetivo de evitar o ajuizamento de ações em seu desfavor naquele país, se comprometeu a pagar multa no valor total de US\$ 853.200.000,00, sendo que, deste montante, 80% (US\$ 682.560.000,00) poderiam ser compensados mediante o pagamento de valor equivalente em reais no território nacional.

4. Nesse contexto, a Petrobrás e Procuradores da República atuantes no Ministério Público Federal do Estado do Paraná estabeleceram, em 23/1/2019, o mencionado “Acordo de Assunção de Compromissos” (peça 7), tendo a Petrobrás realizado depósito em valores da ordem de R\$ 2,5 bilhões em conta vinculada à 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba.

5. Esse acordo prevê que 50% dos recursos sejam destinados à satisfação de eventuais condenações ou acordos com acionistas brasileiros que tenham ajuizado ações judiciais ou arbitrais contra a Petrobrás até 8/10/2017 e os demais 50%, à constituição de fundo patrimonial a ser gerido por fundação privada, a ser constituída, para financiar ações de combate à corrupção. Tal fundação teria a participação do próprio MPF em seu corpo diretivo.



6. Em 25/1/2019, o “Acordo de Assunção de Compromissos” foi homologado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba (peça 8).

7. Nesse cenário, requer o solicitante as seguintes informações, endereçadas ao Presidente do TCU (peça 1, p.1-2):

1. O referido documento (“Acordo de Assunção de Compromissos”) deixa claro quem criou: o Ministério Público Federal, “por intermédio dos Procuradores Regionais da República e Procuradores da República signatários, com designação para officiar na Operação Lava Jato”. Houve delegação, por parte da Procuradoria Geral da República, aos procuradores supracitados, de competência para celebrar instrumento dessa monta? Se sim, por meio de qual ato? Se não, têm os referidos procuradores competência para celebrar tal acordo?

2. Para além da questão dos agentes que celebraram tal acordo, V. Exa. acredita ter Ministério Público competência para realização de trato como o do caso em tela? Se sim, qual seria o fundamento normativo?

3. A multa a ser paga pela Petrobras, em tese, deve ser destinada à União, verdadeira vítima dos desvios apurados. Assim sendo, V. Exa. considera harmonioso com nosso ordenamento jurídico que Poder Judiciário e o Ministério Público, e não o Poder Executivo — por meio do Orçamento Público elaborado pelo Poder Legislativo, conforme ritos constitucionalmente estabelecidos —, no âmbito de sua competência, defina como será utilizada tal receita?

4. V. Exa. considera salutar, jurídica e moralmente, a previsão contida no acordo ora questionado para criar um fundo de investimento com dinheiro público, a ser gerido por fundação de direito privado?

5. Para além da questão jurídica e moral levantada no ponto anterior, pode o Ministério Público, órgão público e que, portanto, deve seguir as balizas fixadas no orçamento público, receber recursos não previstos no orçamento? Pode, além disso, dispor desses recursos de maneira completamente alheia ao orçamento elaborado pelos Poderes constitucionalmente competentes para tal?

6. O acordo prevê que qualquer conflito ou dúvida deve ser dirimido na JF em Curitiba — “mais especificamente o juízo da homologação” — “com renúncia de qualquer outro por mais privilegiado que seja ou venha a ser”, inclusive a própria Procuradoria-Geral da República. V. Exa. considera tal dispositivo lícito?

7. O Tribunal de Contas da União está tomando qualquer medida a fim de sanar as ilegalidades constantes do referido acordo?

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Dentre as competências do TCU, o regimento Interno estatui, em seu art. 1º, inciso III, a prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas, ou por suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

9. Também no âmbito do TCU a Resolução-TCU 215/2008 regulamenta o tratamento de solicitações do Congresso Nacional (SCN) feitas ao Tribunal. O art. 3º da Resolução classifica os tipos de solicitações que podem ser entendidas como SCN. Nos termos do art. 4º desta resolução, são legitimados a solicitar informação em nome do Congresso Nacional os presidentes do Congresso Nacional, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de comissões técnicas ou de inquérito, quando por elas aprovada a solicitação.

10. Assim, observa-se que a solicitação apresentada mediante Ofício 16/2019 (peça 1), assinado pelo líder do PSOL na Câmara dos Deputados, Deputado Ivan Valente, não pode ser conhecida como Solicitação do Congresso Nacional, por não se classificar em nenhuma das hipóteses do art. 3º da Resolução-TCU 215/2008, não sendo ainda a liderança de partido legitimada a solicitar informações, consoante art. 4º da mesma resolução.

11. Não obstante, observa-se que a Resolução-TCU 259/2014, que rege a constituição, organização e tramitação de processos no âmbito do TCU, em seu art. 59, inciso V e § 1º, prevê a hipótese de solicitações de acesso a informações para esclarecimentos de interesse particular, coletivo ou geral, as quais correspondem aos pedidos previstos no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, regulados pela Lei 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI).

12. Por sua vez, a Resolução-TCU 249/2012, que dispõe sobre o acesso à informação e a aplicação da LAI no âmbito do Tribunal, garante a qualquer interessado o direito de obter informação relativa ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelo Tribunal.

13. Portanto, a presente solicitação pode ser conhecida como pedido de acesso a informações.



EXAME TÉCNICO

14. Há atualmente em trâmite no Tribunal outros processos que versam sobre a mesma matéria objeto da presente solicitação de informações:

(i) TC 005.557/2019-4, denúncia, questionando a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

(ii) TC 005.840/2019-8, representação proposta pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União (MP-TCU), Lucas Rocha Furtado, solicitando a adoção de medidas com fins de apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” guarda conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, assim como com o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e autoridades dos EUA;

(iii) TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, solicitando que sejam realizados procedimentos de fiscalização destinados a apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”; e

(iv) TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás.

15. O TC 005.840/2019-8 e o TC 005.844/2019-3, representações, foram conhecidos e apensados ao TC 005.557/2019-4. Por sua vez, o TC 007.631/2019-7 encontra-se em instrução. Nenhum dos processos possui deliberação quanto ao mérito.

16. Os temas objeto de questionamento no presente processo dizem respeito, em síntese: (i) à competência do MPF para firmar o acordo com a Petrobrás; (ii) à propriedade dos valores, que, em tese, pertenceriam à União; e (iii) à possibilidade de fundação privada gerir os recursos depositados em território nacional pela Petrobras, temas que também são objetos dos processos anteriormente referenciados.

17. Não obstante, conforme mencionado, todos os processos ainda estão pendentes de deliberação de mérito, sendo que, consoante o art. 4º, § 1º, da Resolução-TCU 249/2012: “o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo, que, no caso de processo de controle externo, será o acórdão do TCU ou despacho do relator com decisão de mérito”.

18. Por fim, a título de informação, mencione-se que o “Acordo de Assunção de Compromissos” encontra-se atualmente com seus efeitos suspensos, em virtude de decisão proferida no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568 proposta no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Procuradora-Geral da República. Em 15/3/2019 o Relator da ADPF, Ministro Alexandre de Moraes, adotou a seguinte decisão (peça 9, p. 14-15):

CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR postulada na presente ADPF, *ad referendum* do Plenário (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999), para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999:

(a) suspender todos os efeitos da decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os Procuradores da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo;

(b) determinar o imediato bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras, bem como subsequentes rendimentos, na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, a partir desta decisão, deverão permanecer em depósito judicial vinculado ao mesmo Juízo, proibida qualquer movimentação de valores sem expressa decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

(c) determinar a suspensão de todas as ações judiciais, em curso perante qualquer órgão ou Tribunal, ou que, eventualmente, venham a ser propostas e que tratem do objeto impugnado na presente ADPF;

(d) comunicar, com urgência, ao Juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, solicitando-lhe informações, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 6º da Lei 9.882/1999;

(e) intimar todos os subscritores do acordo homologado perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba



para a apresentação de informações, no prazo de 10 (dez) dias;

(f) intimar a Câmara dos Deputados, a Advocacia-Geral da União, o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A, para a apresentação de informações, no prazo comum de 10 (dez) dias;

(g) oficiar ao Tribunal de Contas da União, solicitando-lhe informações sobre a eventual existência de procedimento no âmbito daquela Corte, com objeto semelhante.

19. Assim, considerando que o “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre membros do MPF e Petrobrás, empresa pública, pode ser entendido como de interesse geral ou coletivo, considerando que a regularidade do citado acordo é objeto de avaliação em processos que tramitam no TCU, propõe-se: (i) informar aos solicitantes os números e os objetos dos processos que atualmente tramitam nesta Corte sobre o caso, bem como a impossibilidade de enviar-lhes cópias e maiores detalhes dos autos, uma vez que os referidos processos ainda não foram apreciados no mérito, esclarecendo-lhes que, ao término das apurações, serão informados da decisão que vier a ser proferida; (ii) informar-lhes, ainda, que atualmente os efeitos do “Acordo de Assunção de Compromissos” estão suspensos e os valores depositados pela Petrobras estão bloqueados, em virtude de decisão proferida no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568 proposta no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Procuradora-Geral da República; e (iii) apensar o presente processo ao TC 005.557/2019-4.

CONCLUSÃO

20. Trata-se de requerimento apresentado pela liderança do Partido Socialismo e Liberdade na Câmara dos Deputados solicitando informações acerca do “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do MPF e a empresa pública Petrobras. Mediante esse acordo, foram estabelecidos ditames para gestão de recursos da ordem de R\$ 2,5 bilhões, sendo tal montante, por sua vez, oriundo de acordo feito pela Petrobras com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Non Prosecution Agreement*), tendo sido ajustado que a empresa estatal brasileira poderia compensar o pagamento de 80% da multa estabelecida nos EUA mediante o depósito de valor equivalente em território nacional.

21. Os temas objeto de questionamento do requerente no presente processo dizem respeito: à competência do MPF para firmar o acordo com a Petrobrás, à propriedade dos valores, que em tese pertenceriam à União, e à possibilidade de fundação privada gerir os recursos depositados em território nacional pela Petrobrás.

22. Em que pese a solicitação de informações não atender aos pressupostos da espécie processual Solicitação do Congresso Nacional, nos termos da Resolução-TCU 215/2008, pode ser conhecida como pedido de acesso à informação e ser atendida nos termos do art. 59, inciso V e § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, c/c a Resolução-TCU 249/2012.

23. Observou-se a existência de quatro processos atualmente em trâmite no Tribunal que versam sobre a mesma matéria objeto da presente solicitação de informações. Como todos eles ainda se encontram pendentes de deliberação quanto ao mérito, sugere-se informar aos solicitantes que, ao término das apurações, serão informados da decisão que vier a ser proferida, nos termos do art. 4º, § 1º, da Resolução-TCU 249/2012. Além disso, sugere-se informar-lhes acerca da ADPF 568, que suspendeu os efeitos do “Acordo de Assunção de Compromissos” e bloqueou os valores depositados pela Petrobras.

24. No mais, propõe-se apensar o presente processo ao TC 005.557/2019-4, considerando a conexão dos temas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente solicitação como pedido de acesso à informação, nos termos do art. 59, inciso V e § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, c/c a Resolução-TCU 249/2012;

b) informar aos solicitantes que:

b.1) atualmente tramitam no TCU os seguintes processos que versam sobre a mesma matéria objeto da presente solicitação de informações, todos ainda pendentes de apreciação no mérito:



(i) TC 005.557/2019-4, denúncia, questionando a legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos”, estabelecido entre a Petrobrás e o MPF;

(ii) TC 005.840/2019-8, representação proposta pelo Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União (MP-TCU), Lucas Rocha Furtado, solicitando a adoção de medidas com fins de apurar se o “Acordo de Assunção de Compromissos” guarda conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, assim como com o acordo firmado entre a empresa estatal brasileira e autoridades dos EUA;

(iii) TC 005.844/2019-3, representação proposta por deputados federais integrantes da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, solicitando que sejam realizados procedimentos de fiscalização destinados a apurar as consequências patrimoniais decorrentes do “Acordo de Assunção de Compromissos”; e

(iv) TC 007.631/2019-7, representação proposta por diversos deputados federais solicitando a instauração de procedimento de auditoria com vistas a apurar a regularidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” e, ainda, a sustação da criação do fundo e da fundação privada a ser constituída para administração dos recursos depositados pela Petrobrás;

b.2) quando da apreciação no mérito dos processos acima, serão informados da decisão que vier a ser proferida, em atendimento ao disposto no art. 4º, § 1º, da Resolução-TCU 249/2012, c/c o art. 66 da Resolução-TCU 259/2014; e

b.3) que o “Acordo de Assunção de Compromissos” encontra-se atualmente com seus efeitos suspensos, em virtude de decisão proferida no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 568 no Supremo Tribunal Federal.

c) apensar este processo ao TC 005.557/2019-4, considerando a conexão dos temas, nos termos do art. 36 da Resolução-TCU 259/2014;

d) remeter aos solicitantes cópia desta decisão”.

VOTO

Tratam os autos de solicitação de informações formulada pela liderança do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na Câmara dos Deputados acerca do “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa pública Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras).

Na peça apresentada, as seguintes questões são formuladas à Presidência deste Tribunal:

1. O referido documento (“Acordo de Assunção de Compromissos”) deixa claro quem criou: o Ministério Público Federal, “por intermédio dos Procuradores Regionais da República e Procuradores da República signatários, com designação para officiar na Operação Lava Jato”. Houve delegação, por parte da Procuradoria Geral da República, aos procuradores supracitados, de competência para celebrar instrumento dessa monta? Se sim, por meio de qual ato? Se não, têm os referidos procuradores competência para celebrar tal acordo?

2. Para além da questão dos agentes que celebraram tal acordo, V. Exa. acredita ter Ministério Público competência para realização de trato como o do caso em tela? Se sim, qual seria o fundamento normativo?

3. A multa a ser paga pela Petrobras, em tese, deve ser destinada à União, verdadeira vítima dos desvios apurados. Assim sendo, V. Exa. considera harmonioso com nosso ordenamento jurídico que Poder Judiciário e o Ministério Público, e não o Poder Executivo — por meio do Orçamento Público elaborado pelo Poder Legislativo, conforme ritos constitucionalmente estabelecidos —, no âmbito de sua competência, defina como será utilizada tal receita?

4. V. Exa. considera salutar, jurídica e moralmente, a previsão contida no acordo ora questionado para criar um fundo de investimento com dinheiro público, a ser gerido por fundação de direito privado?

5. Para além da questão jurídica e moral levantada no ponto anterior, pode o Ministério Público, órgão público e que, portanto, deve seguir as balizas fixadas no orçamento público, receber recursos não previstos no orçamento? Pode, além disso, dispor desses recursos de maneira completamente alheia ao orçamento elaborado pelos Poderes constitucionalmente competentes para tal?

6. O acordo prevê que qualquer conflito ou dúvida deve ser dirimido na JF em Curitiba — “mais



especificamente o juízo da homologação" — "com renúncia de qualquer outro por mais privilegiado que seja ou venha a ser", inclusive a própria Procuradoria-Geral da República. V. Exa. considera tal dispositivo lícito?

7. O Tribunal de Contas da União está tomando qualquer medida a fim de sanar as ilegalidades constantes do referido acordo?

Em sua análise, a Unidade Técnica sustenta que a pleito não pode ser recebido como Solicitação do Congresso Nacional, ante o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade específicos, mas propõe o conhecimento da peça como pedido de acesso a informações, nos termos da Lei de Acesso a Informações.

Propõe, assim, informar os solicitantes a respeito dos processos que tramitam neste Tribunal atinentes à matéria, bem como propugnam por apensar este feito ao TC 005.557/2019-4.

Apresentado, em síntese, o cerne destes autos, **passo a decidir**.

É indubitoso que a solicitação apresentada pelo líder do PSOL na Câmara dos Deputados, Deputado Ivan Valente, não pode ser conhecida como Solicitação do Congresso Nacional, por não se classificar em nenhuma das hipóteses do art. 3º da Resolução TCU 215/2008, não sendo a liderança de partido autoridade legitimada a solicitar informações, consoante art. 4º do referido normativo.

Semelhantermente, verifico incabível o recebimento do pleito como pedido de acesso a informações, uma vez que o que se intenta obter por meio da petição apresentada não são informações atinentes **a resultado de trabalhos realizados** pelo Tribunal, mas informações que demandam a realização de auditoria e de extensos e aprofundados exames jurídicos por parte desta Casa.

Não vejo como prosperar tal encaminhamento. Ao assim proceder, este Tribunal estaria transformando pleito oriundo de congressista em verdadeira **solicitação de realização de fiscalização** pelo TCU, o que somente é possível por meio de Solicitação do Congresso Nacional.

Aliás, essa a intenção do solicitante, que pleiteou verdadeiro exame de legalidade do “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do MPF e a Petrobras,

Em se tratando de verdadeira solicitação de fiscalização, encaminhada por autoridade não legitimada para tanto, aplica-se o disposto no § 2º, do art. 232, do RI/TCU, o que impõe o não conhecimento da solicitação.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2085/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 007.825/2019-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V - Solicitação
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação formulada pela liderança do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na Câmara dos Deputados atinente ao “Acordo de Assunção de Compromissos” firmado entre integrantes do Ministério Público Federal (MPF) e a empresa pública Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras);

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

- 9.1. não conhecer da presente solicitação, nos termos do § 2º, do art. 232, do Regimento Interno;
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao interessado.



10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2085-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE ____ – Plenário

TC 006.459/2019-6 [Apenso: TC 043.230/2018-0]

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Superintendência Regional Nordeste do INSS

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO 5/2018. SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL NORDESTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. FORNECIMENTO DE TONER FALSIFICADO. PROVIDÊNCIAS JÁ EMPREENDIDAS PELA UNIDADE JURISDICIONADA. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Microsens S/A em face de supostas irregularidades constantes do Pregão Eletrônico 5/2018, conduzido pela Superintendência Regional Nordeste do Instituto Nacional do Seguro Social, o qual teve por objeto registro de preços para material de consumo, com valor total de R\$ 4.892.863,00 referentes aos itens homologados em favor da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática Eireli.

2. Com fulcro no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei n. 8.443/92, transcrevo a instrução, acorde, da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, a qual propõe conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente (peças 38 e 39):

“INSTRUÇÃO INICIAL DE REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR

A. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO		
TC 006.459/2019-6	Mérito. Determinação.	
UNIDADE JURISDICIONADA Superintendência Regional Nordeste do INSS		UASG 510677
OBJETO Registro de preços de material de consumo.		
REPRESENTANTE Microsens S/A.		CNPJ 78.126.950/0011-26
HÁ PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL? Não.		CONTRATO SOCIAL Peça 2
MODALIDADE Pregão Eletrônico	NÚMERO 5/2018	TIPO Menor preço por item
VIGÊNCIA 12 meses para a Ata de Registro de Preço, contados a	VALOR HOMOLOGADO R\$ 4.892.863,00 referente aos itens homologados para a empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática	



partir da assinatura | Eireli.

SUSPENSO POR MEDIDA CAUTELAR?

Não

FASE DO CONTRATO

Ata de Registro de Preços assinada em 17/9/2018 e vigente de 18/9/2018 a 18/9/2019.

B. MOMENTO PROCESSUAL

1. Promovida a oitiva quanto às alegações do representante e demais questões levantadas por esta Unidade Técnica, passa-se a analisar as respostas apresentadas, tópico a tópico, conforme transcrição/contextualização a seguir.

C. HISTÓRICO DE COMUNICAÇÕES

DESPACHO DO RELATOR	Acórdão 910/2019-TCU-Plenário (peça 12)	16/4/2019

OFÍCIOS ENCAMINHADOS PELA SELOG

Ao órgão	Ofício 952/2019-TCU/Selog, de 17/5/2019 (peça 19)

À sociedade empresarial Smart Distribuidora	Ofício 953/2019-TCU/Selog, de 17/5/2019 (peça 20), Oitiva por edital (peça 34)

À sociedade empresarial Microsens	Ofício 954/2019-TCU/Selog, de 17/5/2019 (peça 18)

D. DOCUMENTOS APRESENTADOS EM RESPOSTA À OITIVA

PELA UNIDADE JURISDICIONADA

Ofício 266/SR-IV/INSS (peças 24 - 27)

PELA SOCIEDADE EMPRESARIAL

Não houve resposta da empresa Smart Distribuidora Suprimentos.

E. EXAME TÉCNICO

Item a: medidas adotadas diante do fornecimento de produtos falsificados pela empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI durante a execução da ARP, segundo o Laudo 007818002045-S, de 27/12/2018, fornecido pela empresa HP Inc., que seria referente a entrega realizada na Gerência Executiva de Santo Antônio de Jesus;

Fundamento legal ou jurisprudencial: edital do certame.

Manifestação do órgão/entidade:

a) Inicialmente, o INSS declara que não possui, em seus quadros, servidores qualificados tecnicamente para se posicionar, de forma peremptória, sobre a idoneidade dos produtos. O grande volume de certames vencidos pela empresa questionada era um indicativo da idoneidade dos produtos.

b) O órgão informa que a responsabilidade para a promoção dos atos de descumprimento ou inexecução contratual recai sobre cada unidade celebrante do pacto de fornecimento, no caso em questão, cada gerência executiva ou órgão participante da ata.

b) Diante da celebração dos pactos e dos requerimentos apresentados pela Microsens S/A, cada gerência executiva adotou procedimento administrativo para tratar da matéria.

c) Declara que o laudo 07718002045-S, fornecido pela HP Inc. (peça 26, p.9) foi distribuído para a gerência executiva de Santo Antônio de Jesus e para a gerência executiva de Feira de Santana. Ambas as gerências abriram procedimento administrativo para averiguar as falhas relatadas, abrindo oportunidade de defesa da empresa contratada (peça 26, p. 41)

d) Em Feira de Santana está ocorrendo a troca/devolução de cartuchos (peça 26, p. 56). Já em Santo Antônio de Jesus o procedimento administrativo ainda está em andamento, tendo a gerência entrado em contato com a HP/Samsung que colocou à disposição o programa



antipirataria da empresa.

Análise:

2. Verifica-se que o INSS tomou medidas a fim de averiguar a situação dos materiais que foram entregues pela Smart Distribuidora Suprimentos, tendo a gerência de Feira de Santana devolvido os cartuchos adquiridos. Outras gerências relataram que não fariam a aquisição (peça 26, p.58).

3. Como ainda estão em curso os procedimentos administrativos das gerências de Feira de Santana e de Santo Antônio de Jesus, entende-se necessário que o INSS informe a esta Corte de Contas sobre os resultados das apurações, bem como se houve alguma punição imposta à empresa Smart Distribuidora de Suprimentos, em especial no que diz respeito ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

Item b: medidas adotadas em razão das sanções sofridas pela empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI, com base no art. 7º da Lei 10.520/2002, iniciadas em 20/12/2018, durante a execução da ARP, de modo a impedi-la de contratar com a União, conforme consta no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF;

Fundamento legal ou jurisprudencial: art. 7º da Lei 10.520/2002

Contextualização:

4. Aproximadamente dois meses após a assinatura da ARP, a empresa Smart Distribuidora Suprimentos recebeu duas punições de impedimento para licitar e contratar com a Administração Pública, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002, por não ter entregue os equipamentos licitados para a Delegacia Regional do Trabalho do Amapá e para o Instituto Benjamin Constant/MEC (peça 26, p. 86).

Manifestação do órgão/entidade:

a) O INSS informa que, em razão da extrema necessidade dos cartuchos para as impressoras da marca Samsung e diante das penalidades sofridas pela então empresa vencedora do certame, determinou a abertura de novo certame licitatório.

b) O novo certame, Pregão Eletrônico 3/2019, estava com sessão marcada para o dia 14/5/2019

c) Informa ainda que, desde a apresentação dos requerimentos da Microsens S/A., não foi autorizada qualquer solicitação de adesão à respectiva ARP.

Análise:

5. O INSS informa que comunicou às gerências executivas sobre o impedimento para contratar da empresa Smart Distribuidora de Suprimento. Em anexo, enviou cópia de e-mail onde a gerência de Itabuna/BA informou que não fez a aquisição dos materiais devido à empresa estar impedida de contratar (peça 26, p.75)

6. Conforme consulta ao Portal de Compras Governamentais, o Pregão Eletrônico 3/2019 teve sua sessão realizada no dia 14/5/2019. O certame foi adjudicado em 5/7/2019 e a homologação ocorreu no dia 10/7/2019.

7. Assim, tendo em vista que a empresa Smart Distribuidora de Suprimentos encontra-se impedida de contratar com a Administração Pública, considera-se que o INSS tomou medidas apropriadas para que seja contratado outro fornecedor de cartuchos a fim de manter a continuidade dos serviços prestados.

Item c: alegação do representante de que a documentação obrigatória, prevista no art. 3º, inc. III do Decreto 7.174/2010, não estaria sendo exigida da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI quando da entrega do objeto;

Fundamento legal ou jurisprudencial: Decreto 7.174/2010.

Manifestação do órgão/entidade:

a) O INSS declara que fez consulta à Procuradoria Federal Especializada (PFE) sobre o cumprimento do disposto no Decreto 7.174/2010, pois a maioria dos materiais licitados são considerados como material de consumo em geral e apenas uma parte são bens de informática. A



PFE se manifestou no sentido de que, apesar de não constar a observância do decreto no edital do certame, ainda assim cabe exigir a documentação de que fala o Decreto 7.174/2010, inclusive fazendo-se a retenção dos pagamentos de eventuais fornecimentos sem essa característica.

b) Após a manifestação da PFE, foi feita a comunicação, via e-mail, para todas as unidades de logística das gerências executivas do INSS, em 7/2/2019, aconselhando consultar a PFE e seguir as suas orientações.

c) Informa ainda que não foi autorizada qualquer solicitação posterior de adesão à respectiva ARP.

d) Por fim, informa que consta do novo edital a exigência explícita de cumprimento do Decreto 7.174/2010.

Análise:

8. Conforme informado pelo INSS, verifica-se que, no edital do Pregão Eletrônico 3/2019 (peça 27, p. 12), consta expressamente a exigência de que o licitante apresente declaração de que cumpre os requisitos do Decreto 7.174/2010.

9. Além disso, houve orientação da Superintendência de que só fossem feitos pagamentos caso fosse comprovado, de antemão, o cumprimento do decreto (peça 26, p. 53).

10. Desta forma, o INSS demonstrou ter tomado providências a fim de que fossem respeitadas as disposições do referido decreto.

11. Diante do exposto, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, a avaliação quanto ao **mérito** da presente representação como **procedente**. Entretanto, como o INSS demonstrou ter tomado medidas a fim de sanear os pontos questionados, entende-se que não cabe a adoção da medida cautelar pleiteada.

12. Devido ainda estarem em curso os procedimentos administrativos instaurados pelas gerências executivas de Feira de Santana e Santo Antônio de Jesus, sobre o suposto fornecimento de materiais falsificados pela empresa Smart Distribuidora de Suprimentos, entende-se necessário expedir determinação ao INSS para que informe o resultado das apurações dos respectivos procedimentos administrativos.

F. IMPACTO DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS

Haverá impacto relevante no órgão e/ou na sociedade, decorrente dos encaminhamentos propostos?	Não

G. PEDIDO DE INGRESSO AOS AUTOS E DE SUSTENTAÇÃO ORAL

Há pedido do representante de ingresso aos autos?	Sim

Análise:

12. O pleiteante teve seu pedido de ingresso aos autos indeferido pelo Ministro Relator, conforme item 9.7 do Acórdão 910/2019-TCU-Plenário (peça 12).

Há pedido de sustentação oral?	Não

H. PROCESSOS CONEXOS E APENSOS

Há processos conexos noticiando possíveis irregularidades na contratação ora em análise?	Não

Há processos apensos?	Sim

NÚMERO DO TC 043.230/2018-0

TC

I. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Em virtude do exposto, propõe-se:

13.1. no mérito, considerar a presente representação **procedente**;

13.2. **indeferir** o pedido de concessão de medida **cautelar** formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção;

13.3. **determinar** a Superintendência Regional do Nordeste do INSS, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que, em relação ao suposto fornecimento de



materiais falsificados pela empresa Smart Distribuidora de Suprimentos, informe ao TCU, no prazo de sessenta dias, o resultado das apurações dos procedimentos administrativos instaurados pelas gerências executivas de Feira de Santa e Santo Antônio de Jesus;

*13.4. **informar** ao Instituto Nacional de Seguridade Social e ao representante que o conteúdo da deliberação que vier a ser proferida poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos; e”*

3. É o Relatório.

VOTO

Registro, inicialmente, que relato o presente processo em razão de sorteio realizado na forma do art. 18-B da Resolução TCU n. 175/2005.

2. Conforme assentado no relatório precedente, trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Microsens S/A em face de supostas irregularidades constantes do Pregão Eletrônico 5/2018, conduzido pela Superintendência Regional Nordeste do Instituto Nacional do Seguro Social, o qual teve por objeto registro de preços para material de consumo, com valor total de R\$ 4.892.863,00 referentes aos itens homologados em favor da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática Eireli.

3. A Ata de Registro de Preços foi assinada em 17.9.2018, com vigência de 18.9.2018 a 18.9.2019.

4. Após exame técnico dos autos, a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, em pronunciamentos uniformes, propôs seja conhecida a representação e, no mérito, considerada procedente.

5. Razão assiste à unidade instrutiva. Vejamos.

6. O juízo de admissibilidade já fora realizado pelo Colegiado por meio do item 9.1 do Acórdão 910/2019-TCU-Plenário, de minha relatoria, ocasião em que esta Casa conheceu da representação, por satisfeitos os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno c/c o art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993.

7. Após realizadas as oitivas determinadas naquela mesma deliberação (Acórdão 910/2019-TCU-Plenário), a Superintendência Regional Nordeste do INSS, mediante o Ofício 261/SR-IV/INSS, de 7/6/2019 (peça 31), prestou os esclarecimentos suscitados sobre os seguintes pontos:

a) *medidas adotadas diante do fornecimento de produtos falsificados pela empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI durante a execução da ARP, segundo o Laudo 007818002045-s, de 27/12/2018, fornecido pela Empresa HP Inc., que seria referente a entrega realizada na Gerência Executiva de Santo Antônio de Jesus;*

b) *medidas adotadas em razão das sanções sofridas pela Empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI, com base no art. 7º da Lei 10.520/2002, iniciadas em 20/12/18, durante a execução da ARP, de modo a impedi-la de contratar com a União, conforme consta no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores — SICAF; e*

c) *alegação do representante de que a documentação obrigatória prevista no art. 30, inc. III do Decreto 7.174/2010, não estaria sendo exigida da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática EIRELI quando da entrega do objeto.*

8. O laudo emitido pela HP Inc. 007818002045-S (peça 26, p. 9-12) concluiu que os toners “comercializados pela empresa SMART DISTRIBUIDORA SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA EIRELI, CNPJ 29.856.029/0001-51, por meio da Nota Fiscal 141, recebidos pela Gerência Executiva do INSS de Feira de Santana/BA, são (. .) **considerados exemplares falsificados** da marca Samsung” (grifei).

9. A unidade jurisdicionada explicou que em “Feira de Santana está ocorrendo a troca/substituição de cartuchos — resultante da Análise e Notificação etc — Nota Fiscal de retirada”



(peça 31, p. 7). As demais gerências informaram que não fariam a aquisição dos cartuchos (peça 26, p. 58).

10. Conforme contextualizado pela Selog, aproximadamente *“dois meses após a assinatura da ARP, a empresa Smart Distribuidora Suprimentos recebeu duas punições de impedimento para licitar e contratar com a Administração Pública, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002, por não ter entregue os equipamentos licitados para a Delegacia Regional do Trabalho do Amapá e para o Instituto Benjamin Constant/MEC (peça 26, p. 86)”*.

11. Diante do impedimento de a empresa Smart Distribuidora de Suprimentos contratar com a Administração Pública, o INSS informou que *“desde a apresentação dos falados requerimentos por parte da Microsens S/A e mesmo ainda antes da apresentação do falado Laudo de Inspeção Técnica, não autorizamos qualquer solicitação de Adesão à respectiva ARP”* (peça 31, p. 9).

12. Com vistas a assegurar a reposição de cartuchos a suas unidades, o INSS levou a cabo o Pregão Eletrônico 3/2019, o qual se encontra homologado desde 10/7/2019.

13. Quanto à alegada não exigência da documentação prevista no art. 3º, inc. III, do Decreto 7.174/2010³, verifico que a Superintendência emitiu orientação no sentido de *“exigir que a empresa contratada comprove a origem dos bens importados, bem como a quitação dos tributos de importação a eles referentes, devendo ser apresentada no momento da entrega do objeto”*, condicionando a realização do pagamento às mencionadas comprovações (peça 26, p. 53).

14. Destarte, concluo, na esteira de argumentação da Selog, que a representação é procedente. Não obstante, a Superintendência Regional Nordeste do INSS evidenciou ter tomado as medidas a fim de sanear os pontos questionados, de modo que o pedido de medida cautelar deve ser indeferido.

15. Por fim, devido ao fato de ainda estarem em curso os procedimentos instaurados no âmbito das gerências executivas de Feira de Santana e Santo Antônio de Jesus acerca do fornecimento de cartuchos falsificados, julgo pertinente que o Colegiado determine ao INSS que informe a este Tribunal o resultado dos respectivos procedimentos administrativos.

16. Ante o exposto, acolho a proposta da unidade instrutiva, a qual integra as presentes razões de decidir, e voto no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2086/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.459/2019-6.

1.1. Apenso: 043.230/2018-0

2. Grupo I – Classe de Assunto:

3. Interessados/Responsáveis: não há.

4. Órgão/Entidade: Superintendência Regional Nordeste do INSS.

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada por Microsens S/A em face de supostas irregularidades constantes do Pregão Eletrônico

³ Art. 3º Além dos requisitos dispostos na legislação vigente, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá conter, obrigatoriamente: (. . .)

III - exigência contratual de comprovação da origem dos bens importados oferecidos pelos licitantes e da quitação dos tributos de importação a eles referentes, que deve ser apresentada no momento da entrega do objeto, sob pena de rescisão contratual e multa;



5/2018, conduzido pela Superintendência Regional Nordeste do Instituto Nacional do Seguro Social, o qual teve por objeto registro de preços para material de consumo, com valor total de R\$ 4.892.863,00 referentes aos itens homologados em favor da empresa Smart Distribuidora Suprimentos para Informática Eireli,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. considerar procedente a representação;
- 9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, haja vista a ausência dos elementos necessários para sua adoção;
- 9.3. determinar à Superintendência Regional do Nordeste do INSS, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que, em relação ao fornecimento de materiais falsificados pela empresa Smart Distribuidora de Suprimentos, informe ao TCU, no prazo de sessenta dias, o resultado das apurações dos procedimentos administrativos instaurados pelas gerências executivas de Feira de Santa e Santo Antônio de Jesus; e
- 9.4. comunicar ao Instituto Nacional de Seguridade Social e ao representante que o conteúdo desta deliberação poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2086-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 011.775/2011-4 [Apenso: TC 018.400/2009-6]

Natureza: I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria)

Órgão/Entidade: Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

Responsáveis: Eurides Luiz Mescolotto (185.258.309-68); Ronaldo dos Santos Custódio (382.173.090-00)

Interessados: Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (09.637.556/0001-68)

Representação legal: André Fonseca Roller (20.742/OAB-DF) e outros, representando Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu; Fabiano Marcos Zwicker (16035/OAB-SC) e outros, representando Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2011. CONSTRUÇÃO DA PCH BARRA DO RIO CHAPÉU. SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO. OITIVA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DETERMINANDO A RETENÇÃO DE VALORES. DOCUMENTOS NOVOS APRESENTADOS PELA ELETROSUL POR TRÊS VEZES RESULTANDO NA REAVALIAÇÃO PELA UNIDADE TÉCNICA. REDUÇÃO DO VALOR DO SOBREPREÇO. DETERMINAÇÃO PARA TORNAR DEFINITIVA A RETENÇÃO DO SOBREPREÇO APURADO. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. DIMINUIÇÃO NO VALOR DA RETENÇÃO DETERMINADA.

RELATÓRIO



Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos – Serur e acolhida por seu corpo diretivo (peças 410, 411 e 412):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (peça 389) contra o Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário (peça 381), vazado nos seguintes termos:

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

9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 6.413.980,40 (seis milhões, quatrocentos e treze mil, novecentos e oitenta reais e quarenta centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;

9.2. determinar à SeinfraElétrica que monitore o cumprimento da determinação do subitem 9.1 deste Acórdão;

9.3. dar ciência deste Acórdão à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu, ao Ministério de Minas e Energia e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A - Eletrobras; e

9.4. restituir os autos à SeinfraElétrica para que dê prosseguimento às análises e medidas saneadoras referentes aos demais achados de auditoria decorrentes do Fiscalis 232/2011 (subitens 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 3396/2012-TCU-Plenário).

HISTÓRICO

2. O processo versa sobre auditoria realizada (Fiscobras/2011) nas obras de implantação do Complexo Hidrelétrico São Bernardo/SC – Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) de Barra do Rio Chapéu, João Borges, Itararé e Pinheiro (peça 382, p. 1).

3. A auditoria fiscalizou a execução do Contrato 90580124, firmado em setembro de 2009 entre a Eletrosul e o Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (CCBRC), tendo por objeto a implantação da PCH Barra do Rio Chapéu, em Santa Catarina. O mencionado contrato foi firmado sob regime de empreitada integral pelo valor de R\$ 64.989.005,15, e, após a assinatura de cinco termos aditivos, o montante total contratado alcançou R\$ 80.715.903,54 (peça 382, p. 1).

4. Por ocasião da fiscalização, detectaram-se os seguintes achados de auditoria (peça 382, p. 1):

- a) superfaturamento decorrente do sobrepreço estimado em R\$ 11.071.301,29;
- b) adoção de regime contratual inadequado;
- c) projeto básico deficiente;
- d) descumprimento de determinação do TCU;
- e) obstrução ao exercício da fiscalização; e
- f) inconsistências nos orçamentos das PCHs de João de Borges, Itararé e Pinheiro.

5. Em razão do sobrepreço, por meio do Acórdão 2691/2011 -TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, determinou-se a oitiva prévia dos responsáveis quanto ao prejuízo e os demais achados de auditoria foram resguardados para exame em momento posterior (peça 382, p. 1).

6. A análise das respostas às oitivas levou a então Secob-3 a considerar aceitável o acréscimo de 15% em relação aos preços de referência previstos no edital, tendo em vista tratar-se de uma obra de geração hidráulica sob o regime de empreitada integral. Outrossim, a unidade técnica propôs o acolhimento das justificativas referentes à atividade de Infraestrutura da Administração, no serviço de escavação subterrânea. Ante essas análises, reduziu-se o valor do sobrepreço inicial de R\$ 11.071.301,29 para R\$ 8.113.298,24 (peça 382, p. 1).

7. Entretanto, quando da prolação do Acórdão 3396/2012 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, considerou-se a execução do contrato efetivamente sob o regime de contratação por preços unitários, e não se acatou o acréscimo de 15% em relação aos preços de referência. Destarte,



determinou-se a instauração de tomada de contas especial em decorrência do superfaturamento no referido valor de R\$ 8.113.298,24 (peça 382, p.1).

8. Ao ser notificada da decisão, a Eletrosul pleiteou a substituição da instauração da tomada de contas especial por retenção cautelar do montante calculado como sobrepreço, uma vez que o saldo contratual ainda não pago ao consórcio contratado seria suficiente para garantir o ressarcimento do valor apurado (peça 382, p. 1).

9. Acatado o pleito, por meio do Acórdão 1111/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, o Tribunal determinou à Eletrosul a retenção cautelar do valor R\$ 10.358.404,59. Determinou-se, complementarmente, a oitiva das partes quanto à medida acautelatória (peça 382, p. 1). Ainda, o acórdão fora apostilado por erro material para correção do valor do sobrepreço, consoante redação do Acórdão 3396/2012 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman (peça 382, pp. 1-2).

10. Após a análise, por parte da unidade técnica (peça 327), a Eletrosul acostou sucessivamente novas manifestações aos autos (peças 335, 351 e 360), complementando e contestando os exames da SeinfraElétrica às peças 327, 347, 354, 372, oportunidades em que se enfrentaram questões atinentes à:

- a) natureza jurídica do Contrato 90580124;
- b) legitimidade da aplicação do percentual de 15% como majoração dos preços orçados;
- c) metodologia de cálculo utilizada pela unidade técnica para apurar o sobrepreço; e
- d) juridicidade do Acórdão 3439/2013-Plenário que alterou o sobrepreço identificado, de R\$ 8.113.298,24 para R\$ 10.358.404,29 (peça 382, p. 2).

11. No que concerne ao item “a”, o Relator a quo considerou não haver reparos quanto ao tratamento jurídico concedido ao Contrato 90580124, ao considerar sua execução como regime de contratação por preços unitários (peça 382, pp. 3-7).

12. Relativamente ao item “b”, obtemperou que afastado o regime de execução integral, não se acata a tese de assunção de riscos por parte do contratado e assim, mostra-se incabível a incidência do aumento de 15% sobre os serviços contratados. Demais disso, as diversas manifestações da Eletrosul nos autos não se mostraram capazes de legitimar o acréscimo de 15% sobre os valores unitários dos serviços constantes do orçamento de referência, permanecendo incólumes as conclusões do Acórdão 3396/2012 – TCU – Plenário (peça 382, pp. 7-8).

13. No tocante ao item “c”, considerou que a análise do contrato foi efetivada com base no método do balanço, com seleção amostral pela materialidade do preço total dos serviços na curva ABC, e que a amostra selecionada correspondeu a 83% do valor da parcela de serviços e 58% do valor total do contrato, configurando-se representativa e não havendo qualquer dúvida quanto à metodologia empregada e as referências adotadas/validade dos preços unitários para o cálculo do sobrepreço (peça 382, pp. 8-10).

14. No que se refere ao item “d”, o Relator a quo enfatizou que o Acórdão 3439/2013 – TCU – Plenário apenas corrige erro material/soma algébrica quanto ao valor do sobrepreço que passou de R\$ 8.113.298,24 para R\$ 10.358.404,59, eis que, naquela ocasião, o TCU não acatou a tese do acréscimo do percentual de 15% no valor dos serviços (peça 382, pp. 10-12).

15. Ao final, o Relator discorda com a revisão dos valores promovida pela SeinfraEnergia e mantém o sobrepreço no valor de R\$ 6.413.980,40, consoante o acórdão prolatado nos termos transcritos acima (peça 381).

16. Não resignada a Eletrosul interpôs pedido de reexame (peça 389) e apresentou parecer especializado às peças 397-398. Uma vez que os elementos de defesa continham natureza eminentemente técnica, elaborou-se quesitos à SeinfraElétrica para manifestação especializada com o fito de subsidiar o pronunciamento da Serur. A instrução localiza-se à peça 406. Em afronta à preclusão consumativa, a Eletrosul novamente se manifesta nos autos na tentativa de rechaçar as conclusões técnicas, conforme pareceres técnicos que integram a peça 409.

17. A seguir, examinam-se as razões recursais acompanhadas do exame técnico da SeinfraElettrica e dos elementos adicionais de defesa apresentados pela Eletrosul.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

18. Alinha-se ao exame preliminar procedido pelo Rel. Min. Benjamin Zymler que admitiu o recurso apenas em seu efeito devolutivo, haja vista a medida acautelatória em vigor, consubstanciada no item 9.2 do Acórdão 1111/2013 – TCU – Plenário, com a redação conferida pelo subitem 9.2 do Acórdão 3439/2013 – TCU – Plenário, que determinou à recorrente a retenção de R\$ 8.328.093,53 do saldo do Contrato 90580124, até a deliberação em definitivo da matéria (peça 396, pp. 1-2).

EXAME TÉCNICO

19. O recurso interposto pela Eletrosul e o parecer técnico da VLB Engenharia cingiram-se a discutir os fundamentos do sobrepreço relacionado ao serviço de escavação em rocha subterrânea (8.1), muito embora o prejuízo calculado pela unidade técnica se refira ao tratamento e ancoragem do túnel de adução (14), Concreto convencional (11), pontes acesso e bueiro (24), escavação em rocha a céu aberto (7) e concreto compactado a rolo CCR (12).

20. Consoante com as disposições do Contrato 90580124, os eventos geradores de pagamento dos serviços relacionados à escavação em rocha subterrânea, consistiram na perfuração, detonação, carga, transporte e descarga, espalhamento de material (bota-fora), pré-fissuramento, ventilação, iluminação, escoramento, acessos de serviço, espaços de manobra, regularização do piso com concreto rolado, sinalização (peça 35, p. 23). O custo do serviço totalizava dezesseis milhões de reais, conforme Lista de Preços – seção B, peça 35, p. 61 e peça 41, p. 2.

21. Na tentativa de afastar o sobrepreço, a Eletrosul e a VLB Engenharia apresentam teses de defesa no sentido de: i) desqualificar o exame e o sistema de referência adotado (Sintran); ii) arguir um volume maior de escavação efetivamente realizada em lugar daquela prevista no memorial descritivo da obra; iii) desconsiderar a improdutividade na CPU paradigma utilizada pelo TCU; iv) pugnar que o custo paradigma considere as diferentes classes de rocha para efeito de contabilização dos custos.

22. A seguir, examinam-se primeiramente os argumentos apresentados pela Eletrosul à peça 389, examinados pela Serur.

23. Ato contínuo, analisam-se os argumentos extraídos do parecer elaborado pela VLB Engenharia, acompanhado dos questionamentos da Serur, avaliação da SeinfraElettrica, novos elementos de defesa da Eletrosul e VLB Engenharia, e o exame residual da Serur.

Razões recursais da Eletrosul (peça 389)

24. De início, a Eletrosul alerta para a expressiva redução no sobrepreço inicialmente detectado pela ação fiscalizadora do TCU (Acórdão 2691/2011 – TCU – Plenário), em virtude de diversas intervenções e em razão de manifestação do Consórcio contratado. Resume a evolução histórica do sobrepreço (peça 389, p. 4), a partir do último acórdão prolatado (Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário), no seguinte quadro sintético:

A	DAT	Sobrepreço (em R\$)	Referência/Exame/Decisão prolatada
	18/7/2011	11.071.301,29	Acórdão 2691/2011 – Plenário
	26/9/2012	8.113.298,24	Acórdão 3396/2012 – Plenário
	4/11/2013	10.358.404,29	Acórdão 3439/2013 – Plenário
	9/5/2014	8.204.530,63	Instrução Secob Energia– peça 327
	6/3/2015	7.728.234,59	Instrução SeinfraElettrica – peça 347
	25/9	4.708.220,15	Instrução SeinfraElettrica – peça 372



/2017		
23/5	6.413.980,40	Acórdão 1194/2018 – Plenário – peça 381
/2018		

25. Considera que sua atuação nos autos teria sido exitosa e contributiva para uma análise mais correta e justa dos preços dos itens mais relevantes da obra civil da PCH Barra do Rio Chapéu (peça 389, p. 4).

26. No tocante ao regime do contrato, pondera que a jurisprudência e a doutrina admitem a mutabilidade do contrato, mesmo se tratando de empreitada integral ou por preço global e menciona o Acórdão 3281/2011 – TCU – Plenário, Rel. Augusto Nardes, em que o relatório considerou que as alterações do contrato, naquele caso, não eram previsíveis e não seria razoável repassar os custos das modificações implementadas ao contratado, como se estivessem embutidas nos riscos previstos em sua proposta de preços (peça 389, pp. 5-6).

27. Com relação ao presente caso, obtempera que não teria sido todo o Contrato 90580124 executado por meio do regime de preço unitário, mas a fiscalização do TCU limitou-se a seis itens da lista de preços, e para apenas alguns deles as conclusões foram pela suposta inadequação do regime de execução e consequente afastamento da margem de variação de 15%, definida no edital da licitação. Assim, com base em uma parcela da lista de preços, a conclusão do Tribunal se posicionou pelo completo alijamento da variação de 15%. Demais disso, ressalta que a Lei 8.666/1993 não permite a mistura de regimes de empreitada, sendo necessária a definição de um daqueles admitidos na norma (peça 389, p. 6).

28. Reproduz excertos dos Acórdãos 291/2016 – TCU – Plenário, Rel. Ana Arraes; Acórdão 1977/2013 – TCU – Plenário, Rel. Valmir Campelo; Acórdão 1461/2003 – TCU – Plenário, Rel. Augusto Sherman; em que o TCU admitiu, excepcionalmente, aditamentos a contratos por empreitadas por preço global, cujas alterações no projeto ou nas especificações de obra ou serviço decorreram de erros/subestimativas/superestimativas/atos unilaterais/decisão da Administração (peça 389, pp. 7-8). Ao final, pugna pelo cabimento de termos aditivos ao regime de execução contratado no presente caso (peça 389, pp. 9-10).

29. No tocante ao sobrepreço, avalia como necessário considerar as particularidades da obra e considera que o TCU já admitiu, excepcionalmente, preços acima dos referenciais, no que transcreve excerto de precedentes, a exemplo do Acórdão 2132/2015 – TCU – Plenário, Rel. Ana Arraes e do Acórdão 3936/2013 – TCU – 2ª Câmara (peça 389, pp. 9-12).

30. Reputa que a avaliação do preço unitário não pode ser rígida, e deve amoldar-se à realidade e à evolução da obra, considerando as peculiaridades de cada caso concreto e reproduz trecho de livro de Marcelo Palavéri, em que o autor menciona os diversos meios por meio dos quais se pode comprovar a compatibilidade de preços, como seria o caso das revistas especializadas, tabelas de preços reconhecidas nos ramos, via telefônica (peça 389, p. 13).

31. Reproduz o sumário do Acórdão 678/2008 – TCU – Plenário, Rel. Marcos Bemquerer Costa, em que se considerou afastado o indício de sobrepreço detectado inicialmente em empreendimento, porque justificadas pelas peculiaridades da obra (peça 389, pp. 13-14).

32. Ainda sobre o tema, alerta para a necessidade de se verificar o custo total do empreendimento e não apenas itens isolados de preço porventura dotados de sobrepreço, podem em conjunto com os demais amoldarem-se a parâmetros que demonstrem a justeza do preço total de um contrato. Aduz que a metodologia empregada pelo TCU para a apuração do sobrepreço esgotou-se no cotejo com as fontes oficiais e com as subsidiárias previstas pelo Roteiro de Auditoria de Obras, e que a própria jurisprudência do Tribunal sinaliza para a necessidade de se adotar outros caminhos para a comprovação do sobrepreço, que não apenas pelo Sicro, Sinapi e Sintran, e, ainda, de se considerar análises combinadas de fatores e não apenas critérios objetivos e incompletos com os preços de tabelas padronizadas (peça 389, pp. 14-15).



33. Transcreve excerto da Decisão 1709/2002 – TCU – Plenário, em que resta consignado ser fundamental para a caracterização de sobrepreço o cotejo dos preços analisados com obras de igual porte (peça 389, p. 15).

34. Relata que o estudo técnico encomendado pela VLB Engenharia – empresa brasileira de referência no mercado, contém pontos ainda não enfrentados no processo e que afetam diretamente a composição dos custos da obra (peça 389, p. 16).

35. Obtempera que a composição do custo usada como referência para o cálculo do sobrepreço tem por base a Consulta Pública do Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sinctran, realizada em 2007, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, com o objetivo de se criar um novo sistema de custos em substituição ao Sicro-2, lançado em 2003. No entanto, a data base do orçamento aprovado para a licitação que deu origem ao contrato ora impugnado é de 1/7/2007, logo, a Eletrosul não poderia utilizar o Sinctran de dezembro de 2007 como referência, eis que não existia à época da elaboração do orçamento para a licitação da obra (peça 389, pp. 16-17).

36. Em seguida, assevera que o Sicro-2, vigente à época da elaboração do orçamento, não contemplava preços para a escavação em rocha subterrânea – item mais relevante no cálculo do sobrepreço (peça 389, p. 17).

37. Conclui que se o Novo Sicro não podia ser aplicado como método de cálculo do sobrepreço, eis que superveniente, pelo princípio da simetria, o Sinctran também não poderia. Afora isso, este sistema nunca teria sido homologado e utilizado pelo DNIT, ou seja, sua utilização como referência se mostra inadequada. Nessa linha, destaca que o estudo técnico da VLB Engenharia, ao tratar da escavação em rocha subterrânea para a implantação do túnel de adução conclui ser clara a inconsistência das composições de escavação subterrânea em rocha, tanto no túnel, quanto dos bueiros metálicos tipo tunnel liner no sistema de custos Sinctran, o que demonstra a inaplicabilidade de sua utilização como referência (peça 382, pp. 16-17).

38. Isto posto, pondera que o Sinctran não traduz todos os custos envolvidos nos serviços para escavação de rochas subterrâneas, tendo suas composições incompletas e incoerentes com a realidade. Transcreve trechos do manual do sistema que apresenta características peculiares do Sinctran, tais como: conversão das composições do Sicro 2 de produção horária para unitária; eliminação dos custos indiretos das composições das atividades – insumos que participam indiretamente serão incluídos nos Serviços Gerais do Orçamento da Obra; reversão de custos indiretos para o tratamento como se diretos fossem; inclusão de fatores de risco e escala na composição do BDI; eliminação do custo improdutivo dos equipamentos na composição dos custos e inclusão no custo horário como um percentual (peça 389, p. 19).

39. Assim, os custos improdutivos dos equipamentos passaram a representar um percentual fixo do custo produtivo, porém, no caso específico de execução de túneis, ainda mais nos casos de pequenos diâmetros, as atividades são executadas sequencialmente com o impedimento de qualquer paralelismo de serviços, implicando tempo improdutivo de significado relevante nas composições (peça 389, p. 19).

40. Assevera que o novo Sicro (2017) computa o uso das horas improdutivas levando em consideração as equipes mecânicas. Acresce que a característica mais relevante do serviço de escavação em túneis de pequeno diâmetro é a impossibilidade de execução de atividades paralelas, e, assim, quando se faz uma detonação, os equipamentos de perfuração e aqueles responsáveis pela retirada do material detonado estão parados e à disposição da atividade. O Sinctran considera esse tempo como um percentual da hora produtiva (2%), sendo um erro conceitual, que provoca resultados imprecisos na apuração dos custos. O Novo Sicro (2017) corrigiu este equívoco, o que confirma como correta a metodologia outrora adotada na defesa (peça 389, pp. 19-20).

41. Em seguida, reproduz o teor do Informativo Sicro 1/2017, em que consta consignado ser imprescindível que os novos orçamentos com base no mês de janeiro/2017 não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes – Sicro 2 ou novo

Sicro – sob o risco de graves distorções em função dos tratamentos diferenciados concedidos aos custos diretos e indiretos nos diferentes sistemas (peça 389, p. 20).

42. Extrapola o raciocínio e conclui que, embora o informativo seja omissivo quanto à não utilização do Novo Sicro em conjunto com o Sinctran, os tratamentos diferenciados concedidos aos custos diretos e indiretos podem criar distorções (peça 389, p. 21).

43. Outrossim, salienta que o exame técnico acolheu parcialmente seus argumentos quando apresentados os planos de fogo da obra, eis que a quantidade de materiais explosivos e detonantes da composição do Sinctran não seria capaz de proferir a detonação completa do túnel e transcreveu trecho do relatório sobre o assunto (peça 389, p. 21).

44. Ressalta que a publicação do Novo Sicro (2017) trouxe uma referência de avaliação mais consentânea à realidade da obra, e que os critérios atuais dessa nova metodologia incluem a contabilização das horas improdutivas reais, correção do consumo de materiais e da utilização de equipamentos, bem como acréscimos de serviços e equipamentos não existentes (peça 389, p. 22).

45. Aduz uma questão que não teria sido abordada anteriormente no processo que se refere à adequação das composições dos custos diante do tipo da rocha encontrada na escavação subterrânea, que reflete a realidade encontrada na PCH Barra do Rio Chapéu. O túnel da Barra do Rio Chapéu possuía ao longo do seu trajeto cinco classes para escavação em rocha subterrânea, sendo coerente a adequação das composições para refletir com maior precisão os preços praticados (peça 389, p. 22).

46. Alega que, quando se pondera as composições do Novo Sicro fica demonstrado não haver sobrepreço e sim subpreço em relação ao serviço de escavação em rocha subterrânea, conclusão por parte do Instituto Brasileiro de Engenharia de Custos – IBEC e da VLB Engenharia – duas entidades de destaque nacional na área de construção de hidrelétricas (peça 389, pp. 23-24).

47. Para fins de comprovação das conclusões, reproduz gráfico que traça a comparação do custo de escavação em túnel entre diversas obras de usinas hidrelétricas no mês de março de 2008 – UHE Mauá, PCH Barra do Rio Chapéu, PCH Cavernoso II, PCH Queixada T., PCH Rondinha, CGH Cachoeira Brava e PCH Bacia das Almas. Considera que o preço avaliado pelo TCU para as obras do PCH Barra do Rio Chapéu é menor que as demais obras (peça 389, p. 23).

48. Ao final, repisa os argumentos apresentados e reproduz tabela do relatório técnico da VLB engenharia para fins de demonstrar a ausência de sobrepreço (peça 389, p. 24):

PCH Barra do Rio Chapéu

	Valor r contrato	Valor TCU	Parecer VLB			
			Custo Sicro		Custo Sicro incluindo diluição de manobra	
			Unitário Com volume TCU	Novo Unitário Com volume Geométrico + Piso Concreto	Unitário Com volume TCU	Novo Unitário Com volume Geométrico + Piso Concreto
Custo escavação subterrânea (R\$)	226,98	173,61	222,58	22,58	231,35	231,35
Volume escavação (m³)	67,3	67,350	67,3	68,554	67,3	68,5
Valor total do contrato (R\$)	50,00	00	00,00	35	50,00	54,35
Diferença em relação ao valor contratado (R\$)	15,2	11.693,347,44	14,9	15.258,827,22	15,5	15,5
Diferença em relação ao valor contratado (%)	87.103,00	3.593,7	296,340,00	28,275,78	-	-
Diferença em relação ao valor contratado (%)		23,51	1,94	0,18	1,93	3,75

Análise

49. Das razões recursais, extrai-se as principais teses de defesa apresentadas pela Eletrosul:

a) fragilidade do exame procedido pelas secretarias especializadas do TCU o que resultou na sucessiva redução do sobrepreço;

b) a mutabilidade e aditativas ao contrato não afeta o regime da obra contratado (empreitada por preço global);



c) a metodologia empregada pelo exame, pautada unicamente nos sistemas oficiais de preço e nas fontes previstas no Roteiro de Auditoria de Obras não espelha a realidade contratual, sendo necessária a comparação dos dados com outras fontes/outras obras; e o Sinctran não revela todos os custos envolvidos nos serviços para escavação de rochas subterrâneas; o sobrepreço calculado pelo TCU não levou em consideração as peculiaridades da obra;

d) o custo da improdutividade dos equipamentos não teria sido contabilizado no cálculo do sobrepreço; e

e) não foram consideradas as diferentes classes de rocha para a composição dos custos paradigma do serviço de escavação subterrânea.

a) Da fragilidade do exame procedido pelas secretarias especializadas do TCU

50. Segundo a Eletrosul, a fragilidade do exame procedido pelas secretarias especializadas do TCU resultou na sucessiva redução do sobrepreço e demonstraria sua ação exitosa ao longo da instrução processual. Discorda-se.

51. Conforme se extrai do voto condutor do Acórdão 694/2012 – TCU – Plenário prolatado no âmbito do TC 018.400/2009-6, a então Secex/SC acompanhou o projeto de implantação de pequenas centrais hidrelétricas no Complexo Hidrelétrico São Bernardo, em Santa Catarina, em resposta à solicitação do Senado Federal. O projeto fora parcialmente financiado por operação de crédito externa contratada com a Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), aprovada pela Resolução 45/2008 do Congresso Nacional.

52. Naquela ocasião, quando do exame da contratação, verificou-se a ausência de composições de custos unitários e da avaliação da aceitabilidade desses custos, o que impossibilitava examinar a adequabilidade de aditivismos ao contrato e propiciaria o jogo de planilha. A situação afronta o art. 6º, inciso X, art. 7º, §2º, inciso II e §4º, art. 12, art. 40, §2º, inciso II, art. 55, incisos II, III e XI, art. 65, inciso I, alínea “b” e §3º, da Lei 8.666/1993.

53. Uma vez que o Contrato 90580124 estava em vias de ser aditivado, o Tribunal determinou à Eletrosul (subitem 9.1.1 da parte dispositiva do Acórdão 2914/2009 – TCU – Plenário) que apresentasse a composição detalhada dos preços unitários de cada item de custo da planilha de preços constante do instrumento contratual, aferindo sua compatibilidade com os preços de referência aplicáveis e informando, onde pertinente, as distâncias médias de transporte.

54. A Eletrosul, no procedimento licitatório referente à implantação da PCH Barra do Rio Chapéu não fundamentou o orçamento base por meio de composições de preços unitários, em desatenção ao art. 7º, §2º, da Lei 8.666/1993, desrespeitando, ainda, determinação à estatal proferida no Acórdão 210/2006 – TCU – Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues.

55. A ausência das informações relativas aos custos dos serviços da obra se traduz no fundamento para todo o contencioso/sobrepreço tratado nos autos. Todos os dados apresentados pela Eletrosul ao longo da instrução processual, que supostamente representariam os custos efetivos incorridos pela contratada, foram elaborados para contrapor as composições de preços formuladas pelo TCU, ou seja, cálculos elaborados pela estatal em resposta à ação fiscalizadora desta Corte, e não representavam os custos inicialmente orçados ou efetivamente realizados, já que os preços dos insumos utilizados pela Eletrosul basearam-se em referências oficiais (Sicro-2, Sicro-3 e Novo Sicro) e não nos documentos relacionados ao Contrato 90580124.

56. A Resolução da Diretoria Executiva – RD 1481-09, de 16/8/2013, que aprova os relatórios de composição dos custos dos itens “escavação em rocha subterrânea”, “escavação em rocha a céu aberto” e “concreto compactado a rolo” (peça 197, p 31) registra a elaboração dos custos por parte da estatal, quatro anos após a contratação do Consórcio para a realização das obras.

57. Portanto, releva notar que a questão do sobrepreço debatida nos autos origina-se da orçamentação deficiente procedida pela Eletrosul ao não registrar previamente à contratação dos serviços e bens de um empreendimento de grande porte (oitenta milhões de reais), de forma adequada e transparente, a composição dos preços unitários máximos para a execução dos serviços

contratados, os critérios de aceitação dos preços, os detalhes da composição unitária de cada um dos serviços.

58. Contrariamente ao asseverado pela recorrente, ao longo da cadeia de instrução processual, verifica-se a estratégia de a Eletrosul confrontar os exames procedidos pelo TCU, introduzindo elementos adicionais de defesa, paulatinamente, em lugar de demonstrar prontamente a adequação dos valores contratados para a consecução do serviço de escavação subterrânea de rocha para a construção do túnel, com base nos dados contratados.

59. Tal conduta ofende ao instituto da preclusão consumativa ao longo da instrução processual e reflete o direcionamento de esforços e recursos públicos à contratação de pareceres técnicos no intuito de defender interesses de terceiros – consórcio contratado – em lugar do interesse público – recomposição ao erário.

60. Portanto, diferentemente do asseverado pela recorrente, a redução do sobrepreço apenas demonstra o respeito do TCU pelo contraditório nos autos, e o fato de as primeiras aproximações do preço de referência terem sofrido ajustes no curso da dialética processual não significa que a parcela remanescente e não justificada do sobrepreço esteja fundada em premissas tecnicamente equivocadas. Ademais, a controvérsia ao longo dos autos demonstra a gestão negligente na condução da construção da pequena usina hidrelétrica da Barra do Rio Chapéu/SC.

b) Das alterações contratuais e do regime de obra contratado (empreitada por preço global).

61. Para a Eletrosul, a mutabilidade e as aditativas ao contrato não afetariam o regime da obra contratada (empreitada por preço global), e o regime por preços unitários decorreria da análise parcial, concernente a apenas alguns itens, realizada pelo TCU.

62. A matéria foi exaustivamente tratada ao longo da instrução processual, não merece qualquer reparo ou acréscimo na análise. Examina-se novamente o tema em atenção ao efeito devolutivo do recurso.

63. De acordo com a Cláusula 13 do Contrato 90580124, o objeto do contrato seria executado sob o regime de empreitada integral – turn key (peça 35, p. 12). A lista de preços contempla os principais serviços e bens necessários ao completo e perfeito atendimento do objeto contratado; e os eventuais serviços e bens não mencionados explicitamente na lista de preços, mas necessários ao completo e perfeito atendimento do objeto, bem como materiais, documentação, insumos de energia elétrica, comunicação, água para o canteiro de obras e os seguros previstos têm seus preços considerados como inclusos nos preços das referidas listas (subitens 3.1 e 3.2 da Cláusula 13 do Contrato 90580124 – peça 35, p. 12).

64. Segundo o item “e” do inciso VIII do art. 6º da Lei 8.666/1993, a empreitada integral refere-se à contratação de terceiros para a construção de empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com características adequadas às finalidades para as quais fora contratada.

65. O Contrato 90580124, firmado entre a Eletrosul e o Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (CCBRC) foi celebrado sob o regime de empreitada integral. Entretanto, ao longo dos trabalhos desenvolvidos por esta casa, constatou-se a celebração de cinco termos aditivos ao Contrato 90580124. O primeiro e o quarto termos aditivos acarretaram relevantes alterações de quantitativos de serviços, decorrentes de deficiências no projeto básico, com a consequente elevação do valor do contrato.

66. Ocorre que na contratação por regime de empreitada integral, a aditativa contratual é admitida em razão de fatos concernentes à álea extraordinária, ou seja, de natureza imprevisível. Eventuais imprecisões no projeto básico não justificam a correção por meio aditivo, pois implicam em riscos inerentes à álea contratual ordinária do negócio, assumidos pelo contratado (Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário, Rel. Augusto Sherman; Acórdão 1453/2006 – TCU – Plenário, Rel. Augusto Sherman).



67. No caso em apreço, os aditivos firmados se coadunam com os riscos do negócio, ou seja, com a álea ordinária, e não se enquadram nessa excepcionalidade, eis que resultantes de deficiências no projeto básico. Assim, os serviços constantes dos aditivos contratuais não eram imprevisíveis, mas detectáveis no projeto básico, pois se referiam à composição de materiais e serviços que integravam as principais estruturas. No entanto, o Consórcio se limitou a formular proposta comercial de forma global e posteriormente pleitear as distorções por meio de aditativas ao instrumento contratual (peça 86, pp. 26-27).

68. Consoante com a Cláusula Onze do instrumento contratual, alterações eventuais ocorreriam de acordo com o art. 65 da Lei 8.666/1993 (peça 35, p. 11). Assim, a Eletrosul deveria comprovar a aderência das modificações contratuais ao previsto no art. 65 da Lei 8.666/1993, eis que as alterações em quantidades de serviços se configuram mudanças substanciais e passíveis de previsão para sua implementação no projeto básico.

69. O recorrente aponta como paradigmas de defesa decisões do TCU que supostamente lastreariam as alterações em contratos por empreitada integral: Acórdão 3281/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão 1461/2003 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman; Acórdão 1977/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. Valmir Campello; e o Acórdão 291/2016 – TCU – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.

70. No que concerne ao Acórdão 3281/2011 – TCU – Plenário, Rel. min. Augusto Nardes, trata de auditoria realizada nas obras de construção da Usina Hidrelétrica de São Domingos no Estado de Mato Grosso do Sul, conduzida pela Eletrosul (TC 005.689/2011-2). Contrariamente ao asseverado pela recorrente, por ocasião daquele exame, restou consignado no relatório que embora a alteração do contrato se tratasse de itens previsíveis, havia riscos de consequências indesejáveis em função de eventual paralisação da obra, e não seria justo o Consórcio assumir a integralidade das alterações sem o ressarcimento devido eis que antecipou formalmente as inconsistências do projeto básico. Demais disso, na proposta do Consórcio não havia taxa de risco fora dos padrões usuais de sorte a compensar os potenciais prejuízos advindos das deficiências do projeto básico.

71. A situação não se amolda ao caso em análise – PCH Barra do Rio Chapéu, eis que o Consórcio não alertou para as inconsistências do projeto básico durante o desenrolar do certame, e a alteração decorreu de erros/deficiências previsíveis no projeto, e não em decorrência do interesse público.

72. O Acórdão 1461/2003 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, trata de Relatório de Levantamento de Auditoria, relacionado ao Programa de Trabalho - Construção, Ampliação, Reforma e Aparelhamento de Estabelecimentos Penais no Estado do Amazonas, que teve como objeto a construção de dois estabelecimentos penitenciários. A instrução técnica sinalizou pela ausência de fatos imprevisíveis e de motivação para a celebração de aditivos à contratação por empreitada por preço global (preço certo e total). O Relator discordou da unidade técnica por entender assentadas naquele caso as justificativas técnicas que ampararam o aditamento contratual, o que não se coaduna ao presente caso em que o Julgador concluiu por ausentes motivos técnicos suficientes que amparassem a contratação, consoante se extrai de trecho do voto em que assevera que eventuais imprecisões no projeto básico, com o qual o contratado assume expressa concordância, não constituem razões para o pleito de sua correção por meio de aditivização contratual (peça , p. 3).

73. O Acórdão 291/2016 – TCU – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, trata de auditoria em obras de construção de edificações na UFRJ, não cuida de caso análogo ao ora em apreço, eis que parte das alterações processadas nos quantitativos previstos na licitação era devida, em decorrência das modificações feitas nas especificações da obra pela própria Administração, como a mudança no tipo de laje do último pavimento e no diâmetro das estacas raiz; e não foi verificado sobrepreço ou superfaturamento, uma vez que, na amostra avaliada, os valores contratados e os executados ficaram abaixo dos preços de referência.

74. Com relação ao Acórdão 1977/2013 – TCU – Plenário, Rel. Min. Valmir Campello, tratou-se de processo administrativo constituído com vistas a uniformizar procedimentos de fiscalização

atinentes a objetos executados mediante o regime de empreitada por preço global, de maneira a apresentar diretrizes e orientar os auditores deste Tribunal sobre o tema. Naquela ocasião, o Tribunal admitiu que, excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantir o valor fundamental da melhor proposta e a isonomia, nos casos em que, por erro ou omissão no orçamento, houver “subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária”, podem ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença.

75. Assim, para que se possa acolher aditivos contratuais celebrados em contratos de regime de execução por empreitada integral ou global, deve-se levar em conta os demais condicionantes expostos na deliberação de que não haja: a) superação dos limites de acréscimos e supressões contratuais (art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 e art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013); b) “jogo de planilhas”, com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base do certame no ato da assinatura do contrato; c) compensação da correção de quantitativos e da inclusão de serviços por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado; e d) pagamentos do objeto acima do preço de mercado.

76. No caso em comento, há sobrepreço detectado nos serviços de escavação subterrânea de rochas, motivo pelo qual a situação não se harmoniza ao acórdão paradigma. Além disso, foram utilizados, como base de comparação de preços, sistemas referenciais de custos aprovados por órgãos da Administração Federal (Sinapi, Sicro 2, Sinctran), o que revela, conforme apontou a unidade técnica, a adoção de metodologia regularmente praticada no âmbito das fiscalizações de obras públicas.

77. Ante o exposto, os argumentos recursais não podem ser acolhidos.

c) Do sobrepreço calculado pelo TCU; a metodologia empregada pelo exame.

78. Segundo a Eletrosul, a metodologia de cálculo empregada pelo Tribunal pautou-se unicamente nos sistemas oficiais de preço e nas fontes previstas no Roteiro de Auditoria de Obras não espelha a realidade contratual, sendo necessária a comparação dos dados com outras fontes/outras obras; o Sinctran não revela todos os custos envolvidos nos serviços para escavação de rochas subterrâneas, e não se considerou as peculiaridades da obra.

79. Nas licitações para obras e serviços de engenharia, a Administração deve utilizar os sistemas oficiais para apuração do valor do objeto licitado, tais como Sicro ou Sinapi, em observância ao disposto à Lei de Diretrizes Orçamentárias, de forma a se evitar consultas prévias de preços de mercado junto a empresas que poderão participar do certame, com evidentes prejuízos ao princípio constitucional da isonomia (art. 3º da Lei 8.666/1993), o qual assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (Acórdão 1191/2007 – TCU – Plenário, Rel. Benjamin Zymler).

80. Ao contrário do asseverado pela recorrente, resta consignado ao longo da instrução processual que o Sinctran era o sistema referencial sucessor do Sicro 2 e continha detalhamento mais realista e favorável às pretensões do jurisdicionado (peça 382, p. 13).

81. Desta feita, o Relator a quo não admitiu as fragilidades suscitadas no Sinctran (Sicro-3), o qual, embora estivesse em fase de audiência pública à época da contratação, apresentava metodologia suficientemente detalhada e refletia a experiência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), órgão responsável por sua elaboração (peça 119, p. 2).

82. Além disso, o Relator a quo considerou que as composições de custos do serviço “Escavação em rocha subterrânea”, utilizadas pela auditoria, continham um nível de detalhamento muito superior àquele apresentado nas composições correspondentes utilizadas pela Eletrosul (peça 119, p. 2).

83. Ademais, embora o Sicro 2, referencial existente à época, não previsse composição específica para o serviço de escavação de túnel, o Sinctran apresentava rubrica de custos que compunham esse serviço.

84. Nessa linha, embora em caráter não oficial, o Sinctran representava evolução em relação ao Sicro-2 (sistema oficial e reiteradamente validado pelo TCU) e, portanto, presumivelmente corrigia



eventuais distorções para exprimir com confiabilidade ainda maior os custos de obras, como consignado pelo Relator a quo no voto condutor do Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário.

85. O sobrepreço calculado pelo TCU partiu dos dados constantes do projeto básico, do memorial descritivo da obra e daqueles informados pela própria recorrente, ao longo do exame procedido. Além disso, em todas as suas manifestações nos autos, consideraram-se as peculiaridades do empreendimento na análise do sobrepreço e efetuaram-se vários ajustes no valor calculado, quando necessário, tendo, inclusive, acatado várias das ponderações formuladas pela Eletrosul. Portanto, o exame considerou as peculiaridades da obra.

86. Segundo a recorrente, o Sinctran não poderia ter sido adotado como referência, eis que lançado em momento posterior (dezembro/2007) à orçamentação do contrato firmado em 1/7/2007 (peça 35, p. 87). Não se acata a alegação, a utilização do Sinctran se configurou subsidiária, apenas como referência pela unidade técnica uma vez que os serviços contratados não foram devidamente detalhados e orçados pela Eletrosul (peça 119, p. 2).

87. Quanto à utilização subsidiária do Sinctran, este Tribunal tem entendido pela possibilidade de se pautar nesse sistema conjuntamente com os outros referenciais já consolidados, para casos em que se constitua como a única fonte de composição de serviços relevantes em análises orçamentárias (Acórdão 589/2012 – TCU – Plenário, Rel. Augusto Sherman).

88. Nos casos em que o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) ou o Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) não ofereça custos unitários de insumos ou serviços, a Administração deve adotar aqueles disponíveis e o Sinctran mostrava-se um sistema mais conservador e favorável à empresa do que o Sicro-2, conforme voto condutor do Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário.

89. No tocante à comparação entre os preços praticados na obra da Eletrosul e outras obras, o argumento não pode ser acatado, dado que os projetos básicos e as composições de custos unitários das obras paradigmas não foram objeto de exame, o que impossibilita conclusões a respeito da precisão das obras, dos bens e serviços afetos aos empreendimentos, dimensões, condições da contratação, turnos de trabalho, materiais, equipamentos, tecnologias e métodos construtivos empregados e outros.

90. Portanto, não se acatam os argumentos da Eletrosul.

d) O custo da improdutividade dos equipamentos não estaria computado no cálculo do sobrepreço;

91. A improdutividade/produtividade é uma questão inerente a qualquer processo produtivo, e pode ser alterada/afetada por meio da otimização na alocação dos fatores de produção (mão de obra e equipamentos) na busca pelo melhor resultado possível - geração de bens/prestação de serviços - alcançando-se a eficiência máxima dos meios produtivos.

92. É certo que a depender da relação produtividade/improdutividade, o custo de um serviço pode ser maior ou menor. Da mesma forma, na hipótese de eventuais situações extraordinárias, alheias às vontades das partes, podem ocasionar reduções do fator de eficiência de uma relação produtiva.

93. Ao contrário, também há situações em que se verificam aumentos da eficiência/otimização de recursos/incremento da produtividade no decorrer do processo produtivo. Nestes casos, os ganhos advindos de uma maior produtividade decorrente de melhorias na alocação dos insumos produtivos não são repassados à Administração, eis que considerados oriundos/pertencentes aos processos de otimização da eficiência da empresa.

94. À Administração, então, compete apenas, e tão-somente, remunerar os serviços contratados com base nos preços ajustados, de acordo com os orçamentos referenciais dos custos unitários formulados pelas contratadas.

95. Sobre o assunto, o Manual de Custos Rodoviários do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes – DNIT, prevê em seu item 5.2.4:

5.2.4 - TEMPO OPERATIVO E TEMPO IMPRODUTIVO

Os conceitos e o modelo matemático adotados no cálculo dos preços unitários consideram dois períodos de tempo diferentes na atuação dos equipamentos: a hora operativa e a hora improdutiva.

Durante a hora operativa, o equipamento está operando normalmente, sujeito às restrições que são levadas em conta quando se aplica o fator eficiência. Na hora improdutiva, o equipamento está parado, com o motor desligado, aguardando que o equipamento que comanda a equipe permita-lhe operar.

Em consequência desses conceitos, o custo horário operativo é calculado somando-se os custos horários de depreciação, operação, manutenção e mão-de-obra. O custo horário improdutivo é igual ao custo horário da mão-de-obra. Não se consideram os outros custos, pois se admite que estes ocorram somente ao longo da vida útil, expressa em horas operativas.

Matematicamente, a improdutividade aparece quando se compara a produção horária da equipe com a dos equipamentos individuais. O coeficiente de utilização produtivo é o quociente de divisão da produção da equipe pela produção de cada tipo de equipamento e é sempre menor ou igual a 1. O coeficiente de utilização improdutivo é obtido por diferença.

Na fase de orçamento, há ainda que considerar, na composição dos custos dos itens de serviço, a incidência dos tempos improdutivos devidos as condições climáticas, notadamente a ocorrência de chuvas.

Pelo que foi exposto até aqui, com relação aos tempos improdutivos dos equipamentos, pode-se depreender que sua quantificação só é possível quando se estuda caso a caso, pois ela é inteiramente condicionada pela maneira como se pretende conduzir cada frente de serviço.

Assim sendo, as Composições de Serviços contidas no SICRO 2 incluem somente o tempo improdutivo correspondente ao dimensionamento das patrulhas. A outra parcela poderá ser acrescentada na fase do orçamento pelo Engenheiro de Custos, ao compor os custos dos itens de serviço, diante das condições particulares de cada obra.

96. O Manual do Sintran – <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/sicro-3-em-consulta-publica/Volume%201%20-%20Metodologia%20e%20Conceitos.pdf> (Sicro 3) possibilita a eliminação do custo improdutivo dos equipamentos nas composições de custos e inclusão no custo horário como um percentual.

97. Nessa toada, veja-se que a SeinfraEletrica acatou o argumento da Eletrosul quanto ao cômputo da improdutividade dos equipamentos.

98. Apenas é interessante pontuar que, se a improdutividade representa variável de custo de magnitude e relevância importante, assim como qualquer outro custo relacionado aos serviços contratados, deveria constar prevista/discriminada/detalhada expressamente na fase de orçamentação de custos – composição dos custos unitários, na formação dos preços e nos valores contratados.

99. A composição dos custos unitários de cada item contratado e a relação específica de todos os insumos que oneram o serviço, a incluir os consumos e produtividades de cada maquinário, material e mão de obra, faz-se fundamental para a correta parametrização dos encargos que compõem a planilha geral de preços da empreitada. As composições devem especificar, para cada insumo, a sua produtividade horária, o seu consumo unitário e o seu custo (CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Obras Públicas, comentários à jurisprudência do TCU, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 111).

100. Da mesma forma, a demonstração objetiva de todos os custos do empreendimento subsidia a Administração em eventuais análises da vantajosidade da oferta, evita duplicidades de encargos e serve de lastro probatório para o discernimento de futuros pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro (CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Obras Públicas, comentários à jurisprudência do TCU, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 112-113).

101. Todavia, esta não era a realidade dos fatos tratados nos autos. Ao revés, o custo da improdutividade não se encontrava inicialmente detalhado de forma expressa na planilha de preços unitários dos serviços contratados ou na estimativa dos custos dos serviços, tampouco consta do processo de contratação a metodologia de cálculo para a sua obtenção, bem como não se verificam

discriminados os insumos sobre os quais incidiria, a forma de controle e acompanhamento dessa variável. As improdutividades foram estimadas pelo estudo IBEC (peça 341) e apresentadas em estudo dos custos posteriormente desenvolvido pela Eletrosul, no exercício de 2013, para contrapor as conclusões técnicas da fiscalização procedida pelo TCU (peça 198).

102. A ausência de tais informações suficientemente detalhadas afronta as disposições contidas no art. 7º, §2º, inciso II e o § 4º, da Lei 8.666/1993 e precedentes desta Casa, no sentido de que a Administração tem por obrigação legal elaborar/apresentar a composição analítica dos preços dos serviços que contrata (Acórdão 549/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 45/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 2354/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 2385/2006 – TCU – Plenário).

103. Afora isso, contrariamente ao asseverado pela recorrente, a SeinfraElettrica não desconsiderou a improdutividade dos equipamentos para efeito de orçamento, apenas não acatou a variável no patamar defendido pela Eletrosul. No caso dos equipamentos extraídos diretamente do Sinctran, adotou-se o percentual de 3% para o custo improdutivo, e no caso do Jumbo, pautou-se nas premissas de custo horário do Sistema de Orçamento da Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – Codevasf (peça 406, p. 7). Para ilustrar, tece-se pequeno histórico do exame procedido quanto ao Jumbo – equipamento principal na atividade de escavação.

104. No que concerne aos equipamentos semelhantes nas duas composições (jumbo, carregadeira de pneus, compressor e perfuratriz), a Eletrosul destacou diferenças significativas entre os índices de produtividade aplicados (peça 327, pp. 8).

105. Para a “carreta de perfuração sobre pneus tipo Jumbo (135 kw)”, por exemplo, equipamento líder da escavação, a Eletrosul apresentou um índice de produtividade de 0,2772 h/m³, valor cerca de seis vezes superior ao adotado na composição 0705131 do Sinctran (0,0450 h/m³), referência utilizada pelo TCU. Portanto, na CPU da Eletrosul o jumbo gastaria seis vezes mais tempo para executar o mesmo serviço por metro cúbico de escavação, ou seja, a produtividade indicada pela estatal para esse equipamento é muito inferior ao parâmetro do Sinctran (peça 327, p. 8).

106. Então, de modo a verificar a razoabilidade do índice adotado pela Eletrosul, o qual teria sido calculado com base em uma amostra de 173 diários de obra, de um total de 563 dias de escavação, a unidade técnica multiplicou o volume total escavado no túnel, informado pela estatal, pelos índices de produtividade do jumbo informados na CPU da Eletrosul e no Sinctran/DNIT (peça 327, p. 8).

107. Em seguida, considerou as premissas adotadas pela Eletrosul no relatório de CPU (peça 198, p. 13), um turno de 10 horas diárias com ponderação entre horas produtivas e improdutivas na razão de 70% - 30%. Do referido cálculo resultam necessários 2.722 dias ($19.056,11 \div 10 \div 70\%$) para execução do túnel de adução com a produtividade informada pela Eletrosul, enquanto pelo Sinctran seriam necessários 442 dias ($3.093,53 \div 10 \div 70\%$). Observe-se que, de acordo com a Eletrosul, o túnel de adução foi escavado em 563 dias, dos quais houve avanço em 435 dias (peça 198, p. 10), o que, indicaria que o índice do Sinctran, e adotado pelo TCU, encontra-se muito próximo à realidade observada na obra. Já o índice de produtividade alegado pela estatal conduziria a um tempo de execução de obra de quase 7,5 anos, demonstrando-se totalmente desarrazoado frente ao tempo que efetivamente foi realizada a obra (1,5 ano) (peça 327, p. 8).

108. Outro teste realizado pela SeinfraElettrica refere-se ao cálculo da produtividade teórica do jumbo, elaborado com base no catálogo do equipamento utilizado na obra (peça 325, p. 1-11) e nos dados do plano de fogo (peça 217, p. 15-16). O modelo do jumbo utilizado nos cálculos (Boomer 282, COP 138 Rock Drill, 2 braços, da Atlas Copco) consta da informação prestada pela Eletrosul (peça 110, p. 10) e confirmada no site da contratada (<http://www.mfwengenharia.com.br/equipamentos.php>) (peça 327, p. 8).

109. A produtividade teórica do jumbo (0,0235h/m³) considera uma taxa de penetração alcançada em condições ideais de ambiente laboratorial e as taxas reais variam de acordo com condições da rocha e do ambiente, podendo ser maiores que a teórica. De toda forma, o parâmetro de produtividade teórico é inferior tanto ao da Eletrosul (0,2772h/m³) quanto ao do Sinctran

(0,0450h/m³), mais próximo ao do segundo. Assim, o catálogo do equipamento em questão indica que o jumbo é duas vezes mais produtivo do que o referencial adotado (Sictran) e onze vezes mais produtivo do que a Eletrosul aduziu em sua manifestação. Ou seja, o referencial do TCU se coaduna aos dados constantes do catálogo do equipamento (peça 327, p. 9).

110. Os parâmetros de produtividade utilizados pela Eletrosul foram definidos com base nos diários de obra, do plano de fogo e relatório de avanços (peça 198, p. 9-10), todavia, as justificativas de preço baseadas em dados de diários de obras possuem limitações, pois se poderia apropriar não só horas produtivas e improdutivas dos equipamentos, mas também eventuais ineficiências intrínsecas à empresa, às subcontratadas ou até mesmo à interação contratante/contratada. Nesse caso, os dados de produtividade dos equipamentos estariam falseados por tais ineficiências (peça 327, p. 9).

111. Outra limitação apontada pela SeinfraElettrica está associada à baixa confiabilidade e incompletude das informações contidas nos diários de obra, reconhecida pela própria Eletrosul (peça 198, pp. 10 e 14, e peça 327, pp. 9-10).

112. Portanto, a impugnação recursal relativa à desconsideração da variável improdutividade na CPU paradigma não se sustenta.

e) Não teriam sido consideradas as diferentes classes de rocha para efeito de se estabelecer o custo unitário do serviço.

113. Este argumento também não pode ser acatado.

114. De fato, conforme o manual do Sicro, a questão da geologia das rochas implica no preço dos serviços da escavação subterrânea, e a escavação em rocha *sã* pode, ou não, ser mais econômica do que em rocha fraturada, eis que dependerá do nível de reforço para que o material remanescente ao redor do túnel fique estável.

115. Abaixo trecho do Manual de Custos do DNIT, Volume 10, Conteúdo 07, Obras de Arte Especiais (p. 59-60), que contém tabelas com a classificação do maciço rochoso, e o que é necessário para sua escavação.

Tabela 18 - Classificação NATM

Classificação NATM	
I	Classe I Maciços de rocha <i>sã</i> , sem alterações, coesos e autoportantes, com ausência de planos (famílias) de fraturas ou diáclases, que no entanto poderão ocorrer de forma isolada.
II	Classe II Maciços de rocha <i>sã</i> , sem alterações, coesos e autoportantes, porém já apresentando pelo menos um plano (família) de diáclases ou de fraturas.
III	Classe III Maciços de rocha <i>sã</i> , fraturada, ainda com um certo grau de autossuporte e coesão, porém entrecortado por planos (famílias) de fraturas orientados segundo diferentes direções e mergulhos, podendo ocorrer faixas milimétricas a centimétricas de alterações nestas fraturas, associadas a maiores concentrações de água subterrânea.
IV	Classe IV Maciços de rocha mais fraturada e apresentando faixas intercaladas de rocha alterada, com coesão mais reduzida, autossuporte e estabilidade temporários, quadro que pode se agravar na presença de água subterrânea.
V	Classe V Maciços formados por solo de alteração (saprólitos) ou rocha totalmente alterada, com pouca ou nenhuma coesão, ausência de autossuporte e estabilidade quando escavados; na presença de água subterrânea estes maciços passarão a ser classificados como de Classe VI.

Tabela 19 - Guia para escavação e suporte de túneis (Bieniawski, 1976)

Classe do Maciço Rochoso	Classe Geomecânica RMR	Escavação	Suporte		
			Ancoragens	Concreto Projetado	Cambotas
I	81 a 100	Seção total; 3 m de avanço	Geralmente não requer suporte com a exceção de ancoragens ocasionais		
II	61 a 80	Seção total; 1 a 1,5 m de avanço; suporte completo a 20 m da frente	Ancoragens com 3 m de comprimento, espaçadas de 2,5 m, ocasionalmente com malha em certas zonas do teto	50 mm no teto quando necessário	Nenhuma
III	41 a 60	Seção parcial (frente e rebaixo); 1,5 a 3 m de avanço; início do suporte a cada fogo; suporte completo a 10 m	Ancoragens sistemáticas com 4 m de comprimento e espaçadas de 2 m nas paredes e teto, com malha no teto	50 a 100 mm no teto, 30 mm nas paredes	Nenhuma
IV	21 a 40	Seção parcial (frente e rebaixo); 1 a 1,5 m de avanço; instalação do suporte concomitantemente com a escavação	Ancoragens sistemáticas com 4 a 5 m de comprimento, espaçadas de 1 a 1,5 m com malha no teto e paredes	100 a 200 mm no teto, 100 mm nas paredes	Cambotas leves espaçadas de 1,5 m
V	< 20	Seções múltiplas; 0,5 a 1,5 m de avanço; instalação do suporte concomitantemente com a escavação; concreto projetado logo após o fogo	Ancoragens sistemáticas com 5 a 6 m de comprimento, espaçadas de 1 a 1,5 m com malha no teto e paredes; ancoragem na soleira	150 a 250 mm no teto, 150 mm nas paredes	Cambotas médias a pesadas espaçadas de 0,75m; fechamento na soleira

116. A partir das tabelas acima, veja-se que a diferença entre as classes geológicas repercute em maior ou menor custo do serviço de escavação a depender da instabilidade do maciço e da necessidade de escoramento.

117. Todavia, diferentemente do alegado pela Recorrente, da Lista de Preços e Quantitativos de Serviços apresentada pelo Consórcio Construtor Barra do rio Chapéu (peça 41) é forçoso reconhecer que o serviço de tratamento/blindagem/escoramento/ancoragem não integra os serviços de “escavação subterrânea em rocha” (item 8), e sim a rubrica “tratamento e ancoragem do túnel de adução” (item 14).

118. De acordo com a Cláusula 18 – item 10 do contrato, os serviços de escavação em rocha subterrânea (item 8 da Lista de Preços) compunham as atividades de: i) perfuração, detonação, carga, transporte e descarga; ii) recarga, transporte e descarga de material em estoque; iii) espalhamento de material em estoque/bota-fora; iv) ventilação, iluminação, escoramento; v) acessos de serviços, espaços de manobra, regularização do piso em concreto rolado, ventilação, iluminação.

119. Ainda a Cláusula 18 – item 16, previa como atividades para o tratamento e ancoragem do túnel de adução: i) tratamento; ii) fornecimento e manuseio de fibra para concreto projetado; iii) preparo, carga, transporte, lançamento e cura de concreto projetado; iv) fornecimento, manuseio de cimento, sílica ativa, cinza e aditivos; v) fornecimento e manuseio de brita e areia; ancoragem/tirante; vi) perfurações para instalação de ancoragem/tirante; vii) fornecimento e instalação de barra de ancoragem e tirante; viii) execução dos serviços de consolidação e instalação de barra de ancoragem/tirante (peça 37, pp. 37-38).

120. Da descrição individual dos fatos geradores de pagamento, vê-se que o serviço impugnado – escavação subterrânea de rochas - se refere basicamente à detonação de rochas, o que demanda a utilização do jumbo, trator, alocação de explosivos, regularização do piso, transporte de materiais, descarga, espalhamento.



121. Como o exame pautou-se na base do Sistema de Custos Referenciais de Obras Sinctran, código 0705131, e, à época, referia-se ao maior custo para detonação de rochas, que correspondia ao granito/rocha sã, pode-se concluir como conservador o cálculo da unidade técnica, eis que as diferentes classes geológicas das rochas impactariam, fosse o caso, o item 14 da Lista de Preços (peça 35, p. 23-26).

VLB Engenharia (peça 397)

122. Segundo o Parecer Técnico da VLB Engenharia, os pontos a seguir foram extraídos da análise do TCU e implicam em eventual sobrepreço na construção do túnel de adução da PCH Barra do Rio Chapéu (peça 397, pp. 3-4):

- a) Volume total do túnel de adução superior ao adotado pelo TCU;
- b) Inexequibilidade da utilização da pá carregadeira preconizada na composição do TCU;
- c) Atualização simples dos custos impugnados com base nos dados do Novo Sicro demonstra a ausência de sobrepreço;
- d) O TCU desconsiderou as horas improdutivas na composição de custos utilizada como paradigma;
- e) Comparação entre a composição do serviço de escavação Rocha Subterrânea e o Túnel Liner em 3ª Categoria; e
- f) Fator de correção da Seção do túnel quando da adoção do Novo Sicro como base da composição paradigma;
- g) Conclusões finais do parecer.

123. A seguir, examinam-se os argumentos da VLB Engenharia (peça 397), acompanhados dos questionamentos da Serur (peça 399), da resposta aos quesitos elaborada pela SeinfraElettrica (peça 406) e dos novos argumentos acrescidos pela Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409).

a) Volume total do túnel de adução superior ao adotado pelo TCU

Parecer VLB Engenharia

124. A VLB Engenharia considera um volume total do túnel de adução de 71.254,35 m³, superior ao adotado pelo TCU de 67.350 m³(a), pois o Tribunal não teria considerado no cômputo do volume o incremento de dez centímetros escavados para acomodar a inclusão do piso do túnel, que é igual a 1.577,25 m³, o que resultaria inicialmente em um volume mínimo de 68.554,35 m³ (peça 397, pp. 3-6).

125. Ainda, aduz que o Tribunal não considerou em seu cálculo a execução da escavação das dezoito áreas de manobras de 150 m³ ao longo do túnel, o que gera um incremento no volume de 2.700 m³ (peça 397, p. 6). Para comprovar o alegado, acosta aos autos cópia de proposta comercial de empresa tradicional no ramo para escavação subterrânea de túnel com seção similar à da PCH Barra do Rio Chapéu, em que os custos da escavação das áreas de manobra foram considerados à parte da escavação geométrica do túnel (peça 397, pp. 6-7)

126. Ao final, conclui por uma diferença de 3.904,35 m³ entre o volume de escavação executado (71.254,35 m³) e aquele considerado pelo TCU (67.350 m³) (peça 397, p. 8).

Questionamento da Serur (peça 399)

a) No tocante ao volume total escavado em rocha:

a.1) procedem os dados adicionais suscitados pela VLB para efeito de cálculo – acomodação do piso do túnel, áreas de manobras vira-vira e inclusão de seção geométrica supostamente não considerada, totalizando o volume de 71.245,35 m³ (peça 397, pp. 4-8)?

a.2) caso a resposta acima seja negativa, informar se o volume total escavado constante do projeto básico (67.350 m³) já considera em sua composição os dez centímetros para a acomodação do piso do túnel (1.577,25 m³) (peça 397, p. 5).

a.3) o cálculo de dezoito áreas de manobra (2.700 m³) para um túnel na extensão da PCH Barra do Rio Chapéu se evidencia pertinente (peça 397, p. 6)?

a.3.1) caso a resposta ao item seja afirmativa, qual seria o volume de escavação adicional?

a.3.2) o volume informado no projeto básico considera em seu cômputo as áreas de manobra vira-vira dos veículos/equipamentos? A despesa não deve ser considerada para efeito de composição de custos ou deve ser computada à parte (peça 397, pp. 6-7)?

Manifestação da SeinfraElettrica (peça 406)

127. Segundo a SeinfraElettrica, consta no caderno de desenhos do Projeto Básico Consolidado (peça 403, p. 31), previsão para dezessete áreas de manobra, internamente no túnel, com espaçamento de 200 metros entre as áreas. O cálculo do volume de escavação em rocha subterrânea no total de 67.350 m³ consta do Memorial Descritivo do Projeto Básico da PCH Barra do Rio Chapéu (peça 404, p. 9):

Para o Túnel de Adução com seção arco-retângulo 4,5 m de largura por 4,5 m de altura, está prevista escavação subterrânea em rocha. A área escavada se estende por aproximadamente 3.490,00 m de comprimento. Para facilitar a escavação foi considerada janela de acesso de 200 m. mais ao centro do túnel, com seção arco-retângulo 4,5 m de largura por 5 m de altura.

A quantidade de escavação para esta área é:

(...)

Escavação em Rocha Subterrânea: 67.350 m³.

128. A Secretaria Especializada assevera que a VLB Engenharia, por outro lado, constrói seus cálculos a partir de valores desarrazoados de 3.505,90 m de extensão do túnel acrescidos de duzentos metros do túnel de escavação. Ademais, considera a previsão de, no mínimo, dezoito áreas de manobra sem evidência fática para tanto.

129. Reafirma que as áreas de manobra se encontram especificadas no projeto básico consolidado, em conjunto com os cálculos baseados nos desenhos do próprio projeto básico. Não acata a alegação de que se deve acrescentar o volume de escavação de rocha subterrânea relativamente a dezoito áreas de manobra no túnel de adução.

130. Quanto ao argumento da VLB Engenharia de que se deveria aumentar o volume de escavação de rocha em dez centímetros para acomodar a inclusão do piso do túnel, recapitula que o serviço de regularização do piso do túnel de adução advém de pleito da própria Eletrosul, e que fora acatada pelo exame disposto na instrução acostada à peça 327, p.14:

73. Em nova argumentação (peça 198, p. 20-22), a Eletrosul informou que, de acordo com o item 4.3.7.5 da especificação técnica UHBC-E-ELET-GRL-G0001 (peça 219, p. 11) e conforme o desenho UHBC-E-GEDE-TAD-C06-1030 (peça 224, p. 31-32), o piso deveria ser “revestido com camada média de 10 cm de concreto sobre camada de nivelamento de brita ou do próprio material escavado” (peça 198, p. 20). Segundo descreve o item 4.3.7.5 da referida especificação técnica:

4.3.7.5 Limpeza Final

A limpeza do túnel de adução deverá ser rigorosa mantendo a seção hidráulica definida em projeto que deverá ser atendida. A limpeza rigorosa consiste em que as paredes estejam completamente limpas, com o piso na linha de projeto e sem blocos ou pedaços de rocha soltos, bem como quaisquer outros resíduos dos trabalhos de escavação ou materiais utilizados.

74. Observe-se o que a referida especificação, item 4.3.7.5, não deixa claro que o piso do túnel deveria ser revestido em concreto. Já o memorial descritivo que compunha o projeto básico informa que a Contratada poderia optar por revestir o piso com concreto, mantendo-se a condição de perda de carga (peça 326, p. 131):

O piso do túnel deverá ter limpeza fina e em função de necessidades do cronograma a Contratada poderá optar por revestir o piso com concreto, mantendo-se obrigatoriamente a condição de perda de carga.

75. Já o desenho a que se referiu a estatal, UHBC-E-GEDE-TAD-C06-1030, referente ao “revestimento e drenagem do túnel de adução”, prevê a regularização do piso preenchendo os buracos com o próprio material escavado e aplicando uma camada de 10 cm de concreto fck 9Mpa, conforme (peça 224, p. 31-32).

76. Nesse sentido, entende-se razoável acatar os argumentos da Eletrosul no que se refere ao revestimento do piso do túnel. A composição da estatal previu a apropriação desse item por meio do serviço auxiliar Sicro-2, código 1 A 01 407 51, “Conf. e lanç. de concreto magro em betoneira AC/BC” (R\$ 203,65/m³), no qual utiliza-se areia e brita comerciais. No entanto, considerando-se o porte e tipo de obra, e ainda a previsão de utilização do próprio material escavado, propõe-se a apropriação desse item por meio do serviço auxiliar Sicro-2, código 1 A 01 407 01, “Conf. e lanç. de concreto magro em betoneira” (R\$ 186,04/m³), que utiliza areia e brita extraídas in loco.

131. Pondera que a regularização visa fazer frente à rugosidade intrínseca do processo de detonação de rocha, que não resulta em um piso homogêneo. O desenho UHBC-E-GEDE-TAD-C06-1030, referente ao “revestimento e drenagem do túnel de adução” prevê o piso em concreto internamente à seção do já escavada do túnel.

132. Assevera que a alegação da VLB Engenharia de que a redução da seção hidráulica implicaria no aumento da velocidade do fluxo, aumentando a perda de carga no circuito de geração não se encontra respaldada, consubstanciada em evidências que comprovem efetivamente que a seção transversal, mesmo com um incremento de 10 cm, não seja suficiente para cumprir a carga projetada para a PCH Barra do Rio Chapéu.

133. Alerta que a Eletrosul, quando do pleito relativo à regularização do piso, não apresentou a necessidade de aumento da seção transversal do túnel. Ademais, a própria especificação técnica transcrita acima já previa que a regularização deveria manter a condição de perda de carga, condição esta já definida quando da elaboração do projeto, que, por sua vez, indicou a aplicação de 10 cm de concreto fck 9 MPA.

134. Desse modo, a SeinfraElettrica conclui ser improcedente a sustentação acerca da necessidade de se aumentar a altura da seção transversal escavada para a acomodação do piso de concreto.

Eletrosul – VLB Engenharia (peça 409)

135. A Eletrosul alega que o volume de escavação no projeto básico não contemplou as áreas de manobra, e que estes custos são incluídos na formação do preço da escavação, sendo a prática de mercado. No entanto, a análise da SeinfraElettrica não teria considerado essas escavações nos preços e nem nos volumes escavados (peça 409, p. 6).

136. Acresce que para a execução do piso de concreto teria sido necessária a escavação adicional de 10 cm de sorte a manter a seção hidráulica mínima para o túnel, caso contrário haveria uma perda de carga adicional resultando-se em redução de geração da energia elétrica. Ressalta que este volume não se encontra quantificado no projeto básico, que compreendia apenas o volume hidráulico mínimo para garantir a perda de carga do projeto, mas de toda forma deve fazer parte do preço. Assim, considerando-se o volume das áreas de manobra (2.550 m³), o volume do piso (1.575 m³), deve ser acrescido um volume de 4.125m³, que corresponde a um valor de R\$ 881.450,54, integrante do preço (peça 406, p. 7).

137. Ainda, argui que outros custos que formam o preço da escavação não foram considerados pela SeinfraElétrica, a exemplo de underbreaks, overbreaks e escavações para aplicação do concreto projetado e para execução dos furos periféricos da seção a ser escavada (peça 406, p. 8).

Análise da Serur

138. É bom que se esclareça que os cálculos levados a efeito pela SeinfraElettrica baseiam-se no desenho/arquitetura, no volume de escavação especificados pela própria Eletrosul no projeto básico.

139. Consoante o disposto no inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/1993, o projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base em estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do

impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

140. O documento vincula a execução física e financeira da obra e deve conter o desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; a identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

141. Alinha-se ao pronunciamento da unidade técnica especializada do TCU, SeinfraEletrica (peça 406), haja vista que o Memorial de Cálculo/Memorial Descritivo da Obra, elaborado pela Eletrosul prevê a área total do túnel de 18,08 m², e o volume total de escavação subterrânea no túnel de adução (subitem 8.1) de 67.350 m³. Uma vez que não há previsão/discriminação expressa de volume de escavação para a construção de áreas de manobra, deduz-se que tais serviços, assim como os quaisquer outros não detalhados expressamente no projeto básico da obra – a exemplo da escavação adicional de dez centímetros para a acomodação do piso de concreto –, se encontram diluídos no custo global da escavação em rocha subterrânea do túnel (peça 326, p. 25).

142. Demais disso, ao candidatar-se voluntariamente no certame licitatório e não questionar a tempo e modo as especificações estabelecidas pelo projeto básico, parte integrante do instrumento convocatório, a contratada anuiu com seus termos, não cabendo, por ocasião da execução contratual, leitura extensiva daquilo que, eventualmente, não houvera sido suficientemente detalhado (Lei 8.666/1993, art. 40, § 2º c/c art. 41, § 2º). Referida posição visa resguardar o princípio constitucional da isonomia, uma vez que a interpretação que a Eletrosul pretende empreender apenas agora em benefício da contratada não era conhecida das demais licitantes ao tempo do certame, o que poderia influenciar as respectivas propostas e, conseqüentemente, o resultado da disputa.

b) Inexequibilidade da utilização da pá carregadeira preconizada na composição do TCU;

Parecer VLB Engenharia (peça 397)

143. O próximo ponto debatido (item “b”) considera a inexequibilidade da utilização da pá carregadeira preconizada na composição do TCU, eis que o equipamento referenciado pelo TCU para carga – carregadeira de pneus com capacidade de 5,6 m³ e potência de 321 kW ou cerca de 429 hp – detém dimensões maiores que a seção transversal do túnel da PCH Barra do Chapéu e, portanto, tal composição não se sustentaria (peça 397, pp. 8-10).

144. Pugna que a menor pá carregadeira que poderia operar nas condições de carregamento da obra rocha detonada) seria similar à CAT 924 G, com 110 hp de potência, equipamento menor que o preconizado pelo Novo Sicro e pela composição paradigma do TCU, e, assim mesmo, tal equipamento possui a altura próxima à do túnel de 4,50 m da PCH Barra do Rio Chapéu. Pondera que a utilização deste equipamento aumenta o custo da carga e do transporte da rocha escavada, além do impacto no cronograma de obras, que precisaria ser estendido (peça 397, pp. 11-12).

Questionamentos da Serur (peça 399)

b) Relativamente à suposta inexequibilidade da utilização da pá carregadeira preconizada na composição do TCU:

b.1) procede a informação de que a menor pá carregadeira capaz de operar nas condições de carregamento da obra rocha detonada seria similar à CAT 924 G, com 110 hp de potência, equipamento menor que o preconizado pelo Novo Sicro e pela composição paradigma do TCU (peça 397, pp. 8-11)?

b.2) caso a resposta seja afirmativa para a necessidade de se utilizar na composição de custos do serviço de escavação em rocha subterrânea um equipamento de menores dimensões – altura, largura, produtividade, qual o impacto no custo unitário do serviço calculado?

Manifestação da SeinfraEletrica (peça 406)

145. A unidade técnica esclarece que a Lista de Equipamentos do Sinctran (sistema de custos de referência determinado pelo Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman)

apresenta dois modelos de Carregadeiras de Rodas, quais sejam, os modelos Caterpillar 924G e 980H, este último considerado na composição paradigma (Manual do Sinctran, Volume 2, p. 158 e 159). O Novo Sicro, por sua vez, consigna os modelos Caterpillar 924G e 950H (Manual do Novo Sicro, Volume 3, p. 64).

146. Ressalta que a VLB considera a impossibilidade de utilização do equipamento CAT 980H com base na altura máxima de trabalho do equipamento. Entretanto, esse argumento não se sustenta haja vista a possibilidade de trabalho do braço hidráulico com amplitude inferior aos valores máximos. Por outro lado, acata a incompatibilidade do equipamento CAT 980H com as dimensões do túnel e o material considerado na composição paradigma.

147. Consulta o manual de serviços desses equipamentos, identifica que a altura até o topo da estrutura de proteção contra capotamento é de 3,23 m no modelo 924G, enquanto a altura é de 3,37 m no modelo 950H, e de 3,76 m no modelo 980H (peça 405).

148. Considera a altura de 4,5 m na seção principal do túnel de adução, bem como o diâmetro de 1,2 m do tubo de ventilação forçada constante da composição paradigma, constata que há margem de trabalho de 3,3 m de altura para deslocamento e operação dos equipamentos de carregamento de rocha.

149. Ressalta que o topo da estrutura de proteção contra capotamento no equipamento 980H, considerado na composição paradigma, apresenta altura superior ao espaço vertical disponível no túnel. Sopesa que a pá carregadeira CAT 962H seria capaz de operar nas condições disponíveis no túnel e aponta a ausência de informações sobre esse equipamento no Sinctran, Sistema de Custos referência determinada pelo Acórdão 1194/2018-TCU/Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman.

150. Obtempera que dentre as Carregadeiras de Rodas disponíveis no Sinctran, apenas a Carregadeira de Rodas 924G é capaz de operar nas condições do túnel em questão e acata a informação apresentada pela Recorrente.

151. Verifica no manual do Sinctran a disponibilidade do equipamento de código 9511: Carregadeira de Pneus – cap. 3,11 m³ (136 kW), e o volume transportado pelo equipamento aproximadamente 45% inferior ao equipamento considerado na composição paradigma (9695 – Carregadeira de Pneus – cap. 5,6 m³ (321 kW)).

152. Nesse sentido, considera o coeficiente unitário paradigma de 0,9 e a capacidade do Equipamento 9695, majora o coeficiente para 0,1626 e ajusta o custo unitário do equipamento para R\$ 105,39 (data base: março de 2008). Ao final, aponta o aumento de R\$ 6,92 no custo unitário direto total do serviço (ou R\$ 9,10 considerando o fator de ajuste da seção transversal do túnel e o BDI – data base: março de 2008).

Eletrosul – VLB Engenharia (peça 409)

153. Apontou que este equívoco já havia sido apontado na peça 360, não tendo sido acatado anteriormente (peça 409, p. 8).

Análise Serur

154. Alinha-se ao exame técnico procedido nos autos pela unidade técnica especializada do TCU (peça 406), que acata a impugnação recursal relativa à inadequação da pá da escavadeira utilizada como parâmetro para a composição de custos do TCU e considera o custo do item para efeito de ajuste no cálculo do valor do sobrepreço, que, ao final, remonta a R\$ 5.800.823,48 (peça 406, p. 13).

c) Atualização simples dos custos impugnados com base nos dados do Novo Sicro demonstraria a ausência de sobrepreço;

Parecer VLB Engenharia (peça 397)

155. A parecerista obtempera que a atualização simples dos custos impugnados com base nos dados do Novo Sicro demonstraria a ausência de sobrepreço. Transcreve excertos dos relatórios do TCU em que teria sido reconhecida a precariedade do Sinctran como sistema de referência, eis que sua implantação não teria sido aprovada pelo DNIT; e o registro de que o Novo Sicro, de janeiro de

2017, apresentaria parâmetros mais precisos e atualizados, o que resultaria em custos de serviços mais próximos da realidade (peça 397, p. 12).

156. Lista os serviços de escavação subterrânea de Santa Catarina, no mês de julho de 2017, do Novo Sicro, que melhor se adequariam àqueles realizados no túnel da PCH Barra do Rio Chapéu, conforme resumo abaixo (peça 397, pp. 12-13):

Código	Descrição do serviço	Custo unitário – R\$/m ³
62 19418	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe I – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	202,69
62 19419	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe II – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	222,66
62 19420	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe III – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	249,07
62 19421	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe IV – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	287,78
62 19422	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe V – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	174,54
62 19423	Escavação subterrânea e carregamento do material da calota em túnel classe VI – DMT de 0 a 200 m – seção de 20 a 40 m ²	218,69

157. Da tabela acima, ressalta que a composição do TCU ignorou as diferentes classes de escavação e geologias existentes ao longo do túnel, e que se calculando a média ponderada do custo médio Sicro Novo, incluindo a janela, alcançar-se-ia um custo unitário de R\$ 225,65 m³. Alerta que o custo estaria acima do calculado pelo Tribunal, mesmo não se considerando a incoerência do Novo Sicro (custo da Classe V < custo da Classe IV), que não considera o uso de explosivos para as Classes V e VI de escavação, o que se mostra incoerente e inexequível, tecnicamente (peça 397, p. 13).

158. Em seguida, retroage o custo do Novo Sicro (R\$ 225,65 m³) para março de 2008 (R\$ 146,94 m³) e conclui que ainda assim o custo se mostra superior ao calculado pelo TCU (R\$ 126,07) (peça 397, pp. 13-14).

159. Aduz ainda a necessidade de se acrescentar os outros custos já aceitos pelo TCU, conforme abaixo (peça 397, pp. 14-15):

i) fator de conversão em função da área de seção do túnel ser menor que 20 m² → fator de conversão = 1,0354;

ii) inclusão do transporte a céu aberto da rocha escavada, da saída do túnel para o bota fora – Novo Sicro 5414347;

iii) espalhamento e compactação do material escavado – Novo Sicro 4413942;

iv) concreto de regularização do piso do túnel para diminuição da perda de carga.

160. As ponderações resultaram no quadro resumo comparativo das composições de preços SeinfraElettrica e Novo Sicro, reproduzido abaixo (peça 397, p. 15):

Item da CPU	SeinfraElettrica	Novo Sicro
Composição Novo Sicro		146,94
Equipamentos	71,34	
Mão de obra	20,67	
Materiais	34,06	
Serviços Adicionais	6,06	6,06
Fator de conversão da área da seção do túnel	1,0354	1,0354
Total sem BDI	136,81	158,41

BDI %	26,90	26,90
Total (R\$)	176,61	201,03

161. A VLB Engenharia considera que, se o volume de escavação subterrânea é igual a 67.350 m³, e o custo unitário é de R\$ 201,03/m³, o valor global para a execução do túnel de adução alcançaria o montante de R\$ 13.539.370,50. Comparando-se tal valor com aquele contratado (R\$ 15.287.103,00), o sobrepreço seria de apenas R\$ 1.747.732,50, significativamente inferior ao contratado pelo TCU (peça 397, p. 16).

162. A empresa reforça ainda dois pontos necessários para ajustes: 1) a distância de transporte, eis que a realidade existente na PCH Barra do Rio Chapéu alcançava 400 m a 600 m, e não de 0 a 200 m conforme composição do TCU; 2) perda de carga do sistema de ventilação não considerada pelo TCU (peça 397, p. 16).

163. Para corroborar a adequabilidade dos preços da Eletrosul, colaciona lista contendo preços unitários de obras para diferentes diâmetros de túneis semelhantes (peça 397, p. 16):

Obra	Período	Preço unitário/Período	Data base mar/2008	Diâmetro (m)
UHE Mauá T. Adução	Abr /07	R\$ 177,65	R\$ 184,81	12,0
UHE Mauá T. Desvio	Abr /07	R\$ 208,00	R\$ 216,38	9,0
PHC Barra do Rio Chapéu – ELETROSUL	Mar /08	R\$ 245,70	R\$ 245,70	4,5
PHC Barra do Rio Chapéu – TCU	Mar /08	R\$ 173,62	R\$ 173,62	4,5
PCH Cavernoso II	Ago /10	R\$ 265,27	R\$ 250,46	6,2
PCH Queixada T. Desvio	Fev /10	R\$ 264,00	R\$ 252,52	6,5
PCH Rondinha	Jan/ 12	R\$ 220,00	R\$ 192,85	5,6
CGH Cachoeira Brava	Jul/ 17	R\$ 380,00	R\$ 246,52	4,0
PCH das Almas	Jul/ 17	R\$ 340,00	R\$ 220,57	4,0

164. A partir do quadro acima, pondera que quanto menor o diâmetro do túnel, maior o custo unitário para a escavação (peça 397, pp. 16-17).

Questionamentos da Serur (peça 399)

c) Quanto à atualização simples dos custos impugnados com base nos dados do Novo Sicro;

c.1) o argumento de que o cálculo procedido pela SeinfraElettrica não considera as diferentes classes de escavação e geologia das rochas subterrâneas tem pertinência (peça 397, p. 13)?

c.2) as considerações e os cálculos empreendidos pela VLB Engenharia sobre o preço médio ponderado de R\$ 225,65/m³, com base nos serviços que compõe o Novo Sicro, de julho de 2017, em Santa Catarina procedem? Espelham a realidade do contrato (peça 397, p. 13)?

c.3) após retroagir o preço médio ponderado com base no Novo Sicro à data de celebração do contrato (R\$ 146,94/m³), deve-se acrescentar os demais custos apontados pela parecerista, listados abaixo (peça 397, pp. 14-15)?

i) fator de correção em função da área do túnel ser menor que 20 m³ (1,0354);

ii) transporte a céu aberto da rocha escavada, da saída do túnel para o bota fora ou bota espera (“transporte local com basculante para rocha rodovia não pavimentada” A 0000108 Sicro 2 ou 5414347 Novo Sicro;

iii) espalhamento e compactação do material escavado (SOPE303-T Eletrosul ou 4413942 Novo Sicro;

iv) concreto de regularização do piso do túnel para diminuição da perda de carga.

c.3) é correta a metodologia da VLB Engenharia adotada para calcular o valor do sobrepreço exclusivamente com base no Novo Sicro (peça 397, pp. 15-28)?

c.4) além da adoção da suposta pá carregadeira adequada, procede o acréscimo dos outros fatores de custos adicionados pela VLB Engenharia como acréscimos necessários ao preço do serviço, como o novo fator de correção das seções do túnel, com base no Novo Sicro e distância de transporte real de 400 a 600 m, em lugar de zero a 200 m, adotado pelo exame procedido nos autos (peça 397, p. 16)?

Manifestação da SeinfraEletrica (peça 406)

165. A SeinfraEletrica relembra que o memorial descritivo do Projeto Básico Consolidado (PCB) prevê um túnel de adução, com extensão de aproximadamente 3.500 m, com emboque em diabásio, interceptando ao longo do seu trecho rochas graníticas pertencentes ao Granito Santa Rosa de Lima, diques de diabásio encaixados em descontinuidades do maciço granítico, além de planos de falhas e/ou zonas de cisalhamento caracterizadas por trechos em milonitos e cataclasitos (peça 326, p. 83).

166. Assim, a unidade técnica, considera a geologia das rochas presente no projeto, utiliza a composição “705131 Escavação e Carga em Túnel: Granito (rocha sã) - seção de 20m²” (Figura 1) do Sinctran como base do paradigma de análise desde o Relatório de Fiscalização 232/2011 (peça 86) avaliado inicialmente pelo Acórdão 2.691/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman. Esse sistema de referência possui composição para duas categorias de rocha: granito e basalto. Assim, dadas as disposições do PBC, teria se utilizado a CPU mais conservadora (granito).

167. Em seguida, reproduz tabela do Sinctran contendo a composição dos custos para a escavação e carga em túnel de granito (rocha sã).

Figura 1. Composição 705131 Escavação e Carga em Túnel: Granito (rocha sã) - seção de 20m² do Sinctran

0705131 Escavação e Carga em Túnel-em Granito (rocha sã) - seção de 20m ² - M3					
Cod	Discriminação	Un	Coef Unitário	Preço Unitário	Preço
0253	Cabo Isolado PVC 16mm ² - 750V	m	0.0125	5.2000	0.0650
0260	Cabo Paralelo 3x1.5mm ²	m	0.0150	0.4000	0.0060
0266	Cabo Sintenax 240mm ² - 1 kV	m	0.0125	16.0000	0.2000
0269	Cabo Sintenax 50mm ² - 1 kV	m	0.0125	3.3000	0.0413
0948	Mangueira Pneumática Ø = 1"	m	0.0234	14.7200	0.3444
0995	Mangueira Pneumática Ø = 3"	m	0.0117	44.4500	0.5201
1702	Tubo de Ventilação Flexível Ø=1.20m	m	0.0150	60.1000	0.9015
1891	Tubo Aço Galvanizado Ø=1 1/2" - BSP Classe Pesado	m	0.0125	21.3000	0.2663
1892	Tubo Aço Galvanizado Ø=2" - BSP Classe Pesado	m	0.0150	26.9600	0.4044
2021	Espoleta Elétrica - Ø=10mm - Fio 5m	un	0.2700	1.4000	0.3780
2043	Explosivo Gelatinoso a 70%	kg	1.2000	8.2000	9.8400
2063	Coroa T38 Ø = 2"	un	0.0025	276.5000	0.6913
2065	Haste p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - 1 1/2x3m	un	0.0009	849.0000	0.7641
2067	Punho p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - Ø=1 1/2"	un	0.0007	573.0000	0.4011
2139	Broca integral Série S11 - L = 1.6 m	un	0.0010	126.2200	0.1262
	Total de Material				14.9496
9501	Ventilador Axial p/ ventilação forçada (26.1 kW)	h	0.1250	11.8900	1.4863
9590	Carreta de Perfuração sobre Pneus Tipo Jumbo (135 kw)	h	0.0450	198.7400	8.9433
9629	Central de Ar Comprimido - cap. 3800 m ³ /h	h	0.0024	245.6000	0.5894
9630	Bomba Submersível- cap. 75 m ³ /h (3.6kW)	h	0.2500	13.6200	3.4050
9674	Martelete - Perfurador/Rompedor a Ar Comprimido de 26 kg - p/ Galeria	h	0.1250	11.3600	1.4200
9695	Carregadeira de Pneus - cap. 5.6 m ³ (321 kW)	h	0.0900	188.1200	16.9308
	Total de Equipamento				32.7748
9801	Ajudante	h	0.5006	6.6306	3.3193
9810	Eletricista	h	0.1250	11.6997	1.4625
9824	Servente	h	0.7518	6.2006	4.6616
9836	Encanador	h	0.1268	11.6997	1.4835
9852	Blaster	h	0.1250	15.9994	1.9999
	Total de Mão de Obra				12.9268
	Total do Serviço				60.6512

Fonte: Manual do Sinctran – Volume 9 tomo 3.

168. Conclui que a composição paradigma considera a geologia local e a classe de escavação, e as alegações do parecerista não merecem provimento.

169. No tocante à atualização dos valores, a SeinfraEletrica salienta que a adequação dos preços de serviços não decorre da correção monetária dos insumos, mas também de variações no cenário socioeconômico além de inovações tecnológicas, obsolescências de equipamentos, custos de propriedade, entre outros. Portanto, a correção ou a retroação de referenciais de preços, como o Sicro, por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores

contratados com os praticados no mercado à época do ajuste, uma vez que correções monetárias por períodos demasiadamente longos geram grandes distorções.

170. Aponta jurisprudência nesse sentido, a exemplo do Acórdão 396/2008 – TCU – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Acórdão 1657/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 2158/2014 – TCU – Plenário, Rel. Min. José Jorge e Acórdão 854/2016 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

171. Ao final, pugna por improcedentes as considerações de cálculo apresentadas pela VLB Engenharia quanto à retroação dos preços do Novo Sicro de julho de 2017 até março de 2008.

Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409)

172. A Eletrosul repisa a necessidade de se considerar as diferentes classes de escavação e a geologia das rochas. Alega que a SeinfraElettrica comete um equívoco ao utilizar para efeito de estimativa de custos a rocha granito – rocha sã, como a opção mais conservadora. Acresce que as classes de rocha se referem ao grau de fraturamento das rochas – dificuldades e custos de escavação, ao passo que o tipo/categoria de rocha se refere à classificação geológica (granito, basalto etc.). Assim, ao contrário do asseverado, a CPU utilizada pela SeinfraElettrica não teria sido a mais conservadora (peça 409, p. 9).

173. Reproduz a tabela do projeto básico com as classes de rocha (peça 147) e informa que apenas 35% do túnel encontra-se inserido na classe de rocha granito sã (peça 409, p. 9).

174. Aponta que o Projeto Básico Consolidado assinalava a diversidade geológica do túnel de adução da PCH Barra do Rio Chapéu e alertava como riscos geológicos (peça 409, p. 16):

- A escavação em diabásio com grandes fraturamentos verticais e horizontais, os quais poderiam trazer instabilidade ao maciço rochoso e excesso de fluxos de água;
- A escavação em rochas sedimentares com baixo grau de metamorfismo e com características não definidas em profundidade;
- A escavação em granitos com grande quantidade de zonas de cisalhamento e falhamentos, onde se previam índices geomecânicos muito baixos e desfavoráveis à estabilidade;
- A escavação em diabásio entre duas zonas de cisalhamento ou falhamentos no trecho de jusante.

175. Passa tratar do Sinctran, quando pugna pela impossibilidade de adoção desse sistema como parâmetro dadas as suas inconsistências, dado que não foi implementado pelo Dnit, por não ser adequado para análise de custos de escavações subterrâneas e por ter sido lançado somente em 17/6/2008, após a licitação da obra em análise (peça 409, p. 10).

176. Rebate o argumento da SeinfraElettrica e propõe a atualização dos custos do Novo Sicro (2017) retroagindo-se à data base do contrato em 2008, no que informa o Acórdão 3037/2008 – TCU – Plenário como decisão paradigma que sustenta seu posicionamento (peça 409, p. 11).

177. Acresce que sua proposta não se fundamenta em se utilizar o novo Sicro como única referência para validar os preços da escavação subterrânea, mas para corroborar com todos os preços apresentados – licitação, orçamento do IBEC e VLB Engenharia (peça 409, p. 11).

178. Em novo parecer, a VLB Engenharia reforça a inconsistência e a fragilidade do Sinctran; alega que o sistema não chegou a ser implantado pelo DNIT; que os dados ali dispostos não consideram a improdutividade nos custos dos equipamentos, sobretudo do jumbo; que a unidade técnica ignora os outros equipamentos utilizados na execução do serviço – escavadeira, plataforma, caminhão e carregadeira; encargos sociais não refletem a realidade da obra em uma usina hidrelétrica, tampouco a complexidade do serviço; a desconsideração dos planos de fogo elaborados e utilizados na obra, pois o Sinctran considera explosivos de 1,20 kg/m³ contra 2,96 kg/m³ dos planos de foro utilizados na obra, o que representa a utilização de 115 mil quilos de explosivos utilizados efetivamente e desconsiderados em razão da composição paradigma do Sinctran; a ausência na composição paradigma de acessórios de detonação essenciais para a escavação subterrânea em rocha, a exemplo de mecanismos de retardo (peça 409, p. 39).

179. Ressalta o equívoco da unidade técnica em desconsiderar as diferenças substanciais na categoria de rocha a ser escavada, pois o tipo de rocha (granito sã) não se confunde com as

diferentes classes de escavação. Assim, ao longo do túnel existem variações substanciais na categoria da rocha a ser escavada – trechos em diabásio, em falhas (rocha muito fraturada) e em granito e gnaiss em classe II e III. Assim, apenas 35% do túnel está inserido em granito são, e a composição paradigma não representa a execução do serviço prevista no projeto básico (peça 409, pp. 42-43).

180. Aduz que o Sinctran apresenta composições paradigmas para derrocagem – serviço de escavação em rocha similar ao executado, e quanto mais fraturada a rocha escavada, maior é o custo de escavação, fato desconsiderado pelo exame procedido pela SeinfraEletrica (peça 409, pp. 43-44).

Análise Serur

181. Alinha-se ao exame procedido pela SeinfraEletrica.

182. O Sinctran representava evolução metodológica do Sicro-2 (2003), sistema reiteradamente validado pelo TCU no curso de quase duas décadas de fiscalização de obras. Em realidade, o cálculo procedido pela SeinfraEletrica se mostrou conservador, mais benéfico à contratada. A unidade técnica acatou quase todas as ponderações da Eletrosul, quando demonstrada a procedência das reivindicações. Portanto, o valor final, não afastado pelas defesas apresentadas ao longo do processo, reflete o sobrepreço praticado no contrato.

183. Considerando as dificuldades de se encontrar referenciais exatos ao serviço de escavação realizado na obra da Barra de Rio Chapéu, em razão do serviço não constar em sua integralidade nas composições de custos do Sicro, utilizou-se outras fontes oficiais de consulta de preços da época (Sinctran, Codevasf) de sorte a se obter o detalhamento requerido para a exatidão dos cálculos. Assim, em consonância com a metodologia adotada pela unidade técnica, acatada pelo Relator a quo, o cálculo procedido nos autos se mostra conservador e adequado à quantificação do sobrepreço.

184. O parecer contratado busca enfatizar que o que impactaria no custo do serviço seria a classe das rochas (I a V), relacionadas ao respectivo grau de fraturamento, não o tipo da rocha (granito etc). Tal informação não é desconhecida nestes autos (vide tabela de classificação NATM reproduzida em item anterior desta instrução). Entretanto, a parecerista menciona a tabela-síntese das classes previstas no projeto básico, sem demonstrar os quantitativos de cada uma ou mesmo uma eventual predominância daquelas cujas escavações requereria, em tese, cuidados adicionais em razão da menor categoria de suporte da rocha e, em consequência, implicariam maiores custos (peça 406, p. 9). Nesse quadro, a alegação assim genericamente lançada, desvinculada de demonstração quantitativa objetiva, revela-se frágil tecnicamente para refutar os cálculos conservadores da SeinfraEletrica.

185. No que concerne à retroação/atualização dos custos da obra com base no Novo Sicro, o aperfeiçoamento de qualquer sistema orçamentário, com vistas a aproximar as composições de custos às reais condições de campo é aceitável, dinâmico e se constitui em procedimento ordinário. Entretanto, o processo de atualização do Sicro não desqualifica a versão anterior como comparativo de preços (Acórdão 2127/2006 – TCU – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

186. Demais disso, atualizações e retroações de custos à data de base de contratos, em caso de longo período, geram distorções atribuíveis à variabilidade dos índices de inflação ou deflação.

187. Nesse diapasão, a jurisprudência dominante deste Tribunal é no sentido de considerar inadequada a formação de preço paradigma mediante retroações de sistemas de referência de data demasiadamente posterior. Portanto, o preço referencial mais confiável é aquele obtido em sistema oficial com data-base mais próxima possível daquela definida no contrato. (Acórdão 278/2008 – TCU – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer da Costa; Acórdão 1667/2011 – TCU – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar).

188. A referência na data-base do contrato é aquela que se presta melhor a avaliar o aspecto subjetivo das condutas dos responsáveis, pois o exame que se exigiria de um agente público seria a comparação dos preços orçados com os vigentes em sistemas referenciais contemporâneos da contratação, e não uma avaliação dos preços futuros retroagidos por determinado índice (Acórdão 854/2016 – TCU – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler).

189. Portanto, a utilização de sistemas orçamentários oficiais com data mais próxima da data base do contrato é a metodologia mais adequada, pois evita distorções geradas pela utilização, a longos períodos, de índices genéricos de preços. As correções por datas demasiadamente longas não se prestam a reproduzir as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato.

190. A questão da retroação/atualização fragiliza os dados calculados pela VLB Engenharia no parecer técnico de defesa. O citado parecer procurou justificar os preços do contrato mediante a comparação da composição de custos unitários paradigma com os preços do Novo Sicro, com data-base de janeiro/2017, retroagidos para 2007. Observa-se, portanto, que o comparativo está fundamentado na retroação de preços referenciais em aproximadamente 10 anos, o que compromete qualquer conclusão válida.

191. Ainda, vale trazer à lume, novamente, as ponderações do Relator a quo, Augusto Sherman Cavalcante, no voto carreador do Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário, objeto do presente recurso. Os referenciais do controle devem ser condizentes com aqueles existentes no período em que ocorreram os fatos objeto do controle. Assim não cabe o uso de novas referências, tal como o Novo Sicro, fazendo-o retroagir a situações anteriores, em que outras referências, como o Sicro-2 e, eventualmente, o Sinctran, balizavam os orçamentos elaborados para contratação de obras públicas. Não fosse assim, haveria a oportunidade para que custos anteriormente não previstos nos sistemas referenciais, mas que eram de conhecimento do particular e, de alguma forma, compensados em suas propostas, viessem a ser admitidos como custo adicional em razão de o novo sistema de referência vir a explicitá-los, beneficiando indevidamente o particular.

192. O Relator reforçou a ressalva do Dnit, em sua publicação Informativo Sicro 1/2017, quanto à utilização de diferentes sistemas, como o Novo Sicro e o Sicro-2, para a elaboração de orçamentos, de que os novos orçamentos, elaborados a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de graves distorções em função dos tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas.

193. Em seguida, conclui que, da mesma forma que não deve haver a utilização simultânea de diferentes sistemas de custos para a preparação de orçamentos, não deve haver utilização simultânea desses sistemas para efeito de controle, para não se incorrer em distorções. Ao final, deixou de acolher a redução no valor do sobrepreço, calculada com base no Novo Sicro.

194. Alinha-se aos fundamentos da decisão, e as impugnações recursais não trazem elementos suficientemente consistentes para desconstituir as referidas premissas.

195. Pelo exposto, afasta-se a alegação da VLB Engenharia acerca da adequação dos preços contratuais baseada na retroação dos preços do Novo Sicro, tendo em vista que essa metodologia, segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas, pode acarretar graves distorções nos valores obtidos.

196. Não se pode acatar os preços unitários das obras para efeito de comparação, pois tais obras não foram objeto de exame, não se sabe a dimensão do objeto contratado, o turno da mão de obra utilizada, a tecnologia e os equipamentos disponibilizados, bem como os métodos construtivos empregados.

d) O TCU desconsiderou as horas improdutivas na composição de custos utilizada como paradigma;

Parecer VLB Engenharia (peça 397)

197. A parecerista ressalta que o TCU desconsiderou as horas improdutivas na composição de custos utilizada como paradigma (d). Aponta que, segundo o Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes – Volume I (Projeto Sinctran), elimina-se o conceito de custos improdutivos dos equipamentos e aplica-se um percentual de 3% no valor da hora a fim de remunerar tal perda (peça 397, p. 18).

198. Salienta que o Novo Sicro corrigiu a distorção e reproduz o conceito de horas improdutivas segundo o Manual de Custos de Infraestrutura e Transportes – Volume I – 2017, em que o custo

horário produtivo consiste no somatório de todas as parcelas envolvidas com a operação dos equipamentos a saber: custo de propriedade, de manutenção e de operação. Já o custo improdutivo é constituído, além do custo da mão de obra, por parcelas referentes à depreciação do equipamento e à remuneração do capital (peça 397, p. 19).

199. Ainda, segundo o Manual, matematicamente, a improdutividade resulta da comparação entre a produção horária e a dos equipamentos individualmente. O coeficiente de utilização produtivo é o quociente da produção da equipe pela produção de cada tipo de equipamento e deve ser menor ou igual a 1. O coeficiente da utilização improdutivo é obtido por meio da diferença entre a produção total de 100%, ou igual a um, e o coeficiente produtivo (peça 397, p. 19).

200. Exemplifica com a utilização do Jumbo – equipamento com maior custo unitário no serviço de escavação subterrânea em rocha. Segundo o TCU, o coeficiente de utilização operativa deste equipamento é de 0,36 da produção total do serviço (8 m³/h), incluindo a absorção do custo improdutivo do equipamento. Comparando-se com a previsão do Novo Sicro (composição 6219418), tem-se que o coeficiente de utilização operativa do Jumbo é de 0,30 e o improdutivo de 0,70 (peça 397, p. 21).

201. Ainda com base na composição 6219418, extrai que o custo horário do jumbo é de R\$ 1.208,29, e o custo horário improdutivo totaliza R\$ 571,17, e, portanto, o custo improdutivo representa 47,27% do custo total, e não os 3% apontados pelo Sinctran. Obtempera que, caso a composição paradigma do TCU incorporasse as horas improdutivas nas horas produtivas, o coeficiente deste equipamento na composição do TCU deveria girar em torno de 0,63 (0,30 + 0,70 x 47,27%), valor substancialmente maior que o utilizado na composição do sobrepreço (0,36) (peça 397, pp. 21-22).

202. Por fim, assevera que, nas demais composições de custos apresentadas pelo TCU no documento “Análise de Equipe de Auditoria – Composição de Custos Referenciais”, o custo da hora improdutiva incide sobre os equipamentos de todas as composições apresentadas, à exceção do serviço de escavação subterrânea (peça 397, p. 22).

Questionamentos da Serur (peça 399)

d) No que concerne à alegada improdutividade das horas não computadas no cálculo do sobrepreço:

d.1) a composição paradigma do TCU desconsidera a improdutividade da mão de obra e dos equipamentos no cálculo do sobrepreço, ou adota o percentual de 3% para o custo improdutivo previsto para equipamentos no Sinctran? No caso da mão de obra, seria necessário computar acréscimos ao cálculo do sobrepreço a título de improdutividade (peça 397, pp. 18-22)? Caso afirmativo, reajustar o cálculo do sobrepreço.

d.2) segundo a VLB Engenharia, na composição do Novo Sicro (6219418) o custo improdutivo representa 49,95% do valor total dos equipamentos da patrulha (bomba + caminhão + carregadeira + escavadeira + gerador + jumbo + plataforma + ventilador) e a Composição 6219419 representa improdutividade ainda maior de 53,28% (peça 397, pp. 21-22).

d.2.1) considerando-se o quadro verdadeiro, e se for viável pautar-se nos dados do Novo Sicro, a utilização operativa do jumbo considerada pelo Tribunal de 0,36 decorrente da aplicação do percentual de 3% previsto no Sinctran se mostra insuficiente para cobrir um custo que em realidade representa 47,27% do custo produtivo? O coeficiente do equipamento na composição paradigma do TCU deve girar em torno de 0,63 conforme alegado pela parecerista? Se necessário, proceder ajustes ao cálculo (peça 397, pp. 21-22).

d.2.2) supondo que o exame da SeinfraEletrica não tenha espelhado a totalidade das despesas relacionadas à improdutividade da mão de obra e do equipamento no cálculo do sobrepreço, qual seria o impacto dessa variável no custo paradigma (peça 397, pp. 21-22)?

Manifestação da SeinfraEletrica (peça 406)

203. A Secretaria Especializada informa a utilização, com adaptações, da metodologia do Sinctran para composição do custo unitário do serviço de escavação subterrânea de rocha. Nesse sentido, os valores dos equipamentos retirados diretamente do Sinctran consideram o percentual de 3% para custo improdutivo. Todavia, no caso específico do equipamento “9590 Carreta de Perfuração sobre Pneus tipo Jumbo”, utilizaram-se as premissas de custo horário do Sistema de

Orçamento da Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf) – hora mais cara, cálculo conservador.

204. Aponta que, no caso da mão de obra, não é necessário computar o acréscimo de improdutividade, pois a remuneração do trabalhador é realizada por hora de trabalho em produção efetiva. Consoante conforme detalha o Manual do Sinctran, Volume 1 – Metodologia e Conceitos, p. 70:

A "produção efetiva" traduz a quantidade de serviço produzido pelo equipamento por hora de operação efetiva, e seu inverso - horas efetivas de operação por unidade de serviço - representa a incidência desse equipamento na composição. Da mesma maneira, a incidência da mão-de-obra e dos materiais é determinada a partir da quantidade desses insumos necessária à produção de uma unidade de serviço.

Cabe observar que ao se montar uma composição de serviço será sempre necessário ajustar incidências em função das relações entre as respectivas "produções efetivas".

205. Pondera que a composição da unidade técnica considerou as improdutividades nos mesmos termos do referencial público adotado para esse item (Sinctran).

206. Informa que: i) o custo unitário do equipamento "9590 Carreta de Perfuração sobre Pneus Tipo Jumbo (135 kW)", no Sinctran é de R\$ 198,74 (Figura 2); ii) utilizou-se, na composição paradigma, o custo unitário prospectado no Sistema de Orçamento da Codevasf e ajustado segundo o índice do Contrato 90580124, totalizando R\$ 491,59; e iii) o valor considerado na composição paradigma é 147% superior ao consignado pelo Sinctran. Conclui que a diferença entre os custos horários do Sinctran e da Codevasf reporta exatamente às horas improdutivas do equipamento. Portanto, mostra-se impertinente a irresignação do parecerista quanto ao custo improdutivo dos equipamentos na composição paradigma.

Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409)

207. Ressalta que o exame da SeinfraEletrica se pautou no Sinctran, sistema não homologado pelo próprio DNIT, no qual a improdutividade dos equipamentos é pouco representativa e não condiz com a realidade deste tipo de obra (peça 409, p. 12).

208. Apresenta ilustração para demonstrar o tempo em que os equipamentos ficam parados durante a instalação de explosivos, detonação e tempo para a dissipação da poeira, evacuação de pessoal, segurança da obra, além da dificuldade de manobra dos equipamentos, baixa qualidade da rocha e o avanço diário da escavação era de 6,52 metros/dia. As improdutividades foram estimadas pelo estudo IBEC (peça 341) e em estudo desenvolvido pela Eletrosul (peça 198) (peça 409, pp. 12-15).

Análise Serur

209. Alinha-se ao exame procedido pela SeinfraEletrica.

210. No que se refere à improdutividade, consoante analisado no recurso da Eletrosul, de acordo com o Manual do Sinctran – <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/sicro-3-em-consulta-publica/Volume%201%20-%20Metodologia%20e%20Conceitos.pdf> (Sicro 3 – acessado em 6/8/2019) – é possível a eliminação do custo improdutivo dos equipamentos nas composições de custos e inclusão no custo horário como um percentual.

211. A improdutividade assim como qualquer outro custo relacionado aos serviços contratados, deveria constar prevista/discriminada/detalhada expressamente na fase de estimativa de custos – composição dos custos unitários, na formação dos preços e nos valores contratados. Caso contrário, não pode ser invocada posteriormente como justificativa para eventuais sobrepreços detectados na execução de obras.

212. A ausência de tais informações suficientemente detalhadas afronta as disposições contidas no art. 7º, §2º, inciso II e o § 4º, da Lei 8.666/1993 e precedentes desta Casa, no sentido de que a Administração tem por obrigação legal elaborar/apresentar a composição analítica dos preços dos serviços que contrata (Acórdão 549/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 45/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 2354/2006 – TCU – Plenário; Acórdão 2385/2006 – TCU – Plenário).

213. Ademais, contrariamente ao asseverado pela recorrente, a SeinfraEletrica não desconsiderou a improdutividade dos equipamentos, apenas não acatou no patamar pugnado pela Eletrosul. Resta acatado o percentual previsto no Sinctran de 3% incidente sobre os equipamentos e verifica-se a improdutividade considerada do equipamento Jumbo.

e) Comparativo entre a composição do serviço de escavação Rocha Subterrânea e o Túnel Liner em 3ª Categoria, com composições do Sinctran;

Parecer VLB Engenharia (peça 397)

214. A parecerista traça um comparativo entre a composição do serviço de escavação Rocha Subterrânea e o Túnel Liner em 3ª Categoria, com composições do Sinctran (e). Entende que a metodologia executiva da escavação do túnel liner e da escavação do túnel é exatamente a mesma – detonações para desmonte de rochas, escavação de material detonado, iluminação do túnel e ventilação para garantia da qualidade interna do ar (peça 397, p. 23).

215. Compara a composição 0604767, para um túnel liner praticamente com a mesma área da seção do túnel da PCH Barra do Chapéu (18,10 m² contra 18,08 m²), e conclui que as diferenças entre as premissas de custos desta edificação com a composição paradigma são gritantes (peça 397, p. 23).

216. Destaca que o custo da escavação do tunnel liner por metro linear é de R\$ 234.820,51 ou R\$ 12.973,08 m³ (considerando geradores de energia) ou de R\$ 10.742,71 m³ (desconsiderando os geradores de energia), e indaga qual o motivo que levaria o custo de escavação de tunnel liner em material de 3ª categoria (R\$ 593,52) a ser treze vezes mais cara que a escavação em rocha de adução com a mesma seção, no Sinctran, utilizada pelo TCU (R\$ 50,84 m³). Na tentativa de explicar, discorre sobre três rubricas – ventilação (15604), iluminação (15603), escavação com material de 3ª categoria (15602).

217. Assevera que o Sinctran prevê uma verba, por metro linear de túnel liner de apenas R\$ 4,45 m³, ao passo que para a escavação subterrânea o valor cai para R\$ 3,24 m³. No caso da iluminação, o Sinctran prevê R\$ 4,77 m³, enquanto para a escavação subterrânea R\$ 0,31 m³, que são os custos correspondentes aos cabos elétricos. Ainda, o Sinctran propõe o valor de 12.379,99 m³, e o TCU adotou R\$ 6,42 m³, uma vez que o Sinctran não prevê o gasto com energia elétrica na execução da escavação subterrânea. Ao fim do raciocínio, conclui que a situação demonstra que o Sinctran é um sistema deficiente para ser utilizado em uma análise delicada como a do contrato da PCH Barra do Rio Chapéu (peça 397, pp. 24-25).

218. Em seguida, compara os custos de escavação subterrânea com a de céu aberto e conclui por absurdo que o custo da escavação em céu aberto seja maior ou similar ao custo do metro cúbico da escavação subterrânea, atividade de maior complexidade, utilização de cargas e explosivos, ventilação, iluminação, bombeamento e outras atividades adicionais que não são necessárias em céu aberto (peça 397, pp. 25-26).

Questionamentos da Serur (peça 399)

e) Com relação à comparação entre a composição do serviço de escavação de rocha subterrânea e o Tunnel Liner em 3ª Categoria, no Sinctran:

e.1) a conclusão do parecerista, com base no Sinctran, quanto à suposta distorção dos custos de escavação do tunnel liner, o qual seria treze vezes mais cara que a escavação em rocha subterrânea, procede (peça 397, pp. 23-26)?

e.2) os custos discriminados no parecer – ventilação, iluminação provisória, escavação em material de 3ª categoria, consumo de energia elétrica demonstram inconsistências na composição da escavação subterrânea de rocha?

e.2.1) os custos unitários dos serviços de ventilação, iluminação provisória, escavação em material de 3ª categoria adotados pelo Tribunal encontram-se condizentes com a realidade da obra (peça 397, pp. 24-25)?

e.2.2) caso a resposta seja negativa, quais seriam os custos adequados para cada item mencionado e o impacto no custo unitário paradigma?

e.3) a comparação dos custos de escavação em rocha subterrânea e a céu aberto, elaborada pelo parecer, aponta a suposta distorção do Sinctran ao prever um custo de metro cúbico mais elevado da escavação a céu aberto ou próximo do custo da escavação subterrânea (composição 705132, seção de 80 m², escavação e carga; composição 705128, seção de 80 m², escavação e carga; composição 402753, escavação, carga e transporte 3ª Cat DMT 3000 a 3500 m). O raciocínio procede (peça 397, pp. 25-26)?

Manifestação da SeinfraElettrica (peça 406)

219. Assevera que a VLB utiliza como base para cômputo dos valores aplicados com energia elétrica o custo do equipamento “9691 Grupo Gerador -36/40 kVA” associado ao consumo unitário constante da composição “0604767 Bueiro Metálico sem Interrupção de Tráfego, D = 4.60 m:-chapa galvanizada, escavado em material de 3ªcat – M” (Figura 3).

Figura 3. Composição 604767 Bueiro Metálico sem Interrupção de Tráfego, D=4.60m:-chapa galvanizada, escavado em material de 3ª cat – M – Sinctran.

0604767 Bueiro Metálico sem Interrupção de Tráfego, D=4.60m:-chapa galvanizada, escavado em material de 3ªcat - M					
Obs: - ESPECIFICAÇÃO DE SERVIÇO: ES-024/2004 PRODUÇÃO ADOTADA: 1m/h					
Cod	Discriminação	Un	Coef Unitário	Preço Unitário	Preço
0532	Escora Metálica Regulável	kg	18.0956	18.0000	325.7208
2503	Tubo (tunnel liner) Ø=2,20m - Chapa Galvanizada - Esp da Chapa = 2,7mm	m	0.3200	2341.3000	749.2160
2528	Tubo (tunnel liner) Ø=4,60m - Chapa Galvanizada - Esp da Chapa 3,4mm	m	1.0000	5003.7200	5003.7200
	Total de Material				6078.6570
9528	Bomba de Alta Pressão p/ Injeção Nata de Cimento 33 l/min.	h	3.8957	16.8300	65.5646
9691	Grupo Gerador -36/40 kVA	mês	7.7913	28760.0000	224077.8000
	Total de Equipamento				224143.3000
9824	Servente	h	124.6609	6.2006	772.9749
9830	Montador	h	31.1652	11.6997	364.6238
	Total de Mão de Obra				1137.5990
09278	Argamassa solo-cimento	m3	1.4765	101.8550	150.3889
15603	Iluminação Provisória para Tunnel Liner	m	7.7913	11.1002	86.4849
15604	Sistema de Ventilação Provisória para Tunnel Liner	h	7.7913	10.3401	80.5628
15602	Escavação de Tunnel Liner em Material de 3ª Categoria	m3	18.1000	584.2914	10575.6700
	Total do Serviço				242252.7000

Fonte: Manual do Sinctran – Volume 9 tomo 3.

220. Obtempera que o coeficiente de consumo unitário equipamento “9691 Grupo Gerador - 36/40 kVA” é de 7,79 meses de aluguel de um grupo gerador para produção de 1 m/h de bueiro metálico. Finaliza no sentido de que a análise diligente do coeficiente demonstra de imediato sua inconsistência.

221. Alerta que a composição 705131, base da composição paradigma utilizada deste processo, não apresenta o equipamento grupo gerador em sua lista de equipamentos. O acréscimo desse equipamento advém da instrução (peça 327) de oitiva da Eletrosul (peça 197, p. 3-6, e peças 198-234):

71. Quanto ao emprego de “gerador”, entende-se razoável acatar o argumento da Eletrosul, já que existe real necessidade de energização de equipamentos utilizados no serviço de escavação, visto que o jumbo, a perfuratriz, o compressor e o ventilador são equipamentos eletromecânicos. Note-se que a execução de trabalhos no túnel tem como premissa a utilização do sistema de ventilação. Assim, na definição do parâmetro de horas de funcionamento do gerador, utilizou-se a mesma quantidade de horas de funcionamento do sistema de sistema de ventilação.

222. Acresce que o relatório do Acórdão 1194/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, avalia ainda em relação a outro parecer trazido aos autos pela Eletrosul (peça 360) que:

148. No que cinge os equipamentos, o Ibec afirma que o gerador de 360V/280kVA considerado na composição paradigma não seria suficiente para garantir o funcionamento do canteiro no caso de pane do fornecimento de energia, propondo a utilização de grupo gerador de 600 kVA, não existente na lista de equipamentos dos sistemas referenciais.

149. O impacto no custo total unitário de R\$ 0,33 apresentado pelo Ibec para seu equipamento, entretanto, é inferior aos R\$ 9,44 da composição paradigma. Desse modo, em benefício dos responsáveis, opta-

se por manter o custo do equipamento dos sistemas referenciais.

223. A Secretaria Especializada ressalta que a questão sobre a inclusão, na composição paradigma, do equipamento grupo gerador, portanto, já foi enfrentada nesse processo e o argumento trazido pela Eletrosul foi acatado em atenção ao princípio do conservadorismo. Informa que, além dos custos associados ao gerador, foram acatados também custos com energia elétrica fornecida diretamente pela companhia local de distribuição de energia elétrica:

157. (...) enquanto a unidade técnica utilizou os valores relativos à tarifa de cooperativas de eletrificação rural convencional, o Instituto apresentou fatura de energia elétrica, com os critérios de cobrança adotados pela concessionária de energia (peça 360, p. 134).

158. Nesse ponto, cumpre razão ao Instituto. Faz-se necessária, primeiramente, revisão dos valores relativos ao consumo de energia elétrica para 36,37 kWh/m³ (peça 369). Em análise da fatura apresentada, constata-se que a cobrança dos serviços é realizada pela tarifa verde. Assim, conforme dispõe o Quadro F da Resolução Homologatória 289/2015-Aneel, a tarifa média fora de ponta para o subgrupo A4 é de R\$ 141,145/MWh. O valor da tarifa para o consumidor, considerando 25% de acréscimo relativos ao ICMS, seria, portanto, de R\$ 176,43/MWh. Em face disso, entende-se necessário revisão do valor relativo à energia elétrica para R\$ 6,42/m³.

224. A Secretaria salienta que os questionamentos acerca dos serviços de ventilação e de iluminação também não inovam os pontos já trazidos pela Eletrosul no âmbito desse processo (peça 343 e 360) e que foram extensivamente avaliados no relatório do Acórdão 1194/2018-TCU-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman:

150. Continuando a análise, entende-se não proceder integralmente a alegação do Instituto sobre a necessidade da configuração com ventiladores 75, 100 e 175 cv. O Ibec não apresentou, em sua manifestação, memória de cálculo suficiente para justificar a economicidade da solução que propõe, trazendo apenas o cálculo do volume total escavado utilizando cada ventilador proposto.

151. Em contraponto à utilização do ventilador de 26,1 kW, constante da composição paradigma, o Instituto apresenta um relatório da equipe de segurança do trabalho descrevendo o não atendimento da qualidade do ar às normas de segurança do trabalho com um sistema de ventilação de 100 cv. Consoante informado pela equipe de segurança do trabalho, diferentemente da configuração proposta pelo Instituto, utilizava-se, no canteiro de obras, um sistema de ventilação de 100 cv.

152. De modo a se verificar a razoabilidade do sistema utilizado na obra e do sistema proposto pelo Ibec, a equipe refez os cálculos de quantificação do sistema ventilação utilizando a metodologia constante do livro *Handbook of Tunnel Engineering* (Bernhard Maidl, Markus Thewes, Ulrich Maidl. 'Handbook of Tunnel Engineering'. Berlim: Ed. Ernst & Sohn° 2013, pp. 417 a 420). Considerando dutos de comprimento 1.000 m e diâmetro 1,2 m, a equipe de auditoria realizou simulação numérica para diferentes situações de perda de carga, cujo resultado é apresentado na Figura 1 (peça 368).

153. A partir dessa simulação, pode-se inferir a necessidade de se instalar, no mínimo, um ventilador com potência de 60,94 cv/44,82 kW. Por outro lado, considerando uma perda de carga de 15%, verifica-se ser necessário um ventilador de potência 71,69 cv/52,73 kW. Por fim, para uma situação de perda de carga de 40%, seria necessário instalar um ventilador com potência de 101,56 cv/74,70 kW.

154. Conclui-se, destarte, que a configuração original de um ventilador de 26,1 kW da composição paradigma não é suficiente para suprir as condições de funcionamento em um túnel de 1.000m, e, portanto, não representa soluções técnica viável. Já a configuração proposta pelo Ibec com ventiladores de 75, 100 e 175 cv se apresenta superdimensionada, e não representa uma solução econômica para o empreendimento.

155. Com referência ao relatório da equipe de segurança do trabalho utilizado pelo Ibec, não há demonstração de que a utilização de ventiladores com maior potência tenha sido a solução utilizada para melhoria da qualidade do ar. Conforme indica a simulação elaborada, há indício de que o problema esteja mais relacionado com a perda de carga de que com a potência dos equipamentos empregados.

156. Considerando que, na lista de equipamentos do Sinctran, apresenta-se apenas a opção de ventilador de 26,1 kW, entende-se oportuno considerar uma configuração de 3 ventiladores ligados em série, que satisfaria uma situação de perda de carga na faixa a partir de 15% até 42,76%. Desse modo, em benefício dos responsáveis, a quantidade de ventiladores utilizados na lista de equipamentos foi revista na composição paradigma mantendo-se os coeficientes de utilização e preço unitário anteriores.

225. Em face das análises já realizadas no processo, o exame conclui que os custos unitários dos serviços de ventilação, iluminação provisória, escavação em material de 3ª categoria adotados pelo Tribunal encontram condizentes com a realidade da obra, não procedendo, assim, as alegações da VLB.

226. Informa, ainda, que enquanto os serviços de escavação subterrânea de rocha (por exemplo 705132 e 705128) se referem exclusivamente à escavação e carga, o serviço da composição 0402753 (Figura 4) considera escavação, transporte e trata ainda do transporte da rocha por distância média de 3000 a 3500 m. O transporte de rocha é realizado pelo equipamento “9672 Caminhão Basculante – p/ Rocha cap 12 m³”.

Figura 4. 0402753 Escav Carga Transp Mat 3a Cat DMT 3000 a 3500m - Cam Serv em Leito Natural:- com caminhão basculante de 12 m³

0402753 Escav Carga Transp Mat 3a Cat DMT 3000 a 3500m - Cam Serv em Leito Natural:-com caminhão basculante de 12 m³ M3					
Obs: - ESPECIFICAÇÃO DE SERVIÇO: ES-280/97 PRODUÇÃO ADOTADA: 36m³/h					
Cod	Discriminação	Un	Coef Unitário	Preço Unitário	Preço
2022	Dinamite a 60% (gelatina especial)	kg	0.4200	6.0000	2.5200
2023	Espoleta Comum NR 8	un	0.0130	1.0000	0.0130
2024	Cordel Detonante NP10	m	0.8000	0.8000	0.6400
2025	Retardador de Cordel	un	0.0400	10.0000	0.4000
2026	Estopim	m	0.0250	0.8000	0.0200
2065	Haste p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - 1 1/2x3m	un	0.0010	849.0000	0.8490
2066	Luva p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - Ø=1 1/2'	un	0.0010	240.0000	0.2400
2067	Punho p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - Ø=1 1/2'	un	0.0008	573.0000	0.4584
2068	Coroa p/ Perfuratriz de Esteira - T38 - Ø=1 1/2'	un	0.0007	1154.0000	0.8078
2145	Série de Brocas S-12 Ø=22 mm	un	0.0008	1913.0000	1.5304
	Total de Material				7.4786
9511	Carregadeira de Pneus - cap. 3,1m³ (136 kW)	h	0.0097	146.1200	1.4232
9527	Martelete - Perfurador/Rompedor de 25 kg	h	0.0281	10.8700	0.3056
9574	Perfuratriz sobre Esteiras Crawler Drill - Ø 38 a 115 (Tipo ROC 442PC)	h	0.0281	53.0800	1.4921
9671	Compressor de Ar - 762 PCM - diesel (200 kW)	h	0.0281	88.2200	2.4799
9672	Caminhão Basculante - p/ Rocha cap.12m³ (279kW)	h	0.0706	177.6900	12.5502
	Total de Equipamento				18.2510
9824	Servente	h	0.0281	6.2006	0.1743
9852	Blaster	h	0.0281	15.9994	0.4497
	Total de Mão de Obra				0.6240
	Total do Serviço				26.3536

Fonte: Manual do Sinctran – Volume 9 tomo 2.

227. Conclui que o custo do serviço de transporte de rocha, exclusivamente, corresponde a 47% do total do serviço. Retirando-o da composição 0402753, o serviço de escavação e carga de rocha a céu aberto apresenta custo de R\$ 13,80, representando aproximadamente a metade do custo das composições de escavação de túnel.

228. Finaliza pela improcedência das alegações do parecerista relativas a distorções na composição de escavação subterrânea de rocha no Sinctran.

Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409)

229. A Eletrosul ressalta a adequação dos preços para o serviço de escavação subterrânea, revêcia que na primeira licitação, em virtude da estimativa do custo unitário do serviço (R\$ 184,72 m³), não teria havido proponentes. Na segunda licitação, mesmo com a estimativa do custo mais elevada (R\$ 211,12/m³), compareceram apenas dois licitantes – Construtora Triunfo SA (R\$ 251,33 m³) e a vencedora CCBRC (R\$ 237,56/m³) (peça 409, p. 17).

230. Informa, ainda, que a escavação subterrânea do túnel de adução da PCH Barra do Rio Chapéu foi orçada por duas entidades especializadas e os valores orçados se mostraram compatíveis ao contratado – Instituto Brasileiro de Engenharia de Custos/IBEC (R\$ 232,54/m³) e VLB (Novo Sicro – R\$ 231,35/m³) (peça 409, p. 17).

231. Aduz que, muito embora o pedido de reexame tenha se atido ao preço do serviço do item 8 – escavação em rocha subterrânea (item de maior representatividade da obra – 80,8%), a análise da SeinfraElettrica apontou sobrepreço para os itens: 7 – Escavação em rocha a céu aberto; 12 – Concreto compactado a rolo; 24 – pontes, acesso e bueiro, 11 – concreto convencional e tratamento e ancoragem do túnel de adução. Ressalta que todos estes itens precisam de revisão, pois a análise não reproduz a realidade material da obra e o cenário do mercado à época da licitação (peça 409, p. 19).



232. Análise Serur

233. Quanto ao orçamento relativo ao serviço de escavação em rocha subterrânea, alinha-se às conclusões da Secretaria Especializada.

234. No tocante aos demais serviços impugnados, a assertiva genérica não faz prova do alegado, e a recorrente não apresenta elementos de prova capazes de contraditar os sobrepreços calculados pela SeinfraEletrica para os serviços de: 7 – Escavação em rocha a céu aberto; 12 – Concreto compactado a rolo; 24 – pontes, acesso e bueiro, 11 – Concreto convencional e tratamento e ancoragem do túnel de adução.

235. Sobre a produção de provas, veja-se o consignado no voto que sustentou o Acórdão 1522/2016-TCU-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler):

[...]. 19. De qualquer forma, mesmo nos processos de fiscalização, compete aos gestores públicos e aos terceiros interessados darem satisfação ao TCU sobre a regularidade dos procedimentos, ou seja, das despesas realizadas em face de contrato, sob pena de verem, contra eles, a instauração de processo de tomada de contas especial e a eventual condenação em débito.

20. Nesse sentido, as partes interessadas devem oferecer contraprova das evidências e dos fatos deduzidos pela equipe de auditoria e, produzidos, de ofício pelo Tribunal durante a fase de instrução e, ainda, produzir prova dos fatos alegados por elas, que sejam capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito que decorreria dos fatos narrados pela Secretaria do Tribunal. Tais evidências formam, juntamente com as carreadas pela fiscalização, o acervo probatório a ser utilizado para o convencimento do TCU, o que permite afirmar que o ônus probatório, mesmo em processos de fiscalização, também compete aos interessados, nos termos mencionados. [...].

236. Portanto, a Eletrosul não se desincumbiu do ônus processual de apresentar convincente contraprova àquelas produzidas fundamentadamente pela fiscalização do TCU.

f) fator de correção da Seção do túnel quando da adoção do Novo Sicro como base da composição paradigma;

Parecer da VLB Engenharia (peça 397)

237. A parecerista aponta a necessidade de fator de correção da Seção do túnel quando da adoção do Novo Sicro como base da composição paradigma, uma vez que a composição referencial adotada pelo TCU (0705131), extraída do Sinctran (Sicro 3) tratava de uma seção de 20 m², e o túnel da PCH Barra do Rio Chapéu detém seção menor (18,08 m²) que a da composição referencial (20 m²) (peça 397, p. 26).

238. Com base nas composições do Novo Sicro, e considerando que a VLB considerou como referência túneis como seção entre 20 e 40 m², com 30m² de média na seção ao invés dos 20 m² utilizado no Sinctran, o fator de correção utilizado pelo TCU para a composição do Sinctran deveria ser necessariamente majorado. Utilizando-se os valores disponíveis no Sicro, calcula um fator de correção de 1,1152 (peça 397, p. 28).

Questionamentos da Serur (peça 399)

f) No que respeita ao novo fator de correção da seção do túnel calculado com base no Novo Sicro:

f.1) o cálculo elaborado pela VLB Engenharia se mostra pertinente (peça 397, pp. 26-28)?

f.2) caso afirmativo, reajustar o custo paradigma em função do novo fator.

Manifestação da SeinfraEletrica (peça 406)

239. A Secretaria Especializada considera que o fator de correção para a área de seção do túnel foi proposto em junho de 2011, no âmbito da Fiscalização 232/2011 (peça 21). Na ocasião, se utilizou uma linha de tendência polinomial que relaciona o custo de escavação obtido para as seções de 80 m², 60 m², 40 m² e 20 m², haja vista ter-se identificado relação matemática de ordem superior à linear.

240. Obtempera que a metodologia do Novo Sicro, por sua vez, estabelece valores de referência similares para diferentes intervalos de seção transversal, por exemplo, há um único valor de referência para túneis com seção transversal entre 20 m² e 40 m², bem como um único valor de referência para túneis com seção transversal superior a 90 m².

241. Informa que, efetivamente, esse conceito de cômputo de custos por intervalos de trabalho é realizado em diversas áreas dos Sistemas de Custos do DNIT (Sicro2, Sinctran e Novo Sicro), por exemplo, nos serviços de transporte em função de intervalos de DMT. Não é desarrazoado, portanto, depreender que o Sinctran trata efetivamente de escavação subterrânea de rocha em intervalos de seção transversal, apesar de trazer valores absolutos de seção transversal.

242. Pondera que, ao considerar o limite do intervalo como ponto para cálculo do polinômio de correção, o fator de correção proposto pela equipe de auditoria na peça 21 resulta em distorção de aproximadamente 3,54% no valor total do serviço. O aumento é marginal, pois um dos pontos base utilizado para cálculo do polinômio (seção transversal de 20 m²) é relativamente próximo da seção transversal do túnel (diferença de 1,92 m²).

243. Por outro lado, a VLB Engenharia utiliza o centro dos intervalos de seção para cálculo do fator de correção. Esse deslocamento no ponto base de cálculo do polinômio também induz um aumento na diferença em relação a seção transversal do túnel (11,92 m²).

244. Informa que essa simples manipulação do polinômio de referência resulta no aumento de 10% do fator de correção, sem nenhuma base técnica para tanto (Anexo I).

245. Alerta que, consideradas as premissas de intervalos dos Sistemas de Referências de Custos do DNIT, a própria utilização de um polinômio de correção já se demonstrou mais conservadora, com incremento de 3,54% no valor final do serviço. O cálculo apresentado pelo parecerista, por sua vez, inclui margem mais alta de erro, que possui muito menos sustentação técnica e maior influência no aumento artificial dos custos de execução do serviço.

246. Em face dessas ponderações, conclui pela impertinência das premissas e dos valores apresentados pela VLB Engenharia para inovar o polinômio de ajuste dos custos em função da seção transversal do túnel de adução.

Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409)

247. Não se manifestou especificamente sobre este ponto.

Análise da Serur

248. Acompanham-se as conclusões técnicas da SeinfraElettrica.

g) Conclusões finais do parecer da VLB

Parecer da VLB Engenharia (peça 397)

249. A parecerista apresenta conclusões finais, no que reforça os pontos debatidos no documento técnico.

Questionamentos da Serur (peça 399)

g) No que toca às conclusões do parecer:

g.1) com bases nas conclusões do parecer à peça 397, pp. 28-34 e no exame procedido para a avaliação dos quesitos técnicos, avaliar objetivamente a pertinência dos argumentos finais da VLB Engenharia;

g.2) em razão da análise decorrentes dos quesitos técnicos e das conclusões do parecer, remanesce o sobrepreço apontado no Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário?

g.2.1) caso afirmativo, houve necessidades de reajustes/alterações no cálculo procedido?

g.2.2) caso afirmativo, qual o valor do sobrepreço final do serviço de escavação subterrânea de rocha após os ajustes promovidos?

Manifestação da SeinfraElettrica (peça 406)

250. Os argumentos finais constantes do parecer da VLB Engenharia remetem à adaptação da composição do Novo Sicro de janeiro de 2017 a quesitos já acatados em instruções anteriores acostadas ao processo, quais sejam, serviços relativos a transporte de rocha, espalhamento de bota fora, regularização do piso e consumo de energia elétrica.

251. Conforme já esclarecido, a adequação dos preços de serviços não é apenas função da correção monetária. A correção ou a retroação de referenciais de preços, como o Sicro, por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores contratados com os praticados no mercado à época do ajuste. Isso posto, reputam-se improcedentes as alegações finais do parecerista.

252. Face à análise dos quesitos técnicos trazidos pelo parecer elaborado pela VLB Engenharia, conclui-se pertinente alterar o equipamento Carregadeira de Pneus originariamente do modelo Caterpillar 980H (9050 do Sinctran) para o modelo Caterpillar 924G (9511 do Sinctran), conforme elucidado em resposta ao item “b”.

253. Nesse plano, houve necessidade de ajuste do consumo unitário do equipamento de 0,09 h para 0,1626 h, visto que houve redução na capacidade de transporte do equipamento Carregadeira de Pneus, bem como a redução no custo unitário de R\$ 190,97 para R\$ 148,34, conforme consta do próprio referencial Sinctran.

254. A composição paradigma considerando esses ajustes é apresentada no Anexo II desta manifestação, resultando no aumento de R\$ 9,10 (fator de ajuste e BDI inclusos, data base: março de 2008) no preço total do serviço de escavação em rocha face à composição constante do Acórdão 1194/2018-TCU/Plenário, rel. Min. Augusto Sherman.

255. Isso posto, verifica-se que o sobrepreço do Contrato após os termos aditivos 1 a 4 remonta ao valor de R\$ 5.800.823,48 (data base: março de 2008), conforme dispõe a Tabela 1.

Tabela 1. Sobrepreço apurado após última instrução da Unidade Técnica (data base: março de 2008)

	Descrição dos Serviços	Preço Contrato (R\$)	Preço TCU (R\$)	Sobrepreço (R\$)
	Escavação em rocha subterrânea, incluindo os acessos de serviço (s/ custos de Adm. Local) *	15.287.103,00	10.600.744,11	4.686.358,89
4	Tratamento e Ancoragem do Túnel de Adução	6.601.231,39	6.740.168,89	- 138.937,50
1	Concreto Convencional CCV	9.350.025,30	9.495.869,74	- 145.844,43
4	Pontes, Acesso e Bueiro	2.419.885,00	2.076.909,61	342.975,39
	Escavação em Rocha a Céu Aberto	2.377.523,47	1.428.876,13	948.647,34
2	Concreto Compactado a Rolo - CCR	2.054.892,44	1.947.268,65	107.623,79
Sobrepreço Total (BDI incluso)				5.800.823,48

* Os custos com Administração Local foram acolhidos por meio do Acórdão 3396/2012-TCU-Plenário.

Eletrosul/VLB Engenharia (peça 409)

256. Não se manifestou especificamente sobre este tópico.

Análise da Serur

257. Acompanha-se as conclusões técnicas da SeinfraElettrica.

CONCLUSÃO

258. Trata-se de pedido de reexame interposto pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (peça 389) contra o Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário, que determinou a retenção definitiva de R\$ 6.413.980,40, na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013 – TCU – Plenário.

259. O recurso interposto pela Eletrosul e o parecer técnico da VLB Engenharia cingiram-se a discutir os fundamentos do sobrepreço relacionado ao serviço de escavação em rocha subterrânea (8.1), muito embora o prejuízo calculado pela unidade técnica se refira ao tratamento e ancoragem do túnel de adução (14), Concreto convencional (11), pontes acesso e bueiro (24), escavação em rocha a céu aberto (7) e concreto compactado a rolo CCR (12).

260. Na tentativa de afastar o sobrepreço, a Eletrosul e a VLB Engenharia apresentam teses de defesa no sentido de desqualificar o exame procedido nos autos e o sistema de referência adotado (Sinctran); arguir um volume maior de escavação efetivamente realizada em lugar daquela prevista

no memorial descritivo da obra; desconsiderar a improdutividade na CPU paradigma utilizada pelo TCU; pugnar a CPU paradigma para que considere as diferentes classes de rocha para efeito de contabilização dos custos.

261. No que concerne ao exame procedido nos autos, tem-se que a controvérsia debatida nos autos se origina da orçamentação deficiente procedida pela Eletrosul na fase de planejamento da contratação, bem como da ausência de registros de preços previamente à contratação dos serviços e bens de um empreendimento de grande porte (oitenta milhões de reais).

262. Resta consignado ao longo da instrução processual que o Sinctran era o sistema referencial sucessor do Sicro 2 e continha detalhamento suficientemente realista e favorável às pretensões do jurisdicionado.

263. Os cálculos levados a efeito pela SeinfraElettrica baseiam-se no desenho/arquitetura, volume de escavação determinados pela própria Eletrosul. O Memorial de Cálculo/Memorial Descritivo da Obra, elaborado pela Eletrosul prevê a área total do túnel de 18,08 m², e o volume total de escavação subterrânea no túnel de adução (subitem 8.1) de 67.350 m³.

264. Uma vez que não há previsão/discriminação expressa de volume de escavação para a construção de áreas de manobra, deduz-se que tais serviços, assim como os quaisquer outros não detalhados expressamente no projeto básico da obra – a exemplo da escavação adicional de dez centímetros para a acomodação do piso de concreto –, se encontram diluídos no custo global da escavação em rocha subterrânea do túnel.

265. A SeinfraElettrica não desconsiderou a improdutividade dos equipamentos para efeito de orçamento, apenas não acatou a variável no patamar defendido pela Eletrosul. No caso dos equipamentos extraídos diretamente do Sinctran, adotou-se o percentual de 3% para o custo improdutivo, e no caso do Jumbo, pautou-se nas premissas de custo horário do Sistema de Orçamento da Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco – Codevasf.

266. O serviço impugnado se refere basicamente à detonação de rochas, o que demanda a utilização do jumbo, trator, alocação de explosivos, regularização do piso, transporte de materiais, descarga, espalhamento. Como o exame pautou-se a base do Sistema de Custos Referenciais de Obras Sinctran, código 0705131, e, à época, referia-se ao maior custo para detonação de rochas, que correspondia ao granito/rocha sã, pode-se concluir como conservador o cálculo da unidade técnica, eis que as diferentes classes geológicas das rochas impactariam, fosse o caso, o item 14 da Lista de Preços (peça 37, p. 55).

267. De toda forma, o exame técnico procedido pela SeinfraElettrica acata a impugnação recursal relativa à inexecuibilidade da carregadeira utilizada na CPU paradigma e procede ao ajuste no cálculo do valor do sobrepreço, que, ao final, remonta a R\$ 5.800.823,48.

268. As demais questões técnicas – seção transversal do túnel, atualização dos valores para o Novo Sicro (2017), etc. encontram-se devidamente refutadas pela Secretaria Especializada.

269. Quanto ao mais, a Eletrosul não se desincumbiu do ônus processual de trazer aos autos contraprova suficientemente robusta para desconstituir aquelas colacionadas de forma fundamentada e conservadora pela fiscalização do TCU. Encontram-se sem esse necessário respaldo probatório contraposto, por exemplo, os seguintes pontos de argumentação agitados nas manifestações recursais: (i) a proporção quantitativa de ocorrência das classes de rocha alegadamente mais custosas de escavar (grau de faturamento) de modo a permitir apuração minimamente confiável do real impacto no preço global de referência do serviço e (ii) as supostas impropriedades das composições-paradigma utilizadas pela unidade técnica especializada do TCU para os serviços não impugnados especificamente pela recorrente (7 – Escavação em rocha a céu aberto; 12 – Concreto compactado a rolo; 24 – pontes, acesso e bueiro, 11 – concreto convencional e tratamento e ancoragem do túnel de adução). Nesse quadro, tais argumentos recursais assim genericamente lançados não ultrapassam o campo das alegações em tese, razão porque não merecem consideração no concreto contexto fático dos autos para o fim de rever o cálculo do sobrepreço até aqui depurado por meio da dialética processual.



270. Portanto, o recurso deve ser conhecido para que seja parcialmente provido, a fim de se ajustar o valor do sobrepreço calculado inicialmente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

271. Ante o exposto, com supedâneo no art. 48 da Lei 8.443/1992, submete-se a análise do presente pedido de reexame interposto pela interposto pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A. contra o Acórdão 1194/2018 – TCU – Plenário, com a proposta de:

a) conhecer do recurso interposto e conceder provimento parcial para alterar a redação do item 9.1 da decisão recorrida, que deve passar a conter a seguinte disposição:

9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 5.800.823,48 (cinco milhões, oitocentos mil, oitocentos e vinte e três reais), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à recorrente, ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu, ao Ministério das Minas e Energia e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras;

c) encaminhar os autos à SeinfraElétrica para o monitoramento do cumprimento das determinações expedidas à Eletrosul Centrais Elétricas S.A.”

É o Relatório.

VOTO

A Eletrosul Centrais Elétricas S.A (Eletrosul) interpôs pedido de reexame contra o Acórdão 1.194/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, prolatado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2011, nas obras de implantação do Complexo Hidrelétrico São Bernardo/SC, contratadas pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A.,

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

9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 6.413.980,40 (seis milhões, quatrocentos e treze mil, novecentos e oitenta reais e quarenta centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;

9.2. determinar à SeinfraElétrica que monitore o cumprimento da determinação do subitem 9.1 deste Acórdão;

9.3. dar ciência deste Acórdão à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu, ao Ministério de Minas e Energia e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A - Eletrobras; e

9.4. restituir os autos à SeinfraElétrica para que dê prosseguimento às análises e medidas saneadoras referentes aos demais achados de auditoria decorrentes do Fiscalis 232/2011 (subitens 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 3396/2012-TCU-Plenário).”

2. Em casos de elevada complexidade como o que se apresenta neste feito, é necessário realizar a contextualização dos fatos para a devida compreensão da matéria.



3. Os autos originalmente trataram de Relatório de Auditoria, realizado no bojo das fiscalizações do Fiscobras/2011, nas obras da PCH Barra do Rio Chapéu, em Santa Catarina, objeto do Contrato 90580124, firmado em setembro de 2009 entre a Eletrosul e o Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (CCBRC).

4. O aludido ajuste foi firmado sob regime de empreitada integral pelo valor de R\$ 64.989.005,15. Porém, houve a celebração de cinco termos de aditamento contratual que elevaram o seu valor total para R\$ 80.715.903,54.

5. Dentre outros achados, no relatório de auditoria foi apontado sobrepreço estimado em R\$ 11.071.301,29, que foi posteriormente reduzido para R\$ 8.113.298,24, após a realização das oitivas determinadas pelo Acórdão 2.691/2011-Plenário.

6. Tal fato ensejou a prolação do Acórdão 3.396/2012-Plenário, determinando a instauração de processo de tomada de contas especial. Todavia, ao ser cientificada do referido **decisum**, a Eletrosul apresentou ao Tribunal peça recursal, na qual pleiteava a substituição da instauração de tomada de contas especial por retenção cautelar do montante calculado como sobrepreço, uma vez que o saldo contratual ainda não pago ao consórcio contratado seria suficiente para garantir o ressarcimento do valor do sobrepreço apurado.

7. Ante esse pleito, por meio do Acórdão 1.111/2013-Plenário, o Tribunal tornou insubsistente a determinação para instauração de processo de tomada de contas especial, ao mesmo tempo que determinou à Eletrosul a retenção cautelar no valor R\$ 8.113.298,24. Foi determinada, ainda, a oitiva das partes quanto a essa medida acautelatória.

8. Em virtude da constatação de erro material no valor do sobrepreço apurado, que seria de R\$ 10.358.404,59, e não de R\$ 8.113.298,24, o Acórdão 3.349/2013-Plenário determinou a retificação do valor do sobrepreço e realização de nova oitiva das partes.

9. O processo foi instruído no mérito pela unidade técnica, mas a Eletrosul apresentou em quatro ocasiões distintas novos elementos de defesa, os quais foram encaminhados pelo relator **a quo** para exames complementares da unidade técnica.

10. Como resultado dessas diversas idas e vindas do processo, o valor do sobrepreço foi reduzido para R\$ 6.413.980,40, nos termos adotados pelo acórdão recorrido.

11. Inconformada com o desfecho processual a Eletrosul interpôs o pedido de reexame ora em apreciação (peça 389) e, para corroborar com suas alegações, apresentou parecer especializado às peças 397-398, de lavra da empresa VLB Engenharia.

12. Por sua vez, o Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (CCBRC), composto pelas empresas Orteng Equipamentos e Sistemas Ltda., Energ Power Ltda., MFW Engenharia e Mineração Ltda. e Bucagrans Construtora de Obras Ltda., não recorreu do Acórdão 1.194/2018-Plenário, mas peticionou requerendo que a Eletrosul imediatamente cumprisse os exatos termos da determinação contida no item 9.1. da referida deliberação, de modo a tornar "*definitiva a retenção da importância de R\$ 6.413.980,40 (seis milhões, quatrocentos e treze mil, novecentos e oitenta reais e quarenta centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU Plenário*".

II

13. Nesta etapa processual, a Secretaria de Recursos – Serur analisou os argumentos recursais e preliminarmente formulou quesitos para exame da SeinfraElétrica, a fim de que as questões de ordem técnica fossem examinadas pela unidade técnica especializada em obras do setor elétrico.

14. Insta salientar que a Eletrosul ainda encaminhou novos elementos (peça 409), com vistas a refutar as conclusões do exame realizado pela SeinfraElétrica.

15. A despeito de patente violação do princípio da preclusão consumativa, em prestígio ao princípio da verdade material que permeia os processos de controle externo, a Serur examinou em sua instrução de mérito os novos elementos recursais da Eletrosul, acompanhando o entendimento da SeinfraElétrica, no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, de forma a reduzir o valor da retenção determinada para R\$ 5.800.823,48 (valor em março de 2008). Dessa forma, deveria

ser liberado ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3.439/2013-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul.

16. Feita essa exposição dos fatos, sinto-me compelido a revisitar o exame de admissibilidade do recurso ora em apreciação, o qual foi admitido pelo despacho inserto à peça 396, pois não existe sucumbência aparente da Eletrosul com o Acórdão 1.194/2018-Plenário.

17. Embora a companhia seja interessada no processo, já que os supostos prejuízos ocorreram a partir de atos e contratos administrativos celebrados no âmbito da empresa, observo que a retenção determinada pela deliberação combatida será incorporada aos cofres da Eletrosul.

18. Como a SeinfraElétrica bem observou, no longo período de tramitação dos autos, a unidade técnica já instruiu o feito por sete vezes seguidas, com vistas a refutar as diversas peças juntadas aos autos pela recorrente, todas elas contestando a ocorrência de sobrepreço no ajuste em apreciação.

19. Ocorre que, compulsando os elementos trazidos pela estatal, verifico que os procuradores da companhia trouxeram, em verdade, uma série de argumentos e documentos com o único objetivo de defender a regularidade dos preços contratados, o que acarretaria um dispêndio de milhões de reais em prejuízo do interesse da estatal.

20. O pedido de reexame da Eletrosul abordou a questão do interesse recursal da companhia nos seguintes termos:

“A Recorrente Eletrosul busca por meio do presente recurso defender a regularidade dos atos de gestão praticados pela empresa e por seus gestores. Isso é tão verdade, que a própria Recorrente, no bojo do processo em epígrafe, solicitou a esse Tribunal de Contas a revisão do Acórdão nº 3396/2012-Plenário, no intuito de ver cautelarmente retido o saldo do contrato nº 90580124 até o julgamento de mérito por esse Tribunal de Contas. Ao contrário, portanto, do afirmado pela unidade técnica no mais recente pronunciamento, não se busca em hipótese alguma a 'tutela de direito de terceiros'. ”

21. A atuação dos procuradores da Eletrosul, embora deixem ressalvado que decorreu de manifestação da Diretoria de Engenharia da estatal, se mostra contraditória com as práticas que se esperava de uma companhia estatal, dentre as quais destaco a colaboração ativa com as investigações de órgãos de controle, a responsabilização e punição por supostas irregularidades e a recuperação de dinheiros supostamente desviados.

22. Ainda que o interesse recursal da companhia não esteja perfeitamente delineado, opto, em caráter excepcional, por ratificar a admissibilidade do presente pedido de reexame, avaliando possível conexão entre as demais irregularidades detectadas na fiscalização original, ainda pendentes de apreciação. Nesse sentido, o subitem 9.4 da decisão recorrida determinou a restituição dos autos à SeinfraElétrica para prosseguimento das análises e medidas saneadoras dos demais achados de auditoria (subitens 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 3396/2012), dentre as quais estão as audiências dos responsáveis pela deficiência do projeto básico e pela escolha do regime de execução contratual inadequado.

23. No que tange ao mérito do presente recurso, considero que as instruções realizadas pela Serur e pela SeinfraElétrica abordaram minuciosamente todas as questões de fato e de direito aduzidas pela recorrente.

24. Assim, adotando os exames realizados por ambas as unidades técnicas como razões de decidir, cabe dar provimento parcial ao pedido de reexame da Eletrosul no sentido de reduzir o valor da retenção determinada pelo Acórdão 1.194/2018-Plenário para R\$ 5.800.823,48, conferindo a seguinte redação ao subitem 9.1 do aludido **decisum**:

“9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 5.800.823,48 (cinco milhões, oitocentos mil, oitocentos e vinte e três reais e quarenta e oito centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de



pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;”

Ante o exposto, voto por que seja adotada minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2087/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.775/2011-4.
 - 1.1. Apenso: 018.400/2009-6
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Agência Nacional de Energia Elétrica (02.270.669/0001-29); Congresso Nacional (vinculador); Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu (09.637.556/0001-68)
 - 3.2. Responsáveis: Eurides Luiz Mescolotto (185.258.309-68); Ronaldo dos Santos Custódio (382.173.090-00)
 - 3.3. Recorrente: Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (00.073.957/0013-00).
4. Órgão/Entidade: Eletrosul Centrais Elétricas S.A.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraEle).
8. Representação legal:
 - 8.1. André Fonseca Roller (20.742 /OAB-DF) e outros, representando Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu.
 - 8.2. José Renato Pinto da Fonseca e outros, representando Agência Nacional de Energia Elétrica.
 - 8.3. Fabiano Marcos Zwicker (16035/OAB-SC) e outros, representando Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes pedidos de reexame pela Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (Eletrosul) contra o Acórdão 1.194/2018-Plenário, que apreciou relatório de auditoria realizada nas obras de implantação do Complexo Hidrelétrico São Bernardo/SC – Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) de Barra do Rio Chapéu, João Borges, Itararé e Pinheiro,

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela Eletrosul, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, conferindo a seguinte redação ao subitem 9.1 do Acórdão 1.194/2018-Plenário:

“9.1. determinar à Eletrosul Centrais Elétricas S.A., com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que torne definitiva a retenção da importância de R\$ 5.800.823,48 (cinco milhões, oitocentos mil, oitocentos e vinte e três reais e quarenta e oito centavos), na data-base de março/2008, liberando-se ao Consórcio Construtor Barra do Rio Chapéu a diferença do valor acautelado por força do item 9.2 do Acórdão 3439/2013-TCU-Plenário, descontadas eventuais glosas decorrentes de pendências construtivas, a critério da Eletrosul, demonstrando-se ao Tribunal as providências adotadas;”

9.2. dar ciência desta deliberação à recorrente e aos demais interessados.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.



11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2087-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 029.322/2016-2

Natureza(s): Aposentadoria

Órgão/Entidade: Senado Federal

Interessados: Gildomira Castro de Atayde (115.388.641-34)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: PESSOAL. APOSENTADORIA. REVISÃO DE OFÍCIO. VANTAGEM DOS QUINTOS INCORPORADA APÓS 8/4/1998. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 638.115/CE). ILEGALIDADE. CANCELAMENTO DE REGISTRO. ENUNCIADO 106. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução a cargo da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), com a qual manifestou sua anuência o representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de revisão de ofício do ato inicial de concessão de aposentadoria de Gildomira Castro de Atayde, ex-servidora do Senado Federal.

2. O ato de concessão inicial da Sra. Gildomira Castro de Atayde foi apreciado por esta Corte de Contas pela legalidade mediante o Acórdão 6.342/2017-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, na sessão de 11/7/2017 (peça 21).

HISTÓRICO

3. O Senado Federal foi notificado do teor do acórdão supracitado (peças 26 e 27), conforme a determinação de item 9.3.

4. Em 18/9/2017, o Senado encaminhou o Ofício 2/2017-COAUDPES/SCISF/SF (peça 28), informando que o ato de Gildomira Castro Atayde foi julgado pela legalidade sem observar que parte da incorporação de ‘quintos’ refere-se a um período posterior a 8/4/98, ensejando possível ilegalidade.

5. Ato contínuo, esta Unidade Técnica propôs a revisão de ofício do aludido ato de forma a verificar o indício de ilegalidade apontado pelo Senado, consoante instrução à peça 30.

6. Sorteado novo Relator (Ministro Benjamin Zymler), foi autorizada a revisão de ofício, com determinação para realização de oitiva da ex-servidora (peça 33).

7. Devidamente notificada da oitiva (peça 37), em endereço constante da base CPF (peça 38), a interessada não se manifestou junto aos autos.

EXAME TÉCNICO



8. Consultando-se o ato Sisac da interessada, observou-se que foram incorporados 4/5 de FC-4 e 1/5 de FC-1.

9. Para o TCU, a incorporação só é possível daquela FC exercida até a data da publicação da Lei 9.624/98, ocorrida em 8/4/98. Esse entendimento se ampara tanto em decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 638.115/CE, como desta Corte de Contas, mais especificamente os Acórdãos 2.444/2015-TCU-Plenário, de relatoria Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, 5.380/2016-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, e 8.788/2016-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Nardes.

10. No caso da interessada, até 8/4/98 foram exercidas as seguintes funções: FC-1 (7 anos, 2 meses e 25 dias), FC-2 (1 mês e 29 dias) e FC-4 (4 meses e 14 dias). O tempo de FC-4 utilizado para sua incorporação foi de exercício posterior à publicação da Lei 9.624/98.

11. Assim, em respeito à jurisprudência deste Tribunal e do STF, a inativa só pode incorporar 5/5 de FC-1.

Resposta à oitiva

12. Apesar de devidamente notificada (peça 37) em seu endereço constante da base de dados CPF (peça 38), a interessada não se manifestou junto aos autos.

13. Logo, propõe-se que o mérito do ato seja alterado para ilegal, com recusa de seu registro. A rubrica referente à incorporação de FC deve ter seu valor ajustado de forma a refletir o total de 5/5 de FC-1.

CONCLUSÃO

14. Ante o exposto, e considerando que houve a incorporação indevida de 4/5 de FC-4, o Acórdão 6.342/2017-TCU-2ª Câmara deve ser revisto de ofício, com fulcro no art. 260, § 2º, do Regimento Interno do TCU, para considerar **ilegal** o ato da interessada, devendo a rubrica referente à incorporação de FC ter seu valor ajustado de forma a refletir o total de 5/5 de FC-1.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, e de conformidade com o preceituado no artigo 71, inciso III, da Constituição Federal c/c os arts. 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/92 e os artigos 1º, inciso VIII, e 260, §1º do Regimento Interno do TCU, propõe-se:

a) revisar de ofício o Acórdão 6.342/2017-TCU-2ª Câmara, para considerar ILEGAL e recusar o registro do ato inicial de concessão de aposentadoria de Gildomira Castro de Atayde (CPF: 115.388.641-34);

b) dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos até a data da ciência pelo Senado Federal do Acórdão que vier a ser proferido, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;

c) determinar ao Senado Federal, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que:

c.1) faça cessar os pagamentos decorrentes do ato impugnado, comunicando ao TCU, no prazo de quinze dias, as providências adotadas, nos termos dos arts. 262, caput, do Regimento Interno do TCU;

c.2) cadastre novo ato, livre das irregularidades apontadas, nos termos do artigo 262, §2º, do Regimento Interno do TCU;

c.3) informe à interessada o teor do Acórdão que vier a ser prolatado, nos termos do artigo 4º, §3º, da Resolução-TCU 170/2004, alertando-a de que o efeito suspensivo proveniente de eventual interposição de recurso junto ao TCU não a exime da devolução dos valores indevidamente percebidos após a notificação, em caso de não provimento desse recurso;

c.4) encaminhe ao TCU, no prazo de trinta dias, comprovante da data de ciência do teor desta deliberação pela interessada.”

É o relatório.

VOTO



A aposentadoria da ex-servidora Gildomira Castro de Athayde, aposentada no cargo de Técnico Legislativo (especialidade artesanato) em 31/3/2011, foi considerada legal por meio do Acórdão 6.342/2017-2ª Câmara (relator Ministro Augusto Nardes), na sessão de 11/7/2017, tendo sido efetuado o respectivo registro.

2. A diligente Sefip propõe a revisão de ofício do registro em razão do pagamento de vantagem oriunda da incorporação da função de confiança (“quintos”) exercida pela servidora após 8/4/1998. Tal pagamento encontra-se dissonante do que foi decidido em 19/3/2015 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 638.115/CE (rel. Ministro Gilmar Mendes; publicado no DJE em 3/8/2015), com repercussão geral.

3. No despacho de peça 33, manifestei-me nos seguintes termos:

“Nesta oportunidade, examina-se proposta da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip) de rever de ofício o ato relativo à servidora Gildomira Castro de Athayde, pois dele constava vantagem dos “quintos” incorporada após 10/11/1997, o que estaria em desacordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 25763/DF.

De fato, verifico que foram deferidos à servidora 8/10 de FC 4 e 2/10 de FC 1, sendo que a FC 4 foi exercida entre 27/11/1997 e 29/5/2001 (aproximadamente 3 anos, 6 meses e 6 dias), além da FC 05, exercida entre 30/5/2001 e 30/11/2003. Deste último período, foram aproveitados os dias trabalhados até 5/9/2001.

Anteriormente a esse período, a interessada havia exercido apenas as FC de código 01 e 02, o que lhe teria assegurado direito à incorporação de 5/5 ou 10/10 de FC 01, salvo a eventual aplicação do art. 5º da Lei 9.624/1998 (cômputo tempo residual – vide Decisões 709/2000 e 925/1999, ambas do Plenário e da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues), matéria não apreciada no citado mandado de segurança.

Verifico, pois, que houve substituição (atualização) de 4/5 de FC 01 por 4/5 de FC 04, tendo por base o art. 3º da MP 2225-45, de 4/9/2001 (DOU de 5/9/2001).

Por conseguinte, determino que a Sefip apure a composição correta da vantagem a que faz jus a servidora e submeta os autos novamente à apreciação deste relator previamente à realização da oitiva da servidora.”

4. Devidamente notificada (peças 36 e 37), a interessada permaneceu silente.

5. Tendo em vista que os “quintos” atualmente pagos encontram-se em desconformidade com a legislação de regência, à luz da interpretação conferida pelo STF, é de se considerar ilegal a presente concessão, na forma pugnada nos pareceres.

6. Outrossim, verifico que, além do ato da servidora Gildomira Castro de Athayde, consta dos autos outro ato aparentemente irregular, a saber, o da servidora Geisa Marli Soares Ribeiro. Isso porque a interessada, que implementou os requisitos para aposentadoria após 2010, recebe a retribuição pelo exercício de função de confiança, paga de forma parcial (“opção”). Tal pagamento viola o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 20/1998 (vide Acórdão 1599/2019-Plenário), o qual estabelece que os proventos de aposentadoria não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. Dessarte, deve-se determinar à Sefip que dê início aos procedimentos de revisão de ofício desse ato de aposentadoria.

Diante do exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2088/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 029.322/2016-2.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Revisão de ofício em aposentadoria

3. Interessados/Responsáveis:



- 3.1. Interessados: Gildomira Castro de Atayde (115.388.641-34).
4. Órgão/Entidade: Senado Federal.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pensão militar, considerada legal por meio do Acórdão 6.342/2017-2ª Câmara,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator e com fundamento na Constituição Federal, art. 71, IX, na Lei 8.443/1992, arts. 1º, 39, II, e no Regimento Interno deste Tribunal, art. 260, § 2º, em:

9.1. rever de ofício o Acórdão 6.342/2017, da Segunda Câmara, para considerar ilegal e cancelar o registro do ato inicial de concessão de aposentadoria de Gildomira Castro de Atayde;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos pela interessada, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;

9.3. determinar ao Senado Federal, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992, que:

9.3.1. dê ciência à sra. Gildomira Castro de Atayde do inteiro teor desta deliberação no prazo de quinze dias e faça juntar o comprovante de notificação a estes autos nos quinze dias subsequentes;

9.3.2. faça cessar os pagamentos decorrentes do ato impugnado no prazo de quinze dias, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;

9.3.3. cadastre novo ato, livre das irregularidades apontadas, no prazo de trinta dias;

9.3.4. informe a este Tribunal as providências adotadas, no prazo de quarenta e cinco dias;

9.4. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que:

9.4.1. dê início aos procedimentos para revisão de ofício da aposentadoria da servidora Geisa Marli Soares Ribeiro;

9.4.2. acompanhe o cumprimento das determinações contidas no subitem 9.3.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2088-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 033.527/2018-0

Natureza: Representação

Unidade jurisdicionada: Secretaria Executiva do Ministério do Turismo

Representante: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico do Tribunal de Contas da União (SecexDesenvolvimento)

Interessado: Caixa Econômica Federal

Representação legal: não há



SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FIRMADOS ENTRE MINISTÉRIO DO TURISMO E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SUPOSTA ELIMINAÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS A CONTRATOS DE REPASSES, SEM AMPARO LEGAL. OITIVA PRÉVIA. ESCLARECIMENTOS INSUFICIENTES. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. REFERENDO À SUSPENSÃO DEFERIDA PELO MINISTRO-RELATOR.

RELATÓRIO

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico deste Tribunal (SecexDesenvolvimento) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (SE/MTur) relacionadas aos Contratos de Prestação de Serviços 19/2011 e 14/2013, firmados entre o Ministério do Turismo (MTur) e a Caixa Econômica Federal (CEF).

2. Além das questões apontadas pela CGU, chegou ao conhecimento da unidade técnica, por meio da Nota Técnica 6/2018/AECI/GM/MTur (peça 6), evidências de suposta eliminação de documentos relativos a contratos de repasses, sem amparo legal, supostamente feita pela CEF. Essa prática, a princípio, iria de encontro às boas práticas de conservação e guarda de documentos componentes de instrumentos de contratos de repasse celebrados.

3. No intuito de avaliar a necessidade de adoção de medida de urgência para cessar o procedimento de destruição de documentos relativos a contratos de repasse (fato considerado prioritário perante as demais constatações), a SecexDesenvolvimento propôs o conhecimento da representação e a realização de oitiva prévia da CEF e do MTur (peça 7).

4. Por meio de despacho exarado em 3/6/2019, autorizei a realização das oitivas, as quais foram atendidas por meio dos documentos insertos às peças 26-32.

5. Após a análise inicial do feito, a SecexDesenvolvimento lançou a instrução inserta à peça 33, a qual contou com a anuência do corpo dirigente da unidade (peças 34 e 35).

6. Ato contínuo, concedi medida cautelar por meio do despacho de peça 36, cujo trecho essencial transcreve-se a seguir:

“(...) Ao MTur, foi solicitado que esclarecesse quais as eventuais providências adotadas em decorrência do disposto na Nota Técnica 6/2018/AECI/GM/MTur, em especial, se já adotou medidas para comunicar à CEF a suspensão do procedimento de descarte de documentos e se já houve tratativas a respeito entre ambos, visando evitar novamente a ocorrência de tal prática, trazendo documentação comprobatória a respeito.

Em resposta, a Secretaria Nacional de Estruturação do Turismo do Ministério do Turismo (SNETur) alegou que somente tomou conhecimento do tema com a oitiva realizada pelo TCU, sendo que, até 8/7/2019, a referida Nota Técnica 6/2018 estava atrelada a processo administrativo sigiloso que teria tramitado exclusivamente na Assessoria Especial de Controle Interno do MTur (AECI/MTur). Assim, a SNETur informou que ainda estava avaliando o teor da nota para providenciar os encaminhamentos necessários.

A CEF, por sua vez, foi instada a se manifestar sobre o conteúdo da supracitada nota técnica e também a informar se estava descartando a documentação pertinente aos contratos de repasse celebrados pelo MTur, em face do decurso do prazo de cinco anos de arquivamento, contados a partir da aprovação da prestação de contas final do contrato no SIAFI. Em caso afirmativo, que motivasse a adoção desse procedimento.

Em resposta, a CEF asseverou que os argumentos apresentados pelo MTur na referida nota técnica teriam sido discutidos no âmbito da Ação Civil Pública 0025566-53.2009.4.01.3400, na qual o Ministério Público Federal (MPF) acionou a União para proibir a destruição de documentos nos prazos dispostos na IN STN 1/1997 e na Portaria Interministerial 127/2008. A CEF destacou os seguintes argumentos que teriam sido considerados no juízo da ação civil pública:

a) não se sustenta a argumentação de que o prazo de cinco anos inviabilizaria o exercício de direito de ação, pois: i) em se verificando impedimentos para a aprovação das contas, o prazo não seria iniciado; e ii) mesmo ocorrendo a aprovação das contas, nada impediria que os legitimados para a persecução judicial exercessem o direito de ação;

b) o prazo de cinco anos está disseminado em várias passagens da LOTCU, a exemplo das contas ilíquidáveis e da revisão do processo de prestação de contas; e,

c) a norma que fixava o prazo inicial de cinco anos para a conservação dos documentos físicos foi aperfeiçoada a ponto de ampliá-lo para dez anos.

A CEF esclareceu, ainda, que ampliou para dez anos o prazo de arquivamento da documentação referente ao acompanhamento da execução das transferências voluntárias, conforme norma interna denominada “Manual Normativo SA150”.

Quanto ao pedido deste Tribunal para que a CEF apresentasse arquivo eletrônico listando todos os contratos de repasse relativos ao MTur que tiveram a documentação expurgada nos últimos cinco anos, a entidade respondeu que os documentos que instruem os contratos de repasse são mantidos nas “Gerências de Filial de Governo”, responsáveis pelo acompanhamento da execução desses instrumentos. Acrescentou que possui cinco “Unidades Logísticas”, que atuam como arquivo centralizado e que podem receber processos das 72 “Gerências de Filial de Governo”. Assim, a guarda dos documentos pelo prazo de dez anos pode ocorrer em uma ou outra unidade, dependendo da discricionariedade dos gestores. Esgotada a contagem do prazo de dez anos, a norma interna orienta a eliminação dos documentos, sendo observadas a destinação ambiental adequada e a preservação da segurança das informações neles contidas.

Diante desse quadro, a CEF salientou que a identificação de todos os contratos de repasse do MTur que teriam sido expurgados nos últimos cinco anos seria onerosa e dependeria de prazo mais extenso e difícil de mensurar, sendo necessário: (i) levantamento em bases sistêmicas dos instrumentos que apontam datas de prestação de contas finais e instauração de TCE anteriores a 2009 ou 2014, para instrumentos com prazos de arquivamentos de 10 ou 5 anos, respectivamente; (ii) identificação de qual unidade manteve os dossiês pelo prazo de arquivamento intermediário; e (iii) identificação, entre as 77 unidades (logísticas ou de governo), se houve a eliminação dos dossiês.

Ao examinar os esclarecimentos do MTur e da CEF, a SecexDesenvolvimento destacou que (peça 33):

- a CEF estaria descartando todos os documentos inerentes a contratos de repasses por ela gerenciados após cinco anos contados da data de arquivamento dos autos com base no art. 30, § 1º, da Instrução Normativa STN 1/1997;

- o referido artigo refere-se a documentos fiscais emitidos, em nome do conveniente ou executor, pelo prestador de serviço/fornecedor de materiais que são adquiridos no interesse da execução do objeto do convênio/contrato de repasse, o que não permite o descarte de toda documentação relativa à consecução de contratos de repasses firmados;

- segundo a Instrução Normativa STN 1/1997, o prazo de cinco anos deve ter sua contagem iniciada da aprovação da prestação ou tomada de contas do gestor do órgão ou entidade concedente, relativa ao exercício da concessão e a CEF estaria considerando, como início da contagem, a aprovação do contrato de repasse;

- as normas mais recentes (Portarias Interministeriais 127/2008, 507/2011 e 424/2016) solidificaram o período de dez anos para a guarda dos documentos relativos aos contratos de repasse celebrados;

- não restou claro se a CEF aplica o prazo de dez anos para o descarte da documentação de todos os contratos de repasse celebrados pelo MTur, independentemente do ano de celebração do instrumento e, por consequência, da norma então vigente;

- não foi informado a partir de que data o prazo de dez anos teria sua contagem iniciada;



- o “Manual Normativo SAI50”, da CEF, somente menciona a necessidade de guarda de documentação por dez anos daqueles contratos de repasse que sofreram instauração de TCE ou ação judicial, sendo silente para os demais casos, a exemplo de prestação de contas aprovadas;

- são inquestionáveis os casos concretos trazidos nesta representação, por meio da Nota Técnica 6/2018, que demonstram o descarte, pela CEF, de toda a documentação de contratos de repasse firmados pelo MTur, sem observância às normas atinentes; e

- as informações apresentadas pela CEF não demonstram que a instituição tenha adotado medidas para cessar a prática de descarte ilegal.

Por conseguinte, em cognição sumária, a unidade técnica tem como presente os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Assim, diante do potencial prejuízo à salvaguarda e recomposição do erário no caso de apuração de prática de atos irregulares na celebração, execução e/ou análise da prestação de contas de contratos de repasse celebrados pelo MTur, a SecexDesenvolvimento recomenda a concessão de medida cautelar para interromper o descarte de documentos inerentes aos referidos instrumentos até decisão ulterior desta Corte de Contas.

Pelas razões que passo a expor, defiro o pedido de cautelar.

Como é cediço, são dois os requisitos indispensáveis à concessão de medidas cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. No presente caso, a fumaça do bom direito significa a probabilidade de que o ato praticado pela Administração tenha violado a legislação que disciplina a matéria. O perigo na demora, por sua vez, traduz-se no risco de que, caso seja mantida a decisão, ocorra manifesto prejuízo à eficácia da decisão definitiva.

Pelo que me foi apresentado, reputo haver evidências de tais requisitos tenham se concretizado na hipótese vertente.

A princípio, os elementos contidos nos autos demonstram o descarte, pela CEF, de documentação de contratos de repasse firmados pelo MTur, sem amparo legal. Essa ocorrência destacou-se dentre os demais indícios de irregularidades que motivaram a presente representação, atinentes, especificamente, aos Contratos de Prestação de Serviços 19/2011 e 14/2013 (podendo, inclusive, afetar o seu exame).

Conforme ressaltou a unidade técnica, os esclarecimentos prestados em oitiva não vieram acompanhados de indicativos concretos que evidenciassem que os descartes de documentos estejam seguindo as normas pertinentes ou que a entidade tenha adotado medidas para cessar a prática irregular.

Cumpra registrar, ademais, não haver *periculum in mora* reverso capaz de trazer prejuízos ao MTur, à Caixa ou ao interesse público.

Logo, após exame de cognição superficial, próprio da análise de cautelares, entendo estarem presentes os requisitos indispensáveis ao deferimento da medida pleiteada. Com isso, determino, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do RITCU, à Caixa Econômica Federal que suspenda o descarte de documentos inerentes a contratos de repasse celebrados pelo MTur até que esta Corte de Contas se manifeste quanto ao mérito da presente representação.

Em acréscimo, determino o retorno destes autos à unidade técnica, para prosseguimento do feito.

À SecexDesenvolvimento, para adoção das providências cabíveis.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, originada de auditoria feita pela CGU nas contas anuais ordinárias da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo (SE/MTur) – exercício de 2015 (TC 001.162/2017-9).



2. Os indícios de irregularidades dizem respeito a: (i) suposta autorização indevida de pagamento, realizado pelo MTur, relacionado à cobrança de serviços efetuados pela CEF; (ii) atrasos em pagamentos feitos pelo MTur, o que teria acarretado cobranças de grandes somas a título de correção monetária; e (iii) operacionalização das transferências obrigatórias pelo MTur, com base na Portaria MP 524/2013, por meio do Contrato 19/2011, em vez do Contrato 14/2013, menos oneroso.

3. Conheci da peça inaugural como representação, nos termos dos arts. 235 e 237, inciso VI, do RITCU c/c o art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014.

4. Em acréscimo, com a finalidade de melhor esclarecer os pontos objeto de ressalva pela unidade técnica, autorizei, nos termos do art. 276, § 2º, do RITCU, a realização da oitiva do MTur e da CEF, para, no prazo de até cinco dias úteis, encaminharem as informações/documentos solicitados, bem como manifestarem-se sobre os fatos apontados na instrução técnica (peça 10).

5. Os esclarecimentos ofertados mostraram-se insuficientes e evidenciaram, a princípio, a presença dos requisitos indispensáveis à concessão de medidas cautelares.

6. A fumaça do bom direito se levantou, em suma, diante dos indícios de descarte, pela CEF, de documentação de contratos de repasse firmados pelo MTur, sem amparo legal. Essa ocorrência destacou-se dentre os demais indícios de irregularidades que motivaram a presente representação, podendo, inclusive, afetar o seu exame.

7. O perigo na demora, por sua vez, caracterizou-se pelo fato de as informações apresentadas pela CEF não terem demonstrado que a instituição tenha adotado medidas para cessar a prática de descarte ilegal.

8. Esta Corte de Contas deve, portanto, referendar a aludida cautelar suspensiva, nos termos do art. 276, § 1º, do RITCU, dando prosseguimento ao feito.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

ACÓRDÃO Nº 2089/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.527/2018-0.

1.1. Apenso: 005.706/2019-0

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação

3. Representante/Interessado

3.1. Representante: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico do Tribunal de Contas da União (SecexDesenvolvimento)

3.2. Interessado: Caixa Econômica Federal

4. Unidade jurisdicionada: Secretaria Executiva do Ministério do Turismo

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (SecexDesenvolvimento)

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação decorrente de auditoria feita pela Controladoria-Geral da União nas contas anuais ordinárias da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo – exercício de 2015 (TC 001.162/2017-9),

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fulcro no art. 276, § 1º, do RITCU, referendar, até o pronunciamento deste Tribunal a respeito do mérito da representação, a medida cautelar adotada pelo relator por meio do despacho



contido na peça 30 destes autos, transcrito no relatório que acompanha este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes no mencionado despacho;

9.2. dar ciência desta deliberação à Secretaria Executiva do Ministério do Turismo e à Caixa Econômica Federal; e

9.3. retornar os presentes autos à SecexDesenvolvimento para adoção das providências cabíveis e prosseguimento do feito.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2089-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 033.668/2012-4

Natureza: I Pedido de Reexame em Representação

Órgão/Entidade: Caixa Participações S.A.

Interessados: Branes Negócios e Serviços S.A. (15.463.923/0001-57); Caixa Econômica Federal (00.360.305/0653-11); IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada (33.372.251/0001-56)

Representação legal: Nathália Castro de Pina e outros, representando Caixa Econômica Federal; Carlos Magno Martins Vieira Mascarenhas e outros, representando Branes Negócios e Serviços S.A.; Celso Cintra Mori (23.639/OAB-SP) e outros, representando IBM Brasil-indústria Maquinas e Serviços Limitada e Caixa Participações S.A.

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DA DETERMINAÇÃO PARA QUE A CAIXA E A CAIXAPAR DESFIZESSEM A AQUISIÇÃO ACIONÁRIA NA EMPRESA MGHSPE EMPREENDIMENTO E PARTICIPAÇÃO S.A., POR CONTRARIAR A LEI 11.908/2009. SUPERVENIÊNCIA DE LEI PERMITINDO AS AQUISIÇÕES NOS MOLDES QUESTIONADOS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução elaborada por auditor da Secretaria de Recursos, vazada nos termos a seguir transcritos, com a qual anuíram os dirigentes da referida unidade técnica:

Trata-se de pedidos de reexame interpostos pela Caixa Econômica Federal (peça 117) e pelas sociedades empresárias Branes Negócios e Serviços S/A (peça 115) e IBM Brasil - Indústria

Máquinas e Serviços Ltda. (peça 116) contra o Acórdão 894/2015-TCU-Plenário (peça 103), cujo dispositivo apresenta o seguinte teor:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com a Resolução-TCU 265/2014, assinar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S.A. apresentem plano de ação com vistas ao exato cumprimento do art. 2º, caput, da Lei 11.908/2009, contemplando as medidas necessárias ao **desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária, pela Caixapar, na empresa MGHSPÉ Empreendimentos e Participações S.A. (atual Branes Negócios e Serviços S.A.);**

9.2.1 esclarecer à Caixa Econômica Federal e à Caixa Participações S.A. que o plano de ação acima referenciado deverá especificar, no mínimo: I - as ações a serem adotadas para dar cumprimento à determinação; II - os responsáveis pelas ações; III - os prazos para implementação.

9.3. determinar à SecexFazenda que:

9.3.1. autue processo apartado com o objetivo de analisar a aquisição, pela Caixapar, de participações acionárias na MROSPE Empreendimentos e Participações S.A. (atual Habitar), promovendo o chamamento dos interessados para se manifestarem sobre os indícios de ilegalidade que podem conduzir ao desfazimento daquele negócio, ficando autorizada a extração de cópia dos elementos deste processo que lhe digam respeito, bem assim a adoção de quaisquer medidas saneadoras que se fizerem necessárias;

9.3.2. monitore o cumprimento da diretriz contida no item 9.2 supra, representando ao Tribunal em caso de descumprimento;

9.4. nos termos do art. 179, § 7º, do Regimento Interno do TCU, dar ciência desta deliberação, bem como do relatório e voto que a fundamentam, aos interessados, nas pessoas de seus representantes legalmente constituídos nos autos;

9.5. com base no art. 169, inciso II, do Regimento Interno do TCU, encerrar o presente processo, após efetuadas as devidas comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis dotados de efeito suspensivo.

HISTÓRICO

Trata-se de representação formulada pela então 2ª Secex, em que se examina a regularidade da participação da Caixa Participações S.A. (CaixaPar) na constituição das empresas Branes Negócios e Serviços S/A (a partir da então MGHSPÉ Empreendimentos e Participações S.A) e Habitar Negócios e Serviços S.A (a partir da então MROSPE Empreendimentos e Participações S.A).

Este processo cuida especificamente da participação acionária da CaixaPar na Branes. O acórdão recorrido (item 9.3.1) determinou a autuação de apartado relativamente à Habitar (TC 017.417/2015-5), pois a análise ainda dependia de informações complementares e do contraditório com os interessados (por oportuno, informa-se que a participação da Caixa na Habitar foi julgada recentemente, tendo sido considerada legal pelo Acórdão 1.973/2016-TCU-Plenário, cuja cópia foi anexada a estes autos, peça 149).

A Branes é sociedade anônima fechada formada pela IBM Brasil, pelo Grupo Caixa e pela Fundação dos Economistas Federais (Funcef). A IBM detém 51% do capital social. Os 49% restantes foram assim distribuídos: 2% diretamente à CaixaPar e 47% ao Fundo de Investimentos em Participações Caixa Veneza ("FIP Veneza"), de titularidade da CaixaPar (75% do fundo) e da Funcef (com 25% do fundo).

Disso resulta, em última análise, a seguinte composição social da Branes: 51% da IBM; 37,25% da CaixaPar (2% diretamente e 35,25% por sua participação no FIP Veneza) e 11,75% da Funcef (por sua participação no FIP Veneza).

Os negócios jurídicos em questão (participação da Caixa na Branes e na Habitar) situam-se no âmbito do chamado “Projeto Habitat”. A estratégia negocial da Caixa com esse projeto foi a de adquirir participações acionárias em empresas voltadas para a gestão de redes de corretagem imobiliária (a Habitar) e para o processamento de crédito imobiliário (a Branes), empresas essas que então prestariam serviços para a própria Caixa, mediante contratação direta.

Note-se, contudo, que a presente representação não tem por escopo verificar a legalidade da contratação direta das referidas empresas pela Caixa. Esta é questão diversa, para cujo exame, no que se refere à Branes, foi constituído processo específico (TC-029.884/2012-8, ainda não apreciado). No presente feito discute-se apenas a legalidade da participação da CaixaPar na constituição da Branes.

O negócio em exame tem como suporte jurídico o art. 2º da Lei 11.908/2009, verbis:

Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei.

Por meio do acórdão recorrido, o Tribunal considerou ilegal a participação acionária impugnada, fixando prazo à Caixa e à CaixaPar para que apresentem plano de ação com vistas ao desfazimento do negócio.

O motivo determinante desse entendimento foi, nos termos do voto condutor do acórdão recorrido, o de que a atividade exercida pela Branes não se caracteriza como complementar ao setor financeiro, não estando abrangida pela autorização do art. 2º da Lei 11.908/2009.

Isso porque “apesar do setor de crédito imobiliário da Caixa Econômica Federal ser a área beneficiada pelo processo de modernização e otimização, a natureza do serviço prestado é de TI” e “o serviço de TI a ser prestado pela MGH [atual Branes] não possui qualquer característica singular que possibilite seu enquadramento como complementar às atividades do setor financeiro, à luz da Lei 11.908/2009”.

A ementa do acórdão recorrido bem sintetiza esse entendimento:

1. A faculdade temporária criada pela Lei 11.908/2009 restringiu-se à aquisição, pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, de participação em instituições financeiras ou em empresas que exerçam atividades complementares às do setor financeiro, não se inserindo nesse conceito empresas que forneçam serviço de tecnologia da informação.

É contra essa conclusão que se voltam os pedidos de reexame em análise nesta oportunidade, interpostos pela Caixa (peça 117), pela IBM (peça 116) e pela própria Branes (peça 115).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

Ratificam-se as propostas de conhecimento dos recursos (peças 118, 119 e 132), acolhidas pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, conforme Despacho de peça 135.

EXAME DE MÉRITO

I - RAZÕES RECURSAIS

Como objetivo comum, os recorrentes pleiteiam a reforma do acórdão recorrido, para que se julgue regular a participação acionária discutida nos autos. Para tanto, são sustentadas as seguintes teses, valendo-se de argumentos que variam entre os recursos, mas que, no conjunto, podem ser agrupados e sintetizados como se segue.

a) O interesse público que justifica a constituição da Branes:

1) a Lei 11.908/2009 autorizou a Caixa a adquirir participação societária não só em instituições financeiras e entidades equiparadas, mas também em empresas com atuação em “atividades complementares às do setor financeiro”. Trata-se, portanto, de autorização para a Caixa buscar duas espécies distintas de parceiros;

2) o objetivo da lei foi o de conferir à Caixa alternativa legítima de fazer “uso de mecanismos mais eficientes na consecução de seu objeto social, de forma a disputar o mercado em igualdades de condições com instituições financeiras privadas (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal)”;

3) a Lei 11.908/2009 estava em pleno vigor quando a operação societária objeto desta representação foi concluída. Na vigência da referida lei, a Caixa criou a CaixaPar, subsidiária integral destinada à aquisição de participações societárias. Na sequência, adquiriu uma empresa pré-constituída (a então MGHSP, atual Branes) para acelerar os trâmites burocráticos para a formação de uma joint venture e, então, deu início à busca por um parceiro que pudesse tornar mais eficiente o processo de origem do crédito imobiliário;

4) a parceria é relevante, por permitir à Caixa focar em sua atividade principal – a concessão de crédito –, contando com a expertise do parceiro para a otimização das atividades de suporte a essa concessão, tornando o processo mais ágil, confiável e produtivo;

5) a Caixa constituiu grupo de trabalho (Portaria 233/12) buscando realizar um mapeamento de potenciais parceiros. Três apresentaram propostas, tendo as conclusões técnicas do grupo de trabalho indicado a IBM como a empresa mais capacitada, dada sua ampla experiência em Terceirização de Processos do Negócio (ou BPO, em inglês);

6) nos termos do Acordo de Acionistas (peça 10) celebrado entre os sócios constituintes da Branes, a Caixa detém efetivo compartilhamento do controle da atuação da citada empresa, por meio da indicação de membros para o Conselho de Administração da sociedade e a possibilidade conferida a esses membros de poder de veto nas situações previstas no referido acordo;

7) ademais, a IBM comprometeu-se a investir R\$ 86,7 milhões na Branes (contra R\$ 83,3 milhões de investimentos do Grupo Caixa), de forma que se a parceria visasse à mera prestação de serviços de TI, como considerado pelo acórdão recorrido, não faria sentido que a IBM realizasse aportes dessa magnitude na sociedade.

b) Equívoco na interpretação do art. 2º da Lei 11.908/2009:

1) o acórdão recorrido concluiu, acertadamente, que as atividades desempenhadas pela Branes não se equiparam às do setor financeiro. Ocorre que no art. 2º da Lei 11.908/2009 há duas previsões: 1) a de atividades típicas do setor financeiro (instituições financeiras em sentido próprio, assim como “empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964”) e 2) a de empresas “dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro”. É exatamente nesse segundo segmento que se enquadram as atividades da Branes;

2) o acórdão recorrido buscou interpretar o que seriam atividades complementares às do setor financeiro a partir do rol exemplificativo e da remissão à Lei 4.595/1964 (cf. §§ 27 e 28 do Voto). No entanto, essas referências são válidas para a primeira parte do dispositivo da lei,

relativa às atividades do setor financeiro e equiparadas pela Lei 4.595/1964 (securitárias, previdenciárias, de capitalização). Quanto à segunda parte, contudo, “a redação da lei, ao contrário do previsto no acórdão, não delineia nem prevê quais ramos são considerados complementares ou não às do setor financeiro”;

3) o acórdão incorre, assim, em erro de interpretação do dispositivo legal, que enumera dois núcleos, duas categorias distintas de instituições suscetíveis de aquisição e participação acionária: (1) empresas financeiras e equiparadas, e (2) empresas de ramos complementares às do setor financeiro. “A hermenêutica utilizada pelo acórdão erroneamente combinou o enunciado exemplificativo da segunda parte do artigo 2º da Lei 11.908/09 com o rol taxativo da sua primeira parte”;

4) o acórdão equivoca-se ao definir quais seriam as atividades complementares referidas na Lei 11.908/2009, concluindo ser aquelas securitárias, previdenciárias e de capitalização (§ 27 do Voto). Ocorre que se as empresas que atuam nesses ramos (securitário, previdenciário, de capitalização e demais segmentos previstos na Lei do Sistema Financeiro Nacional) encerrassem o espectro de possíveis parceiros da Caixa, o dispositivo não conteria o trecho final: “além dos ramos de atividades complementares”;

5) as atividades complementares às do setor financeiro não são aquelas definidas na norma, mas justamente as não definidas na norma, ou seja, outras atividades que não securitárias, previdenciárias, de capitalização ou afetas aos demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei 4.595/1964. A definição de quais são as atividades complementares às do setor financeiro é dada pelo Banco Central, no exercício de atividade regulatória típica, nos termos da Lei do Sistema Financeiro e da Resolução CMN 2.723/2000.

c) Erro de fato na caracterização da Branes como prestadora de serviços de TI:

1) “processamento de crédito” não significa “processamento de dados”. A efetiva entrega de recursos ao tomador é apenas o último passo da concessão do crédito imobiliário. Antes dessa etapa final, no entanto, há uma série de atividades preparatórias, de “originação do crédito”: coleta e exame de dados do proponente, como renda e perfil de endividamento; valor do imóvel a ser financiado etc.;

2) a atuação da Branes nessas atividades antecedentes (“originação do crédito”) permitirá à Caixa otimizar o processamento do crédito imobiliário. Além disso, a base de informações coletadas pela Branes nessa etapa permitirá a prospecção de novos negócios para a Caixa;

3) a reunião das expertises da Caixa e da IBM possibilitará o desempenho, pela Branes, de relevantes tarefas da originação de crédito, como o fluxo eletrônico de documentos; verificação automatizada de possíveis fraudes; análise de elegibilidade para uso do FGTS; transparência aos clientes sobre o andamento das propostas de crédito, gerando alertas via SMS e e-mail para que o cliente conheça e resolva tempestivamente as pendências para assinatura do contrato; helpdesk para os usuários e atendimento dos clientes via chat na internet, para esclarecer dúvidas sobre o andamento do processo; redução, para até dois dias úteis, do prazo médio de contratação, que hoje é superior a um mês; automatização da verificação da averbação do contrato no Registro de Imóveis etc.;

4) “não há que prevalecer a afirmação de que a Branes prestaria um serviço comum ou exclusivo de TI”. A prova documental constante dos autos demonstra justamente o contrário do afirmado pelo acórdão, ou seja, demonstra que a Branes não presta meros serviços de Tecnologia da Informação para a Caixa, e sim todo um conjunto de atividades próprias da concessão de crédito em sua etapa inicial (a originação de crédito);

5) há, no caso concreto, uma união colaborativa destinada a atuar, em conjunto, perante terceiros (a relação dos proponentes com a Caixa se dará por intermédio da Branes). Essa atuação da Branes na originação do crédito possibilitará à Caixa a ampliação de sua atuação no segmento imobiliário, com maior eficiência e qualidade dos serviços oferecidos, a expansão geográfica da distribuição e a inteligência de negócios integrados, fortalecendo e assegurando a posição de liderança da companhia no setor imobiliário.

d) Desconsideração do mérito da regulação da matéria pelo Banco Central:

1) a participação de instituições financeiras no capital de quaisquer sociedades está sujeita à prévia autorização do Banco Central, por força de regulamentação do Conselho Monetário Nacional. Excetuadas as participações societárias típicas de carteiras de investimento, só são admitidas participações em empresas que exerçam atividades complementares ou subsidiárias às da instituição participante (Resolução CMN 2.723/2000, art. 8º, § 2º);

2) em cumprimento à citada normatização, a Caixa formulou consulta ao Banco Central, obtendo resposta formal e positiva quanto ao enquadramento das atividades da Branes como complementares à da instituição participante (Caixa). A participação acionária em causa foi expressamente autorizada pelo Banco Central, que enquadrou a atividade como complementar às do setor financeiro;

3) o art. 2º da Lei 11.908/2009 utiliza um conceito aberto ou indeterminado (“atividades complementares às do setor financeiro”), sujeito a interpretações distintas. Em sendo plausíveis as distintas interpretações e subsistindo conflito entre o Banco Central e o TCU em declarar qual atividade é ou não complementar ao setor financeiro, deve prevalecer a competência do órgão legalmente constituído como Autarquia regulatória do setor financeiro (princípio da deferência do direito regulatório), sob pena de introduzir-se “um risco para a segurança jurídica do jogo regulatório”;

4) o acórdão recorrido “viola o princípio da segurança jurídica ao tentar desfazer as conclusões do BACEN após três anos”, sem qualquer fundamentação razoável para “negar que as etapas que logicamente antecedem a entrega de recursos ao tomador do empréstimo devem ser tidas como atividades complementares ao setor financeiro”;

5) a investigação do mérito das decisões dos órgãos reguladores pelo TCU ofende o princípio da separação de poderes, considerando que a regulação do setor financeiro é feita pelo Banco Central na qualidade de agência especializada do Poder Executivo e atuando sob o regime regulatório atribuído a este Poder.

e) Inexigibilidade de pré-constituição da empresa:

1) o acórdão defende a premissa de que a lei só teria autorizado a Caixa a adquirir participações societárias em empresas operacionais no momento da aquisição (§ 23 e 25 do Voto), “por imperativo lógico”. Mas a lei em comento não traz essa exigência. O acórdão acrescentou na norma exigência que ela não contém, em afronta ao princípio da legalidade;

2) aliás, “em sendo a Branes uma união de esforços entre os parceiros IBM e Caixa para prestação de serviços singulares, é natural que a sua operação não seja preexistente à parceria. Ora, se o esforço de um único sócio fosse possível para concretizar os objetivos sociais da Branes, não teria sentido a formação de uma nova empresa”;

3) até por isso, o art. 3º da Lei 11.908/2009 disciplina que a realização dos negócios jurídicos mencionados nos arts. 1º e 2º “poderá ocorrer sob qualquer forma de aquisição de ações ou participações societárias previstas em lei”, ou seja, pode ocorrer mediante a compra, a permuta, a conversão, a capitalização de lucros e reservas, a subscrição de ações ou a

participação em sociedade já existente ou para constituição de nova sociedade. Não há obrigação legal de prévio exercício da atividade pela sociedade investida.

f) Inexistência de impedimento pelo fato de a atividade já ser exercida pela Caixa:

1) o acórdão (§ 39) também invoca como irregular o fato de a atividade de originação de crédito imobiliário ser preexistente no âmbito da Caixa, ou seja, tratar-se de atividade já exercida pela Caixa;

2) com efeito, a Caixa identificou uma fragilidade relevante no seu modelo de negócios de concessão de crédito imobiliário, tendo buscado na Branes a solução para aprimorar as atividades de suporte ao processamento de crédito, para evitar que clientes migrem para outros bancos que dispõem de mecanismos mais ágeis;

3) não há irregularidade no fato, já que o ineditismo da atividade não é requisito da Lei 11.908/2009. O objetivo da lei é justamente permitir que a Caixa aumente a eficiência em nichos estratégicos do mercado financeiro. Em nenhum momento a referida lei exige a concepção de uma nova atividade para que a Caixa fosse autorizada a adquirir participação na companhia-alvo.

g) Desnecessidade de a Branes atuar com a Caixa “como um conglomerado”:

1) o voto condutor invoca outra condição não prevista em lei para que atividade desempenhada pela Branes pudesse ser classificada como complementar ao setor financeiro, ao afirmar que referida empresa deveria atuar “em conjunto com a Caixa/CaixaPar (...) como um conglomerado” (item 27 do voto);

2) prova disso é que o art. 2º da Lei 11.908/2009 autoriza a Caixa a adquirir participação “com ou sem o controle do capital social”. Ora, em se tratando de aquisição sem controle, é possível que não haja a atuação conjunta da Caixa com a empresa adquirida como um “conglomerado”. Logo, não há como sustentar que tal exigência é condição imprescindível para a validade da aquisição;

3) ademais, a Lei 11.908/2009 autoriza até mesmo a realização de negócios jurídicos com sociedades do ramo da construção civil (art. 3º, parágrafo único). Assim, é evidente que a empresa adquirida não necessariamente “deveria operar em conjunto com a Caixa/CaixaPar no mercado financeiro, ambas atuando como um conglomerado”.

h) A contratação direta da Branes como matéria estranha ao processo:

1) para justificar a ilegalidade da constituição da Branes nesta Representação, o Tribunal argumenta com a ilegalidade da contratação direta daquela empresa pela Caixa, tema que é objeto de outro processo (TC 029.884/2012-8), ainda não apreciado. O Tribunal, portanto, “julgou fora dos autos”, extrapolando os limites da presente Representação, em evidente nulidade: saber se devem incidir ou não os arts. 24 e 25 da Lei de Licitações não está em discussão nos presentes autos; “trata-se de causa distinta e ainda pendente de julgamento”;

2) como, porém, o acórdão recorrido avançou sobre o tema, argumenta-se, em contraposição, que “a contratação da Branes por dispensa de licitação é uma consequência lógica da estrutura de controle compartilhado. Ainda que não coubesse a hipótese de dispensa, a contratação ocorreria por inexigibilidade de licitação, pois a Caixa está selecionando um parceiro estratégico e não um mero prestador de serviços. Não há critérios objetivos para seleção de parceiro estratégico, o que inviabilizaria a realização de licitação para essa finalidade”.

II - ANÁLISE

A questão central do processo consiste em saber se as atividades que constituem o objeto social da Branes enquadram-se ou não no conceito de “atividades complementares às do setor financeiro”, estando ou não abrangidas na previsão do art. 2º, parte final, da Lei 11.908/2009.

O acórdão recorrido entendeu que não. Mas, a par dessa questão central (alvo das objeções descritas nas alíneas “a” a “d” da síntese das razões recursais), também invocou outros argumentos de reforço, a saber: a necessidade de pré-constituição da empresa; a exigência de atuação conjunta com a Caixa, nos moldes de um conglomerado; o requisito de tratar-se de atividade ainda não exercida pela Caixa; a ilegalidade da contratação direta da referida empresa pela Caixa. Todos esses pontos foram enfrentados nos recursos, devendo ser considerados no presente exame.

A análise será iniciada pelas questões indicadas nas alíneas “e” a “h” da síntese das razões recursais, após o que será examinada a natureza propriamente dita das atividades da Branes e seu enquadramento no permissivo da Lei 11.908/2009 (alíneas “a” a “d”), por ser o núcleo da controvérsia. Na análise será levada em consideração a superveniência da Lei 13.262/2016, referida oportunamente.

Da contratação direta da Branes pela Caixa

A possibilidade ou não da contratação direta da Branes pela Caixa é questão intimamente relacionada ao objeto deste processo, que consiste na legalidade da participação da Caixa na constituição da referida empresa. Não obstante essa conexão, as duas questões conservam sua autonomia, viabilizando também a alternativa de exame em separado. E esta foi a abordagem escolhida pelo Tribunal, ao constituir processo específico para discutir a contratação da Branes pela Caixa (o TC 029.884/2012-8, ainda pendente de julgamento).

Dada a separação dos temas em processos distintos, cada um com objeto bem delimitado, entende-se assistir razão aos recorrentes quando arguem que a problemática da contratação direta não pode ser invocada nestes autos para justificar a ilegalidade da participação da Caixa no capital da Branes (cf. §§ 41-53 do Voto do acórdão recorrido). É que, em respeito aos princípios do contraditório e do devido processo legal, tal discussão não pode se dar sem a devida interlocução com os interessados, que está sendo travada naquele outro processo.

Ademais, restaria indagar: se não houver a contratação direta da Branes, seria legal a participação societária da Caixa na referida empresa? Ou ainda assim subsistiria a necessidade de examinar se a Caixa poderia ter constituído, em conjunto com outros parceiros privados, uma empresa prestadora de serviços que, supostamente, não seriam complementares aos do setor financeiro?

A existência deste processo (TC 033.668/2002-4) distinto daquele outro (TC 029.884/2012-8) só se justifica porque o Tribunal adotou a segunda premissa, de que a regularidade ou não da participação da Caixa no capital da Branes pode ser examinada independentemente de como ocorreria sua futura contratação pela Caixa.

É bem verdade que as discussões travadas nos autos deixaram subjacente a ideia de que a intenção de promover a contratação direta da Branes pela Caixa teria sido um dos motivos determinantes da formação da joint venture que se concretizou na constituição da Branes; haveria, portanto, um vício de origem, a invalidar todo o negócio em questão.

Veja-se, no entanto, que essa conclusão dependeria da demonstração de duas outras premissas: a de que não pode haver a aludida contratação direta e a de que sem a possibilidade de contratação direta, o negócio não pode subsistir com a participação da Caixa. Ocorre que tais premissas não podem ser assumidas sem maiores considerações e, mais que isso, sem o devido

contraditório com os interessados. E é certo que tal tema não está em julgamento nestes autos, por expressa deliberação do Tribunal, que optou por criar processo próprio para examinar a matéria.

Assim sendo, não há como a presente análise deixar de se circunscrever ao específico objeto deste processo, a saber: a viabilidade jurídica de a Caixa participar da constituição de uma sociedade privada que tem por objeto social atividades que, em uma primeira análise, o Tribunal entendeu não se enquadrarem na permissão dada pela Lei 11.908/2009.

É essa a controvérsia que cumpre analisar, razão por que não serão considerados, doravante, aspectos atinentes à possibilidade ou não de contratação direta da referida empresa – questão objeto de processo próprio, que ainda será submetido à deliberação do Tribunal.

Da superveniência da Lei 13.262/2016

Embora não suscitada nos recursos nem em razões complementares, a superveniência da Lei 13.262/2016 é fato jurídico relevante, podendo ser considerado de ofício pelo Tribunal. Referida norma estendeu o prazo para aplicação do art. 2º da Lei 11.908/2009 para até 31 de dezembro de 2018, assim como ampliou as possibilidades de sua incidência.

Sobre a questão, observa-se que a autorização dada à Caixa e ao Banco do Brasil para aquisição de participações acionárias em outras empresas vigorava até 30/6/2011, conforme o art. 2º, § 4º, da Lei 11.908/2009. No entanto, esse mesmo dispositivo autorizou o Poder Executivo a estender esse prazo por mais doze meses (até 30/6/2012), o que foi feito pelo Decreto 7.509/2011. Ocorre que posteriormente a MP 695/2015 veio a renovar as medidas previstas na Lei 11.908/2009, além de estender o prazo em questão para até 31/12/2018.

Durante a votação da MP 695/2015 foi apresentado projeto de lei de conversão, introduzindo sensíveis alterações, inclusive ampliando as hipóteses de incidência da Lei 11.908/2009 – projeto esse que veio a ser aprovado, transformando-se na Lei 13.262/2016.

No curso dos debates parlamentares perante a Câmara e o Senado, o Relator da lei de conversão da MP 695/2015 houve por bem apresentar projeto substitutivo, ao qual ainda foram apresentadas 26 emendas (das quais uma foi acolhida). A lei aprovada e sancionada apresenta o seguinte teor, no que interessa mais diretamente à discussão nestes autos:

Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão constituir ou adquirir participação em empresas, inclusive no ramo de tecnologia da informação, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

§ 1º A autorização prevista no caput é válida até 31 de dezembro de 2018.

As implicações da nova lei no debate serão feitas ao longo do exame de cada tese suscitada nos recursos. Por ora, é oportuno destacar apenas um aspecto geral, relacionado à natureza das medidas de fortalecimento institucional da Caixa e do Banco do Brasil e à aplicabilidade da Lei 13.262/2016 aos fatos discutidos neste processo.

A esse respeito, observa-se que a renovação, em 2016, da autorização inicialmente conferida em 2009 não permite conferir excessivo prestígio à chamada interpretação histórica, haurida da exposição de motivos da então MP 443/2008, que deu origem à Lei 11.908/2009 (cf. § 19 e ss. do Voto). Ou pelo menos não se deve partir do pressuposto de que a lei tinha por propósito enfrentar uma situação de crise episódica e já superada, devendo, ao contrário, ser vista como uma estratégia de fortalecimento dos dois bancos públicos (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal), estratégia essa que o legislador de 2016 considera ainda pertinente.

Nessa linha, é também necessário deixar assente a própria aplicabilidade da Lei 13.262/2016 aos fatos ocorridos na vigência da Lei 11.908/2009. Da existência dos dois textos legais não se

deve entender que resultam dois conjuntos normativos, aplicáveis cada qual unicamente aos fatos ocorridos durante sua vigência, não se aplicando o brocardo *tempus regit actum*.

É que a lei de 2016 realiza claro reenvio à norma anterior, evidenciando inequívoca intenção do legislador de estabelecer uma continuidade do regime iniciado com a Lei 11.908/2009, ampliando-o e estendendo-o até 2018 (cf. art. 1º, § 1º, da Lei 13.262/2016).

Nesse contexto, não faria sentido, por exemplo, determinar a anulação de um negócio jurídico por violação à Lei 11.908/2009 se, uma vez anulado, o mesmo negócio pudesse ser refeito na sequência, por ser considerado válido à luz da legislação superveniente (no caso, a Lei 13.262/2016).

Não se pretende, com tal argumento, adiantar juízo sobre a regularidade ou não da operação em exame nos autos. Quer-se apenas evidenciar que a validade do negócio jurídico em questão deve necessariamente ser analisada não apenas sob a ótica da legislação pretérita, mas também da norma posterior que veio a disciplinar a mesma matéria. É essa a premissa adotada no exame que se segue.

Da exigência de prévia operação da sociedade empresária

Esse é um dos pontos esclarecidos pela Lei 13.262/2016, como se verá no decorrer da análise.

Ficou evidenciado nos autos que a então MGH (atual Branes) não era operacional quando de sua aquisição pela CaixaPar. O que efetivamente se objetivava a constituição de uma nova companhia, tendo a CaixaPar aproveitado uma já constituída (a então MGH) para agilizar os trâmites burocráticos – como expressamente indica-se nos recursos.

Não é objetivo deste processo, notadamente nesta fase recursal, discutir o aproveitamento de “empresas de prateleiras” em negócios dessa espécie. Tal prática pode ser vista com reservas, mas é aceita pelo direito empresarial brasileiro, que trata a operação como mera transferência de cotas de sociedade pré-existente para os novos titulares, tudo devidamente registrado perante os órgãos competentes.

Ademais, é próprio desse tipo de operação, admitida pelo direito, que a sociedade pré-constituída não esteja em operação efetiva, como ocorreu no caso em exame (lembrando-se que o efetivo exercício do objeto social não é um dever jurídico em nosso ordenamento; a empresa pode se manter em estado não operacional, desde que observe as obrigações fiscais, tributárias etc. que decorrem da simples existência da sociedade).

Nos termos do acórdão recorrido, notadamente dos §§ 24 e 25 do Voto, o Tribunal concluiu que a operação envolvendo a Branes não poderia se enquadrar no permissivo da Lei 11.908/2009, “pois, por imperativo lógico, o exercício da atividade deveria preceder a constituição da empresa”, ou seja, seria necessário que “a MGH exercesse atividade correlata ao setor financeiro antes de sua constituição pela CaixaPar”.

A conclusão do acórdão recorrido, portanto, é a de que a empresa alvo da operação autorizada pela Lei 11.908/2009 já deve ser operacional antes que a operação se concretize, por imperativo lógico.

É o que cumpre examinar neste tópico.

Sobre o tema, observa-se que, em última análise, o fundamento adotado pelo Tribunal levaria à conclusão de que a Lei 11.908/2009 não permite a constituição de novas sociedades empresárias, mas tão somente a aquisição de cotas ou ações de sociedades já constituídas, pois estas precisariam ser operacionais para se enquadrar na previsão da referida lei.

Contra tal entendimento os recorrentes alegam que a exigência de efetiva operação não está presente na lei e acrescentam dois argumentos relevantes para justificar a possibilidade de constituição de nova sociedade (que, evidentemente, não seria operacional, pois estaria sendo constituída), e não apenas a participação em empresas já existentes:

a) se o que se busca na formação de uma joint venture é a união de esforços e o compartilhamento de expertises entre os parceiros, é natural que a operação não seja preexistente à parceria;

b) o art. 3º da Lei 11.908/2009 estabelece que os negócios jurídicos de que trata aquela lei podem ocorrer não só pela aquisição de ações (de sociedades existentes), mas também “sob qualquer forma de participações societárias previstas em lei”. Ou seja, estão o Banco do Brasil e a Caixa autorizados a ingressar em sociedade já existente ou a participar da constituição de nova sociedade, pois ambas são operações societárias previstas em lei.

De uma análise do art. 3º da Lei 11.908/2009 poderia se concluir pela inviabilidade de formação de novas sociedades, caso se atribuísse ao termo “aquisição” (“de ações ou participações societárias”) um sentido estritamente literal, para compreender apenas negócios que tenham por objeto sociedades já constituídas, cujas ações ou cotas representativas de seu capital seriam adquiridas.

Esse entendimento – de operações societárias com empresas já constituídas e operacionais – poderia até ser visto como razoável no que se refere à participação dos referidos bancos públicos (Caixa e Banco do Brasil) em outras instituições financeiras propriamente ditas, no contexto de consolidação do sistema financeiro, em que instituições maiores adquirem concorrentes de pequeno e médio portes, consolidando sua posição no mercado.

O mesmo movimento de consolidação não se observa, porém, no que diz respeito ao ramo de atividades complementares, formado por empresas de prestação de serviços não financeiros. Para esse segmento de atividades complementares, a proibição de constituição de novas sociedades (e não apenas a aquisição de empresas já operacionais) talvez não fosse a melhor exegese da Lei 11.908/2009.

O fato é que o legislador de 2016 – indo além do que previa a própria Medida Provisória 695/2015 – fez aprovar a Lei 13.262/2016, incluindo expressamente a possibilidade de constituição de novas sociedades, e não só a aquisição de ou participação em sociedades já existentes.

Nesse sentido, a MP 695/2015 previa originalmente o seguinte, em seu art. 1º:

Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, **poderão adquirir participação** nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

A Lei 13.262/2016, resultante do Projeto de Lei de Conversão 28/2015, conferiu a seguinte redação ao dispositivo, para prever a possibilidade de constituição de novas sociedades:

Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, **poderão constituir ou adquirir participação em empresas**, inclusive no ramo de tecnologia da informação, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

Portanto, a opção do Congresso Nacional ao editar a Lei 13.262/2016 foi a de expressamente autorizar que os negócios a que se refere o art. 2º da Lei 11.908/2009 possam ter por objeto tanto a participação no capital social de empresa já existente quanto a constituição de novas sociedades (que, por óbvio, ainda não serão operacionais).

Conclui-se, portanto, que o requisito de participação apenas em sociedades já operacionais não foi acolhido pelo legislador, ao autorizar a Caixa e o Banco do Brasil a utilizarem a permissão da Lei 11.908/2009 também para constituírem novas sociedades.

Em assim sendo, entende-se que a exigência de prévio exercício da atividade social não deve subsistir como fundamento do acórdão recorrido, sob pena de estabelecer-se um critério que o próprio legislador, supervenientemente, houve por bem afastar como condição para incidência da Lei 11.908/2009.

Do impedimento por se tratar de atividade já desenvolvida pela Caixa

Nos §§ 39 e 40 do Voto condutor do acórdão recorrido destaca-se que o negócio de origemação de crédito imobiliário não surgiu da então MGH (atual Branes), mas “já existia antes da criação dessa empresa e sua titularidade e propriedade são da Caixa”.

Sobre o tema, entende-se serem procedentes as razões recursais, quanto ao fato de que a Lei 11.908/2009 não exige o ineditismo da atividade da sociedade a ser adquirida ou mesmo constituída, ao autorizar a participação em empresas do segmento de “atividades complementares às do setor financeiro”. Como complementares que são, é da própria natureza dessas atividades não serem estranhas ao negócio da instituição participante.

Assim, mais que o caráter inovador da atividade, o que se deve considerar é a sinergia que resulta da participação societária pretendida e a adequação dessa participação à estratégia de negócios da instituição participante. Esse é o critério utilizado pelo Banco Central não só no exame das autorizações conferidas pela Lei 11.908/2009 ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, mas que, de resto, é aplicado a todas as instituições financeiras, mesmo as privadas, para poderem participar do capital social de empresas que exerçam atividades complementares às do setor financeiro (cf. art. 2º da Resolução CMN 4.062/2012).

Sob essa ótica, o que a Lei 11.908/2009 fez, no particular, foi estender à Caixa Econômica e ao Banco do Brasil a mesma possibilidade já desfrutada pelos bancos privados, sob a justificativa de equalizar as condições de competitividade, haja vista que “os principais bancos públicos do País, o BB e a CEF, têm restrições a sua atuação num eventual processo de consolidação do sistema financeiro nacional”, segundo a exposição de motivos da MP 443/2008.

Entende-se não ser viável, assim, extrair da Lei 11.908/2009 a impossibilidade de participação em empresas cujo objeto social contemple atividades que já eram realizadas pela instituição participante como complementos de suas atividades fins.

Da necessidade de atuação como um conglomerado

Está implícito na autorização conferida pelo art. 2º da Lei 11.908/2009 que a participação do Banco do Brasil e da Caixa em empresas afins deve ter por objetivo aprimorar e modernizar as atividades bancárias e financeiras daquelas estatais, pois esse fortalecimento institucional é a razão de ser da citada lei.

Para que esse objetivo seja alcançado, é necessário que a Caixa (ou o BB, conforme o caso) detenha poderes especiais de governança na sociedade privada em que investirem, de maneira a poder efetivamente influenciar na condução de seus negócios, direcionando-os para o atingimento dos fins que inspiraram a autorização legislativa.

É nesse sentido que se deve entender a necessidade aludida no acórdão recorrido, de uma atuação conjunta, mais estreita, nos moldes de um conglomerado (cf. § 28 do Voto). A expressão “conglomerado”, no entanto, apenas ilustra essa participação mais intensa, não podendo ser entendida como a exigência de um controle societário em sentido técnico, sob pena de inserir-se condição não prevista na lei.

Com efeito, uma situação de controle compartilhado, que permite a efetiva participação da Caixa na governança corporativa da sociedade investida, pode se dar de duas formas previstas na legislação de direito empresarial: pelo controle acionário majoritário ou, então, por força de direitos assegurados em acordo de acionistas.

Nessa linha, a própria lei das S.A. é clara ao prever a utilização de acordos de acionistas para conferir poderes de direção das atividades sociais a quem não detenha a maioria do capital votante. Esse aspecto é pacífico na doutrina e na jurisprudência, até por se tratar de aplicação direta do que está previsto nos arts. 116 e 118 da referida lei, que expressamente admitem a validade de acordos sobre o poder de controle da sociedade. Trata-se de mecanismo legítimo e usual de compartilhamento do poder diretivo nas sociedades sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, os pareceres emitidos nos autos pelos juristas José Paulo Sepúlveda Pertence (peça 73, p. 4-31), Carlos Ayres Britto (peça 71, p. 3-50), Gustavo Binenbojm (peça 62, p. 360-405), Carlos Ari Sundfeld (peça 23, p. 35-91), Marçal Justen Filho (peça 72, p. 3-100), Modesto Carvalhosa (peça 69, p. 3-40) e Adilson Abreu Dallari (peça 24, p. 159-192).

Nota-se que não se adianta aqui qualquer juízo sobre saber se tal mecanismo de controle permitiria ou não a contratação direta da sociedade investida pela instituição pública dela participante. Tal tema, como dito, pende de apreciação do Tribunal em processo específico. O que se pretende demonstrar é que, no caso concreto, entre a Caixa e a Branes há uma relação empresarial diferenciada, já que o acordo de acionistas celebrado em 2012 (peça 10) proporciona à Caixa condições efetivas de intervir na direção da Branes e orientar suas atividades para uma atuação harmônica com a da própria Caixa.

Esse aspecto é suficiente – na mesma linha dos pareceres indicados acima – para atender ao imperativo que se deduz da Lei 11.908/2009, de que a Caixa e o Banco do Brasil detenham poderes suficientes para influir de modo efetivo nas deliberações da sociedade de que venham a participar, assim como poderes para fiscalizar de modo direto a regularidade do empreendimento, de forma a assegurar que atinjam os fins que motivaram a participação da empresa estatal.

A Lei 11.908/2009 não exige, porém, que a empresa estatal (BB ou Caixa) detenha a maioria do capital da sociedade investida, pois expressamente previu que as participações poderiam ocorrer “com ou sem controle acionário”.

Sob esse ponto, portanto, entendem-se procedentes as razões recursais, na linha de que a atuação conjunta (como um “conglomerado”) deve ser vista como a necessidade de efetiva participação da empresa estatal na gestão da empresa privada investida, o que pode ser assegurado por força de acordo de acionistas, e não só pela efetiva formação de um conglomerado empresarial em sentido próprio.

Assim, sob esse específico aspecto, a ausência de controle acionário ou a inexistência de formação de um só grupo empresarial não é suficiente para fundamentar a invalidade do negócio jurídico em exame, pois tal possibilidade foi expressamente admitida pela lei, ao prever, como dito, participações “com ou sem controle acionário”.

Da qualificação das atividades desenvolvidas pela Branes

É razoável concluir que a Lei 11.908/2009 respalda apenas participações societárias de caráter estratégico para a instituição financeira pública participante, tendo em vista o objetivo da lei de fortalecer as citadas instituições estatais, não só no atual cenário de consolidação do mercado financeiro como, de ordinário, em razão do ambiente de alta competitividade em que atuam.

Nesse sentido, não seriam estratégicas – logo, estariam vedadas – participações acionárias em empresas de prestação de serviços comuns, como os de “segurança, limpeza, manutenção” prediais (§ 38 do voto). Sem dúvida tais atividades não se enquadrariam no conceito de “atividades complementares à do setor financeiro”, tal como a expressão tem sido utilizada nas normas atinentes ao sistema financeiro nacional (a exemplo da já citada Resolução CMN 4.062/2012), que se preocupam com uma complementariedade qualificada para que seja permitida a participação pretendida.

A dificuldade do presente processo reside exatamente no fato de que o objeto social da Branes, relacionado às etapas iniciais do processo de contratação de crédito imobiliário (como enfatizam os recorrentes) ou até mesmo dos serviços de TI correlatos (como assenta o acórdão recorrido), distingue-se bastante daquelas atividades citadas, tendo a operação, inclusive, recebido manifestação favorável do Banco Central (responsável pelo exame qualitativo da participação das instituições financeiras, públicas ou privadas, no capital de outra sociedade empresarial, por força da Resolução CMN 4.062/2012, excetuadas as participações societárias típicas de carteiras de investimento).

Note-se que mesmo os órgãos públicos, que não mantêm, de ordinário, setores ou servidores próprios nas funções de limpeza, segurança e conservação, mantêm tais servidores e setores especializados nas atividades de TI, dado o caráter complementar e marcadamente estratégico dessa área para as organizações em geral.

É objetivo da Lei 11.908/2009 permitir que as duas principais instituições financeiras do governo federal (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) se fortaleçam, estabelecendo, para tanto, parcerias estratégicas por meio de participações societárias em empresas privadas que possam contribuir para o melhor desempenho do objeto social dos próprios bancos estatais participantes.

Essa estratégia, concebida em 2008, por iniciativa do Poder Executivo (MP 443/2008) e chancelada pelo Poder Legislativo (Lei 11.908/2009), foi reiterada posteriormente (MP 695/2015) e mais uma vez autorizada pelo Congresso Nacional (Lei 13.262/2016), que inclusive ampliou as possibilidades de parceira inicialmente previstas na MP.

Não se pode deixar de considerar que os limites dessas parcerias constituem, também, uma decisão política em sentido estrito, já que toda participação de empresa pública ou sociedade de economia mista em uma empresa privada requer prévia autorização legislativa, sendo o Congresso Nacional a sede em que o exame da conveniência e oportunidade da medida será avaliada, como estabelece o art. 37, XX, da Constituição Federal:

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas [empresas públicas e sociedades de economia mista] em empresa privada;

No caso em exame, a autorização legislativa foi dada em termos inicialmente mais restritos: a Lei 11.908/2009 referia-se unicamente a empresas financeiras e a empresas com atividades complementares às do setor financeiro.

Nesse contexto, seria relevante a discussão em saber se as atividades que compõem o objeto social da Branes envolveriam serviços típicos de TI ou se, ao contrário, seriam complementares às do setor financeiro, por estarem associadas às etapas iniciais da concessão de crédito imobiliário, sendo os serviços de TI meramente instrumentais dessa fase de originação do crédito.

Entende-se que a necessidade dessa discussão ficou superada com o advento da Lei 13.262/2016. Com efeito, por expressa previsão legislativa a autorização da Lei 11.908/2009 foi

estendida para a participação da Caixa e do Banco do Brasil em empresas de tecnologia da informação, como estabelecido no art. 1º da Lei 13.262/2016:

Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão constituir ou adquirir participação em empresas, inclusive no ramo de tecnologia da informação, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

As duas previsões (da Lei 11.908/2009 e da Lei 13.262/2016) devem ser combinadas, tendo em vista não só as finalidades que inspiraram a autorização legislativa em pauta, mas também a expressa remissão que a lei posterior faz aos “termos e condições previstos no art. 2º da Lei 11.908, de 3 de março de 2009”.

Da junção das duas normas é possível concluir que a participação acionária autorizada pelo Congresso Nacional deve-se ater a atividades complementares (destinadas a auxiliar a própria atividade-fim da instituição participante), ainda que tais atividades ostentem caráter marcadamente de TI.

O que deve ser avaliado é a vinculação das atividades da empresa participada ao objeto social da empresa estatal participante, de modo a conferir uma sinergia capaz de trazer eficiência à atuação desta última, à luz do objetivo maior de conferir igualdades de competição das duas principais empresas financeiras estatais (BB e CEF) com seus concorrentes privados – sem o que não se atinge o papel de fortalecimento institucional almejado pela Lei 11.908/2009.

No caso concreto, as atividades que formam o objeto social da Branes, conquanto fortemente (mas não exclusivamente) associados à área tecnológica, são inegavelmente instrumentais do objeto social da própria Caixa, devendo a empresa parceira atuar exclusivamente na atividade de processamento do crédito imobiliário (o que não se confunde com “processamento de dados”).

Não se trata de uma empresa criada para prestar serviços genéricos de TI ao mercado ou à própria Caixa. A Branes destina-se exclusivamente a atuar nas etapas iniciais, ou seja, na originação do crédito imobiliário (recebimento e avaliação de propostas etc.) – crédito esse a ser, ao final, concedido ou negado por decisão exclusiva da própria Caixa, a partir dos subsídios recebidos das análises de mercado e das condições dos proponentes, realizadas pela empresa parceira.

Eventual desvirtuamento dos objetivos declarados para a participação da Caixa na Branes constituirá razão para a invalidade do negócio, não só porque o regime jurídico administrativo repudia o desvio de finalidade, como também porque, por via transversa, estariam as partes a ignorar o conteúdo específico das Leis 11.908/2009 e 13.262/2016 e, assim, atuando sem a autorização legal exigida pelo art. 37, XX, da Constituição Federal. Mas não há como presumir-se, de antemão, que os fins sociais da Branes serão, no futuro, desvirtuados.

É certo que as implicações de parcerias duradouras com sócios privados são tantas que se justifica a cautela de que operações desse tipo não se realizem a critério da própria empresa estatal interessada, mas fiquem condicionadas à aprovação do Poder Legislativo, por meio da autorização prevista no art. 37, XX, da Constituição.

No caso concreto, porém, tal condição foi atendida com a edição das Leis 11.908/2009 e 13.262/2016. A participação social em empresas de atividades complementares às do setor financeiro, “inclusive no ramo de tecnologia da informação”, foi uma estratégia submetida ao crivo do Poder Legislativo, que ponderou as vantagens e desvantagens de tal opção (nesse sentido, a aprovação da medida passou por vários embates legislativos, tendo sido apresentadas 26 emendas, discutidas em várias sessões do Congresso) e, ao final, houve por bem referendá-la, concedendo a autorização legal exigida pelo art. 37, XX, da Constituição.

Evidentemente que a validade constitucional dessas leis (e, portanto, da autorização por elas concedida) poderia ser questionada se se mostrasse desproporcional ou ferisse a condição excepcional de que deve ser revestir a atuação do Estado como agente econômico direto (CF, art. 173). Aqui, no entanto, trata-se de um segmento de mercado em que o Estado já atua diretamente por meio das duas instituições referidas na Lei 11.908/2009 (Caixa e Banco do Brasil) e o que a lei prevê é a formação de parcerias com empresas privadas para tornar mais efetiva a presença daquelas duas instituições em face dos demais agentes econômicos que atuam no mesmo segmento empresarial.

Seria possível argumentar com o risco de eventual favorecimento nas contratações da empresa parceira pela Caixa. Mas, contra essa conduta, caracterizadora de improbidade e má-gestão, a Lei das S.A. estabelece que os negócios entre as sociedades parceiras devem observar condições estritamente comutativas:

Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

Logo, o relacionamento autorizado pela Lei 11.908/2009 não pode, também por essa razão, servir para favorecimentos indevidos, os quais, se ocorrerem, sujeitarão os responsáveis às consequências legais. Cabe lembrar, inclusive, que a atuação da Caixa, enquanto tomadora final dos serviços, está sob controle direto do TCU – tal como ocorre com as contratações de todos os demais órgãos e entidades integrantes da Administração Pública.

Em suma, é forçoso concluir pela reforma do acórdão recorrido, quanto à fixação de prazo para desfazimento da participação acionária da Caixa, por meio da CaixaPar, na Branes. Entende-se que o principal óbice sustentado no acórdão recorrido, relacionado à natureza das atividades daquela empresa, foi afastado por decisão do próprio Poder Legislativo, que, ao conceder a autorização exigida pelo art. 37, XX, da Constituição Federal, expressamente consignou, na Lei 13.262/2016, que as participações poderiam ter por alvo empresas “no ramo de tecnologia da informação”, elidindo, assim, o vício apontado pelo Tribunal.

CONCLUSÃO

Da análise antecedente decorrem as seguintes conclusões principais:

a) a possibilidade ou não de contratação direta dos serviços da Branes pela Caixa está sendo discutida em processo específico (TC 029.884/2012-8), restando inviabilizado o exame da matéria nestes autos, que cuidam apenas da possibilidade de participação da Caixa, por intermédio da CaixaPar, na referida empresa;

b) sobre a participação acionária em questão, o principal óbice à validade do negócio dizia respeito à atividade exercida pela Branes, que não estaria abrangida na autorização da Lei 11.908/2009, nos termos da seguinte ementa do acórdão recorrido:

“A faculdade temporária criada pela Lei 11.908/2009 restringiu-se à aquisição, pelo Banco do Brasil S.A. e pela Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, de participação em instituições financeiras ou em empresas que exerçam atividades complementares às do setor financeiro, não se inserindo nesse conceito empresas que forneçam serviço de tecnologia da informação”;

c) inobstante a impugnação contida nos recursos, de que o objeto social da Branes não teria por fim a mera prestação de serviços de TI, e sim o processamento de crédito imobiliário em suas

etapas iniciais (como o recebimento e análise de propostas de financiamento), sendo o serviço de TI apenas instrumental dessa fase de originação de crédito, o fato é que essa discussão ficou prejudicada, uma vez que a Lei 13.262/2016 ampliou o âmbito de incidência da Lei 11.908/2009 para permitir participações também em empresas de TI – afastando, assim, o óbice vislumbrado pelo acórdão recorrido;

d) na mesma linha, a conclusão de que estariam autorizadas participações apenas em sociedades já operacionais não foi acolhida pela Lei 13.262/2016, que autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a também constituírem novas sociedades;

e) tendo em vista as finalidades das Leis 11.908/2009 e 13.262/2016, é necessário que nos empreendimentos de que venham a participar com fundamento nessas normas, a Caixa e o Banco do Brasil detenham poderes suficientes para influir nas deliberações da sociedade investida, assim como poderes para fiscalizar de modo direto a regularidade do empreendimento, de forma a assegurar que atinjam os fins que motivaram a participação da empresa estatal. Tal exigência, contudo, não requer necessariamente a formação de grupo empresarial em sentido próprio, podendo ser atendida por meio de instrumentos societários adequados para garantir o compartilhamento do poder diretivo, a exemplo dos acordos de acionistas a que se refere o art. 118 da Lei 6.404/1976;

f) no caso em exame, estando presentes tais condições, e tendo em vista a legislação superveniente sobre a matéria, justifica-se a reforma do acórdão recorrido, para admitir-se a subsistência do negócio jurídico em exame nestes autos;

g) essa conclusão nada diz sobre a possibilidade de contratação direta dos serviços da Branes pela Caixa, tema que é objeto de processo específico, o qual será oportunamente submetido a julgamento pelo Tribunal.

*Com base nessas conclusões, propõe-se o **provimento do recurso**, com vista a tornar insubsistente a determinação à Caixa e à CaixaPar para desfazimento da participação no capital social da Branes, objeto dos itens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do acórdão recorrido.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Caixa Econômica Federal, IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. e Branes Negócios e Serviços S.A. contra o Acórdão 894/2015-TCU-Plenário e, no mérito, dar-lhes provimento para tornar insubsistentes os itens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do acórdão recorrido;

b) dar ciência da decisão que vier a ser adotada aos recorrentes e aos demais interessados.

VOTO

Ratifico o despacho (peça 135) por meio do qual conheci dos pedidos de reexame interpostos pela Caixa Econômica Federal e pelas sociedades empresárias Branes Negócios e Serviços S/A e IBM Brasil - Indústria Máquinas e Serviços Ltda., contra o Acórdão 894/2015-Plenário, por atender os requisitos atinentes à espécie.

O principal questionamento dos recursos diz respeito à determinação para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S.A. apresentassem plano de ação, com indicação das



medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária, pela CaixaPar, na empresa MGHSPÉ Empreendimentos e Participações S.A., atualmente denominada Branes Negócios e Serviços S.A.

Nos termos da instrução da Secretaria de Recursos (Serur), devidamente transcrita no relatório, a Branes é uma sociedade anônima fechada, formada pela IBM Brasil, pelo Grupo Caixa e pela Fundação dos Economistas Federais (Funcef).

A IBM detém 51% do capital social. Dos 49% restantes, 37,25% pertencem à CaixaPar (2% diretamente, e 35,25% por sua participação no Fundo de Investimentos em Participações Caixa Veneza, “FIP Veneza”) e 11,75% à Funcef (por sua participação no FIP Veneza).

Por ocasião da prolação da decisão atacada, este Colegiado considerou que a aludida participação acionária teria extrapolado a permissão contida no art. 2º, *caput*, da Lei 11.908/2009, a seguir transcrito:

Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei.

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido, os serviços de TI prestados pela empresa Branes, diferentemente do que fora apontado pelos interessados, não poderiam ser considerados como atividades complementares às do setor financeiro.

Os recorrentes, com o intuito de demonstrar a regularidade da contratação realizada pela Caixa, apresentaram, em síntese, os seguintes fundamentos:

- a) a constituição da empresa Branes atende ao interesse público;
- b) a existência de equívoco na interpretação do art. 2º da Lei 11.908/2009 por parte desta Corte de Contas;
- c) o fato de a empresa Branes não ser uma mera prestadora de serviços de TI;
- d) a contratação em exame foi autorizada pelo Banco Central;
- e) a inexistência, na Lei 11.908/2009, de exigência acerca da pré-constituição da empresa;
- f) não há impedimento decorrente de as atividades da empresa Branes, antes da sua criação, estarem sendo executadas pela própria Caixa, nem há exigência de que ambas atuem “como um conglomerado”;
- h) a posterior contratação direta da Branes pela Caixa não é objeto destes autos, porquanto está sendo tratada no TC 029.884/2012-8.

Manifesto-me, desde já, de acordo com exame realizado pela unidade técnica especializada, que culminou com a proposta de provimento dos pedidos de reexame, para tornar insubsistentes os subitens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do acórdão recorrido, razão pela qual incorporo os fundamentos da respectiva instrução às minhas razões de decidir, sem prejuízo dos comentários que faço a seguir.



A meu ver, não se mostram improcedentes os argumentos das recorrentes no sentido de que o objeto social da empresa Branes não é a mera prestação de serviços de TI, mas sim o processamento de crédito mobiliário em suas etapas iniciais.

De igual modo, aceitáveis as alegações recursais que intentam demonstrar que a aquisição de participação na referida empresa, pela Caixa, não estava adstrita a sociedades que já se encontravam em operação.

De qualquer modo, conforme demonstrado pela Serur, o aprofundamento dessas discussões perdeu relevância com a edição da Lei 13.262/2016, cujo art. 1º assim dispõe:

*Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão **constituir ou adquirir** participação em empresas, **inclusive no ramo de tecnologia da informação**, nos termos e condições previstos no art. 2º da Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.*

§ 1º A autorização prevista no caput é válida até 31 de dezembro de 2018.

Nesse contexto, concordo com o posicionamento da Secretaria de que não faria sentido manter a determinação de anulação de um negócio jurídico, por indício de violação à Lei 11.908/2009, porquanto tal negócio poderia ter sido plenamente restabelecido, à luz da legislação superveniente (Lei 13.262/2016), caso tivesse sido anulado imediatamente após o acórdão recorrido, suspenso em razão dos pedidos de reexame ora analisados.

Registro, por fim, que por intermédio do Acórdão 1.973/2016-Plenário, este Colegiado decidiu pelo arquivamento do TC 017.417/2015-5, instaurado em cumprimento ao subitem 9.3.1 do Acórdão 894/2015-Plenário (ora recorrido), com vistas a analisar aquisição semelhante, também pela Caixa, de participações acionárias na MROSPE Empreendimentos e Participações S.A., atualmente denominada Habitar Negócios e Serviços S.A.

O arquivamento segundo o relator, E. Ministro Raimundo Carreiro, deveu-se à ausência de indícios de que a aquisição da empresa Habitar estivesse em desacordo com a Lei.

Destarte, dou provimento aos presentes pedidos de reexame, para tornar insubsistentes os subitens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do Acórdão 894/2015-Plenário.

Importante rememorar que as questões atinentes à possibilidade de contratação direta dos serviços da Branes pela Caixa foram recentemente apreciadas por este Colegiado, no âmbito do TC 029.884/2012-8, sob a relatoria do E. Ministro Bruno Dantas, dando azo ao Acórdão 1797, de 31/7/2019.

Naquela assentada, tendo em vista que não foram observados os regramentos previstos na Lei 8.666/1993, notadamente por não ser dispensável a realização de procedimento licitatório para contratação de empresa privada com participação acionária minoritária da Caixa, foi determinado à estatal que promovesse o “desfazimento dos atos do procedimento de dispensa de licitação ora apreciados, bem como do contrato deles decorrentes, a saber, o contrato Siges 5.014/2012, firmado com a empresa MGHSPE Empreendimentos e Participações S/A (atual Branes Negócios e Serviços S/A).”

Tendo em vista que não houve o trânsito em julgado da referida decisão, caso venha a ser cumprida a determinação acima mencionada e encerrado o contrato firmado entre a Caixa e a Branes, entendo oportuno que este Tribunal retome a discussão acerca da participação acionária tratada nestes autos, com vistas a avaliar a conveniência de sua manutenção.



Nesse sentido, o provimento do presente recurso não prejudica que, desde já, seja determinado à Caixa Econômica Federal que, no prazo de 60 dias do cumprimento do subitem 9.4 do Acórdão 1797/2019-Plenário (anulação do contrato Siges 5.014/2012), encaminhe à Secex/Finan informações acerca da pertinência e da eventual manutenção da participação acionária da Caixa e da CaixaPar na empresa Branes Negócios e Serviços S/A.

Identificados potenciais prejuízos decorrentes da decisão adotada pela empresa pública, a unidade técnica deverá formular representação a respeito.

Com essas considerações, voto no sentido de que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de setembro de 2019..

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não obstante a percuciência do voto elaborado pelo nobre Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, concluindo por dar provimento aos pedidos de reexame, penso que os elementos apresentados pelos interessados não se mostram suficientes para infirmar o Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, ora recorrido.

2. Com efeito, dois foram os argumentos que essencialmente orientaram a inteligência construída no sobredito aresto, no sentido de determinar à Caixa que adotasse as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária na empresa Branes, quais sejam: a) vício no motivo determinante para a aquisição da participação acionária e b) impossibilidade de aquisição de participação acionária em empresa de tecnologia da informação à luz da Lei 11.908/2009.

3. Segundo compreendo, as razões recursais não lograram afastar o vício no motivo determinante para a referida aquisição acionária, cujo intuito era a subsequente contratação direta da Branes por dispensa de licitação. Ademais, tenho dúvidas se o advento da Lei 13.262/2016, que autorizou a aquisição de participação acionária em empresas do ramo de TI, teria o condão de retroagir para convalidar o vício anteriormente identificado.

4. Com essas considerações, renovando escusas por dissentir do ilustre Decano, manifesto-me por conhecer e negar provimento aos pedidos de reexame, e, assim, voto pela prolação do Acórdão no seguinte sentido:

“(...) 9.1. conhecer e negar provimento aos presentes pedidos de reexame, mantendo-se inalterado o Acórdão 894/2015-Plenário;

9.2. dar ciência deste acórdão aos recorrentes.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de setembro de 2019.



Ministro BRUNO DANTAS

ACÓRDÃO Nº 2090/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.668/2012-4.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de Reexame (Representação)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Branes Negócios e Serviços S.A. (15.463.923/0001-57); Caixa Econômica Federal (00.360.305/0653-11); IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada (33.372.251/0001-56)
 - 3.2. Recorrentes: Branes Negócios e Serviços S.A. (15.463.923/0001-57); Caixa Econômica Federal (00.360.305/0653-11); IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada (33.372.251/0001-56).
4. Órgão/Entidade: Caixa Participações S.A.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 5.1. Relator da Deliberação recorrida: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão (SecexFinan).
8. Representação legal:
 - 8.1. Nathália Castro de Pina e outros, representando Caixa Econômica Federal.
 - 8.2. Carlos Magno Martins Vieira Mascarenhas e outros, representando Branes Negócios e Serviços S/A.
 - 8.3. Celso Cintra Mori (23.639/OAB-SP) e outros, representando IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada e Caixa Participações S.A.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedidos de reexame interpostos pela Caixa Econômica Federal e pelas sociedades empresárias Branes Negócios e Serviços S/A e IBM Brasil - Indústria Máquinas e Serviços Ltda. contra o Acórdão 894/2015-Plenário:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, com fulcro nos artigos 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

 - 9.1. conhecer dos pedidos de reexame, para, no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistentes os subitens 9.2, 9.2.1 e 9.3.2 do Acórdão 894/2015-TCU-Plenário;
 - 9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, no prazo de 60 dias, após o desfazimento do contrato Siges 5.014/2012, em cumprimento ao subitem 9.4 do Acórdão 1797/2019-Plenário, encaminhe à Secex/Finan informações acerca da pertinência e da eventual manutenção da participação acionária da Caixa e da CaixaPar na empresa Branes Negócios e Serviços S/A;
 - 9.3. determinar à SecexFinan que monitore o cumprimento da determinação acima e represente a este Tribunal caso identifique indícios de irregularidades;
 - 9.4. dar ciência deste Acórdão às recorrentes.
10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2090-34/19-P.
13. Especificação do quórum:



13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 024.964/2010-7

Natureza: Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Entidade: Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Unb (Cespe/UnB)

Recorrente: Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87)

Responsáveis: Carlos Augusto de São José (CPF 001.400.901-34); Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Erico Paulo Siegmar Weidle (CPF 018.007.520-91); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Mauro Luiz Rabelo (CPF 222.761.901-59); Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34); e Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87)

Advogados constituídos nos autos: Guilherme Machado de Oliveira (OAB/DF 43.626); Guilherme Henrique de Sá Mendes (OAB/DF 15.731/E); Breno Luiz M Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291); Paulo José Machado Corrêa (OAB/DF 14.515).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO FINANCEIRA DE ENTIDADE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO DE UM DOS RESPONSÁVEIS PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Crea Antônia de Almeida Faria (peça 106) e Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, Maria Osita Gomes Bezerra e



Romilda Guimarães Macarini (peça 117) contra o Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário (peça 73), relator Ministro Vital do Rêgo.

DECISÃO RECORRIDA

2. O acórdão recorrido tratou de tomada de contas especial instaurada em razão de irregularidades na execução financeira do Centro de Promoção e Seleção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB).

3. O Tribunal decidiu (peça 73):

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

9.1. *levantar o sobrestamento dos processos TC 009.458/2002-0, TC 010.594/2003-2, TC 020.151/2005-3 e TC 018.607/2006-3, que cuidam, respectivamente, das contas relativas aos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005 da Fundação Universidade Brasília, nos termos do art. 39, § 3º, da Resolução TCU 191/2006, nos quais devem ser considerados os indícios de dano ao erário mencionados nos parágrafos 8 do voto que fundamenta este acórdão;*

9.2. *acatar as alegações de defesa do Sr. Mauro Luiz Rabelo (CPF 222.761.901-59) e do Sr. Érico Paulo Siegmair Weidler (CPF 800.752.091-34), aproveitando essas últimas em favor do Sr. Carlos Augusto de São José (CPF 001.400.901-01), e considerar elididas as responsabilidades que lhes foram inicialmente imputadas;*

9.3. *julgar irregulares as constas do Sr. Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10) e da Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04), dirigentes da FUB, e da Sra. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87), diretora-geral do Cespe, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, c/c os arts. 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno do TCU;*

9.4. *condenar os responsáveis identificados no subitem anterior, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres da Fundação Universidade de Brasília (FUB), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos.*

9.4.1. *responsáveis solidários: Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87) e Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10).*

9.4.2.

VALOR ORIGINAL(R\$)	DATA OCORRÊNCIA	DA
2.475,00	29/6/2001	
2.475,00	25/7/2001	
2.475,00	28/8/2001	
2.475,00	24/9/2001	
2.475,00	24/10/2001	
2.475,00	23/11/2001	
2.475,00	18/12/2001	
2.538,08	21/2/2002	
2.538,08	25/2/2002	
2.538,08	11/3/2002	
2.538,08	15/4/2002	
2.538,08	15/5/2002	
3.000,00	12/6/2002	
2.538,08	15/7/2002	
3.000,00	9/8/2002	
3.000,00	9/9/2002	
3.000,00	4/10/2002	



3.000,00	7/11/2002
3.031,58	3/12/2002
2.890,58	20/12/2002
3.031,58	2/1/2004
3.000,00	22/1/2004
3.031,58	2/2/2004
3.000,00	27/2/2004
3.031,58	1/3/2004
3.000,00	30/3/2004
3.031,58	1/4/2004
3.000,00	27/4/2004
3.031,58	4/5/2004
3.031,58	2/6/2004
3.000,00	6/7/2004
3.031,58	8/7/2004
3.031,58	3/8/2004
3.031,58	3/9/2004
3.059,08	6/10/2004
2.960,52	3/11/2004
2.960,52	6/12/2004
2.580,08	9/12/2004
2.290,58	9/12/2004
2.653,08	9/12/2004
2.960,52	4/1/2005
2.653,08	4/1/2005
2.947,79	11/2/2005
2.947,79	2/3/2005
2.947,79	4/4/2005
3.945,35	14/4/2005
2.947,79	3/5/2005
2.947,79	6/6/2005
2.935,07	1/7/2005
2.935,07	2/8/2005
2.935,07	5/9/2005
2.935,07	5/10/2005

9.4.3. responsáveis solidários: Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87) e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04).

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA OCORRÊNCIA	DA
2.500,00	23/8/2002	
2.500,00	9/9/2002	
2.500,00	4/10/2002	
2.500,00	7/11/2002	
3.243,08	3/12/2002	
3.243,08	2/1/2004	
3.243,08	2/2/2004	

3.243,08	1/3/2004
3.243,08	1/4/2004
3.243,08	4/5/2004
3.243,08	2/6/2004
3.243,08	8/7/2004
3.243,08	3/8/2004
3.243,08	3/9/2004
3.270,58	6/10/2004
3.178,02	3/11/2004
3.178,02	6/12/2004
3.178,02	4/1/2005
3.212,74	11/2/2005
3.165,29	2/3/2005
3.165,29	4/4/2005
3.165,29	3/5/2005
3.165,29	6/6/2005
3.152,57	1/7/2005
3.152,57	2/8/2005
3.152,57	5/9/2005
3.152,57	5/10/2005

9.5. aplicar ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10) e às Sras. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87) e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04), individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno, nos valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), respectivamente, fixando-lhes prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data de publicação deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. aplicar à Sra. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87), diretora-geral do Cespe, à Sra. Crea Antonia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49), diretora administrativa, ao Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34), diretor administrativo, diretor executivo e vice-diretor-geral e de logística, e à Sra. Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53), supervisora do núcleo de pessoal, individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, II, do Regimento Interno, nos valores de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 3.000,00 (três mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. com fulcro no art. 60 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 270 do RITCU, inabilitar a Sra. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87) pelo prazo de oito anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal;

9.8. autorizar o desconto das dívidas na remuneração dos servidores ativos da Fundação Universidade de Brasília (FUB), observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990;

9.9. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das, dívidas caso não atendidas as notificações;

9.10. autorizar, desde logo, caso solicitado e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada valor mensal os correspondentes acréscimos legais, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor;



9.11. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, à Universidade de Brasília, (art. 198, parágrafo único do RI/TCU) e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

4. Os fundamentos da citação do recorrente estão registrados no Relatório que informa o acórdão recorrido e são os que se seguem (peça 75, p. 2/3):

6. Assim sendo, em instrução preliminar desta unidade técnica (UT), foram identificados os responsáveis pelas autorizações dos pagamentos indevidos (peça 2, p. 24-30). São eles:

a) Carlos Augusto de São José (dezembro de 1997 a julho/2001) e Érico Paulo Siegmar Weidle (agosto/2001 a data posterior a setembro de 2010), ambos titulares do decanato de Administração nos referidos períodos de tempo, que efetuaram os pagamentos ao Sr. Mauro Luiz Rabelo;

b) Romilda Guimarães Macarini, Diretora-Geral do Cespe (janeiro de 1994 a novembro de 2005), que efetuou os pagamentos ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira e à Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro.

7. Por isso, esta unidade técnica propôs a citação dos responsáveis acima identificados, assim como a realização de audiências da Sra. Romilda Guimarães Macarini, da Sra. Crea Antônia de Almeida Faria (Diretora Administrativa do Cespe no período de 2001 a 2005), do Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho (Diretor Administrativo, Executivo e Vice-Diretor Geral e de Logística do Cespe) e da Sra. Maria Osita Gomes Bezerra (Supervisora do Núcleo de Pessoal do Cespe no período de 2001 a 2005).

8. As irregularidades que ensejaram a chamada em audiência dos servidores relacionados no parágrafo anterior dizem respeito a atos de gestão irregulares tomados no exercício de cargos de direção/supervisão (diretor-geral, diretor administrativo, supervisor), tais como contratações indevidas de parentes, contratações diretas com inobservância da Lei 8.666/1993, omissão no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo, manutenção de espaço físico para o funcionamento de escritório de representação do Cespe sem amparo legal, dentre outras. A lista completa encontra-se disponível a partir da peça 1, p. 51, à peça 2, p. 7.

9. Em cumprimento ao despacho da então titular desta unidade técnica (peça 2, p. 31), foi promovida a citação dos Srs. Mauro Luiz Rabelo, Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, Carlos Augusto de São José, Érico Paulo Siegmar Weidle e Romilda Guimarães Macarini, mediante os Ofícios 1202, 1207, 1208, 1242, 1203 e 1206/2010-TCU-Secex-6, respectivamente (peças 2 e 3).

10. Efetuou-se, ainda, a audiência de Romilda Guimarães Macarini, Crea Antônia de Almeida Faria, Raimundo Cosmo de Lima Filho e Maria Osita Gomes Bezerra, por meio dos Ofícios 1257, 1258, 1259 e 1260, respectivamente (peça 3, p. 5-18).

ADMISSIBILIDADE

5. A Serur, ao promover o exame preliminar de admissibilidade dos recursos interpostos, concluiu por que fossem conhecidos, nos termos do art. 32, I e do art. 33 da Lei n.º 8.443, de 1992, c/c o art. 285 do Regimento Interno (peça 119 e 120).

ANÁLISE DE MÉRITO

6. A seguir, com fundamento no art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, transcrevo excerto do exame da matéria tratada nos autos levado a efeito pela Secretaria de Recursos (Serur) à peça 127, ratificado pelo titular da unidade técnica à peça 129.

[...]

HISTÓRICO

1.3. Cuida-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada em cumprimento ao Acórdão 4.797/2010-TCU-2ª Câmara, por meio do qual este Tribunal determinou a conversão dos autos da representação TC 020.159/2006-0, formulada pela então Controladoria-Geral da União (CGU). Foram identificadas irregularidades em pagamentos com recursos federais realizados pelo Cespe/Unb.



1.4. Após as citações e audiências realizadas pela Secex/Educação, com os encaminhamentos propostos pela unidade técnica (peça 35), e com as ponderações feitas pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 39), o Tribunal julgou as contas irregulares dos responsáveis em face de:

a) pagamentos irregulares, a título de verbas salariais, em favor do Sr. Edeijavá Rodrigues Lira e da Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, Diretor-Presidente e Diretora, respectivamente, da Fundação Universitária de Brasília (Fubra), autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini, diretora-geral do Cespe/Unb, no período de 2001 a 2005, a título de serviços de consultoria técnica ou concursos públicos sem a devida comprovação, conforme descrição detalhada à peça 1, p. 33-35, os quais ensejaram a imputação de débito e multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 (vide itens 9.4 e 9.5 do decism) e a inabilitação da Sra. Romilda Guimarães Macarini, nos termos do item 9.8 do decism; e

b) diversas irregularidades afetas à gestão financeira e administrativa, cometidas pelas Sras. Romilda Guimarães Macarini, Crea Antônia de Almeida Faria, diretora administrativa do Cespe/Unb, e Maria Osita Gomes Bezerra supervisora do núcleo de pessoal do Cespe/Unb, pelo Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho, diretor administrativo, diretor executivo e vice-diretor-geral e de logística, e e pela Sra. Maria Osita Gomes Bezerra, supervisora do núcleo de pessoal, as quais ensejaram a aplicação da multa do art. 58, II, da Lei 8.443/1992 (vide item 9.6 do decism).

1.5. Prolatado o Acórdão 1.799/2016-TCU-Plenário (peça 73), foram opostos embargos de declaração (peça 98) por Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, Romilda Guimarães Macarini e Maria Osita Gomes Bezerra, os quais foram conhecidos e rejeitados, por meio do Acórdão 2.740/2016-TCU-Plenário (peça 111).

1.6. Nesta oportunidade, examinam-se recursos de reconsideração interpostos por Crea Antônia de Almeida Faria, Edeijavá Rodrigues Lira, , Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, Romilda Guimarães Macarini e Maria Osita Gomes Bezerra.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.7. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 119-121), ratificados pelo Exmo. Ministro José Múcio Monteiro (peça 123), que conheceu dos recursos interpostos, suspendendo-se os efeitos dos itens recorridos do acórdão 1.799/2016-TCU-Plenário (peça 73).

1.8. Desde já, esclarece-se que os autos serão remetidos para o Gabinete do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, relator dos processos anteriormente sorteados para o atual Presidente do TCU, nos termos do art. 152 do RI/TCU.

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. Constitui objeto dos presentes recursos de reconsideração definir se

Em relação à Sra. Crea Antônia de Almeida Faria:

a) se o Relatório de Ação de Controle da CGU nº 00190.00694212005-24 e a tomada de contas especial (TCE) devem ou não serem anuladas

b) se foram atribuídas irregularidades fora do seu período de gestão;

c) se as irregularidades objeto de audiência imputadas a ela podem ser afastadas, no todo ou em parte;

Em relação à Sra. Romilda Guimarães Macarini, Edeijavá Rodrigues Lira, Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Sra. Maria Osita Gomes Bezerra:

a) se houve erro de julgamento no acórdão vergastado, por descon sideração das circunstâncias atenuantes das condutas irregulares e violação do princípio da isonomia;

b) se os pagamentos feitos ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira e à Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini, foram legítimos e legais;

c) se as demais irregularidades objeto de audiência imputadas à Sra. Romilda Guimarães Macarini e à Sra. Maria Osita Gomes Bezerra merecem ser afastadas.

3. Do exame das irregularidades imputadas à Sra. Crea Antônia de Almeida Faria, Diretora Administrativa do Cespe/Unb (peça 106)

3.1. A recorrente reproduz basicamente, com algumas supressões, o conteúdo das razões de justificativa já apresentadas às peças 14 e 15 dos autos. Divide-se a análise da peça recursal em face dos argumentos deduzidos e dos atos imputados no Ofício de citação (peça 3, p. 11-14), excluídos aqueles cujas razões de justificativa ou alegações de defesa foram acolhidas pelo Tribunal, bem como aquelas sobre as quais a recorrente não se pronunciou.

Da análise da legalidade do Relatório de Ação de Controle da CGU nº 00190.00694212005-24 e da Tomada de Contas Especial (peça 106, p. 2-21):

3.2. A defendente afirma que o julgado não considerou que o Cespe é vinculado diretamente ao Gabinete do Reitor, tendo suas atividades coordenadas e supervisionadas pelo Decano de Administração de Finanças (Ato da Reitoria nº 2298/97) (p. 2-3)

3.3. Enaltece o papel importante do Cespe/Unb para a comunidade acadêmica e para a própria manutenção financeira da Fundação Universidade de Brasília (p. 3).

3.4. Aporta que o relatório da CGU se baseou em outro relatório produzido pela Junta Fiscal da Delegacia da Receita Federal no Distrito Federal - DF, que não teria se valido do devido processo legal e não atentou para as particularidades do Cespe e da FUB (p. 4).

3.5. Assevera que o relatório da CGU não se baseou em documentação facultada pelos dirigentes do Cespe, o que facilitaria a descrição transparente dos pagamentos e sua motivação, e induziu em erro o Exmo. Ministro da Educação, motivo pelo qual o referido relatório bem como a presente tomada de contas especial (TCE) deveriam ser anulados, nos termos do art. 53 da Lei 9.784, de 1999 e do art. 114 da Lei 8.112, de 1990 (p. 5-6).

Análise

3.6. Os argumentos apresentados à guisa de preliminar foram também declinados nas razões de justificativa apresentadas pela recorrente (peça 14, p. 6-33) e, muito embora não se revelem aptas a modificar o juízo de mérito adotado nestas contas, não foram analisadas pela unidade técnica (peça 75, p. 23 e seguintes).

3.7. O fato de o Relatório de Ação de Controle da CGU nº 00190.00694212005-24 ter, em tese, se baseado em outro relatório produzido pela Junta Fiscal da Delegacia da Receita Federal no Distrito Federal - DF não enseja nulidade. Depreende-se do referido Relatório, ora acostado à **peça 124**, que a CGU procedeu às análises de acordo com as normas aplicáveis de auditoria e em atendimento à requisição contida em Ofício da Procuradoria da República no Distrito Federal, tendo sido dada oportunidade aos auditados para apresentação de documentos e evidências.

3.8. A recorrente assevera, ainda, que o Relatório da CGU não se baseou em documentação facultada pelos dirigentes do Cespe, mas não trouxe qualquer elemento que indicaria que documentos são esses. Acrescente-se, por oportuno, que toda oportunidade de defesa foi franqueada aos responsáveis igualmente nesta tomada de contas especial objeto da conversão da representação, no âmbito da Corte de Contas. Não merecem acolhida, pois, os argumentos.

3.9. Nessa quadra, esta Corte tem jurisprudência no sentido de que eventuais deficiências no contraditório ocorridas na fase interna da tomada de contas especial não invalidam a continuidade do processo, nem prejudicam ou impossibilitam o posterior estabelecimento do contraditório no TCU. Traz-se à colação julgados nesse sentido, extraídos da jurisprudência selecionada desta Casa:

“A fase interna da TCE, por sua natureza procedimental inquisitória, de coleta de provas, prescinde do contraditório, que tem o seu devido espaço, como garantia ao jurisdicionado, apenas após a entrada do processo no Tribunal” (Acórdão 5.612/2012-TCU-1ª Câmara, rel. min. José Múcio Monteiro).

“A falta de notificação na fase interna da tomada de contas especial – momento em que ainda não há litígio ou acusação, mas mero procedimento de apuração e coleta de dados – não invalida os atos processuais posteriores, pois na fase externa da tomada de contas, que ocorre no TCU, é que se torna obrigatória a abertura do contraditório, com a citação dos responsáveis e a devida apreciação das alegações de defesa” (Acórdão 5.661/2014-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas)

“Por esse motivo, inexistindo partes e antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos juntados não enseja nulidade. Para a defesa, haverá momento



próprio na fase externa, sempre assegurada pelo Tribunal de Contas”. (Acórdão 3.013/2009-TCU-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro)

3.10. Essa orientação de que o princípio do contraditório é satisfeito com a citação ou audiência pelo TCU é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende de alguns arestos do Pretório Excelso abaixo reproduzidos:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HORTO FLORESTAL DO RIO DE JANEIRO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. TCU. AUSÊNCIA E INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA. (...)3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, na auditoria promovida pelo Tribunal de Contas sobre órgãos públicos, o contraditório se forma entre os referidos órgãos e o TCU, não se admitindo a integração do feito por eventuais terceiros” (MS 31.707 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julg. 24/11/2017).

“PROCESSO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – DEFESA. Se ficar demonstrado que foi aberta ao administrador oportunidade de defesa, descabe cogitar de violência ao devido processo administrativo. MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS – IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS – GLOSA – REVOLVIMENTO DE FATOS – INADEQUAÇÃO. O mandado de segurança não é meio próprio a conduzir ao reexame dos elementos probatórios que conduziram o Tribunal de Contas à glosa de administração implementada, consignando o desprezo a comezinhas noções relativas ao trato da coisa pública” (MS 28.212/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 4/12/2012)

3.11. Desse modo, tendo a Sra. Crea Antônia de Almeida Faria sido chamada em audiência por esta Corte de Contas e apresentado razões de justificativa, e neste momento processual interposto recurso de reconsideração, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Da análise do período de gestão da responsável

3.12. A defendente inicia o recurso argumentando que o documento juntado à peça 15, p. 42 demonstraria que só foi nomeada para exercer a função de Diretora Administrativa do Cespe em 2/12/2002, conforme Ato da Reitoria nº 1947A-2002 e que tal evidência teria sido desconsiderada pelo acórdão recorrido. Afirma que o julgado não considerou que o Cespe é vinculado diretamente ao Gabinete do Reitor, tendo suas atividades coordenadas e supervisionadas pelo Decano de Administração de Finanças (Ato da Reitoria nº 2298/97) (p. 2-3)

Análise

3.13. Com relação à alegação da Sra. Crea Antônia de Almeida Faria de que tomou posse no referido cargo em 1/12/2002 por meio do Ato de Reitoria 1947-A/2002, a recorrente não trouxe aos autos o referido ato.

3.14. Além disso, o documento à peça 15, p. 42, trazido pela recorrente em sede de razões de justificativa, não traz qualquer assinatura, timbre ou comprovação de origem. Em pesquisa ao site “escavador”, que reproduz dados do “Lattes” (<https://www.escavador.com/sobre/1569846/roger-werkhauser-escalante>) consta a informação de que o Sr. Roger Werkhauser Escalante, referido no documento à peça 15, p. 42 como Diretor Administrativo no período de 11/2001 a 11/2002, exerceu na verdade o cargo de **Diretor Executivo** do Cespe no período de 1/2002 a 12/2004, contrariando a informação da recorrente e o documento apócrifo à peça 15, p. 42.

3.15. Acrescente-se que a servidora poderia estar exercendo outras funções no Cespe que não a de Diretora Administrativa, mas o relatório de auditoria da CGU consignou que foram efetuados pagamentos à recorrente de 8/1/2001 a 11/11/2005, no valor total de R\$ 580.424,53 (peça 124, p. 32).

3.16. Por derradeiro, em consulta ao Diário Oficial da União de dezembro de 2002, não foi encontrado o referido Ato de Reitoria aludido pela Sra. Crea Antônia, motivos pelos quais o argumento de que não exerceu o cargo de Diretora Administrativa durante os anos de 2001 e 2002 carece de evidências e não merece acolhida.

3.17. No que se refere à regularidade de pagamentos de serviços eventuais, com base nas normas aplicáveis e nas orientações do TCU, cumpre assinalar que a ex-diretora foi chamada aos autos por irregularidades legais e formais no processo de contratação, conforme a alínea “a” do Ofício 1258/2010 de audiência (peça 3, p. 11-14), objeto da análise a seguir.



a) celebração de Contratos de Prestação de Serviços, com base nos artigos 10, alínea "d", 13, 24, II, 25, I e III, parágrafos 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e autorização de Participação de Servidor em Atividades de Extensão, com base no art. 207 da CF/1988 e nos artigos 52 e 53 da Lei 9.394/1996, na Decisão 47/1996-TCU-Plenário e na Resolução do Conselho de Administração/FUB 001/1998, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, sem atentar para a legalidade e formalidade do processo administrativo, uma vez que tais expedientes não eram corretamente preenchidos, não continham a descrição das tarefas a serem executadas, nem a data da contratação e o valor ajustado, bem como não estavam acompanhados de controles da comprovação da execução dos trabalhos, o que contrariou os princípios da legalidade e eficiência do art. 37, caput, da CF/1988, os incisos I e VII do parágrafo único do art. 2º e o §1º do art. 22 da Lei 9.784/1999, os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964 e o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 (alínea "a" do Ofício de citação) (peça 3, p. 11) (peça 106, p. 21-27):

3.18. A recorrente faz um inventário dos dispositivos legais e normativos que orientam a remuneração da prestação de serviços no âmbito do Cespe, a exemplo do Decreto-Lei 1.604/1978, da Resolução do Conselho de Administração da FUB 01/1998, da Instrução da Reitoria 01/2000, do Decreto 6.117/2007 e diversas outras Resoluções da Reitoria e do Conselho Diretor.

3.19. Argumenta que toda atuação da Diretoria Administrativa, da qual era titular, se pautou no Acórdão 473/1996-TCU-Plenário, que determinou ao Cespe que disciplinasse o pagamento de gratificação por encargo de curso ou concurso, a exemplo dos quadros apresentados na justificativa, e que não teriam sido objeto de análise pelo Tribunal (p. 21-27).

Análise

3.20. Os argumentos declinados pela recorrente, idênticos aos das razões de justificativa, referem-se às normas norteadoras dos pagamentos efetuados pelo Cespe, que teriam sido atendidas pela gestora, sem que haja referência às falhas identificadas, tais como ausência do número do contrato, descrição da tarefa, valor envolvido, data e ausência de controles de comprovação de realização dos trabalhos.

3.21. Os contratos que motivaram a audiência da Sra. Crea Antônia estão listados à peça 1, p. 20, relativos a contratos de prestação de serviço e de participação de servidores em atividades de extensão, cujos valores representam baixa materialidade face ao volume gerido pelo Cespe, o que foi reconhecido na instrução da própria unidade técnica reproduzida no Relatório do decisum (peça 75, p. 113).

3.22. Acrescente-se que o ofício de audiência (peça 3, p. 11) igualmente não faz referência a quais contratos de serviços e autorização de participação de servidor em atividade de extensão a fiscalização se referiu, não obstante mencione a ausência de descrição de tarefas, ausência de valor, data e outras formalidades.

3.23. Esse fato foi registrado pela unidade técnica, além do fato de que boa parte dos parentes supostamente beneficiados já tinha vínculo com o Cespe em data anterior à gestão da responsável, o que atenuaria igualmente a irregularidade constatada.

3.24. No que se refere ao Acórdão 473/1996-TCU-Plenário, o referido aresto (item 2.2) determinou à FUB que o pagamento da Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, instituída pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 1.604/78, só poderia beneficiar os servidores que desempenhem atividades eventuais de apoio à realização de cursos ou concursos, sem prejuízo de suas atribuições normais, vedado o pagamento da gratificação a servidores que se dedicam a tais eventos em caráter permanente. O ofício de audiência em apreço não questionou os pagamentos propriamente ditos, mas sim a legalidade e formalidade dos processos de atividades de extensão, uma vez que tais expedientes não eram corretamente preenchidos, não continham a descrição das tarefas a serem executadas, nem a data da contratação e o valor ajustado, bem como não estavam acompanhados de controles da comprovação da execução dos trabalhos. Desse modo, despcienda a referência ao Acórdão em comento.

3.25. Quanto à alegação de que o julgado recorrido não apreciou os instrumentos contratuais utilizados para participação nos projetos executados pelo Cespe, os documentos acostados à peça 14, p. 38-41 das razões de justificativa, são modelos em branco, e não se referem a qualquer contrato daqueles identificados pela equipe de auditoria, não favorecendo a recorrente.

3.26. Desse modo, e por não ter a defendente trazido elementos outros de convicção, rejeitam-se as razões recursais no ponto em análise.

b) argumentos relativos omissão no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo gerencial, entendidas essas como o dever de exercer orientação, supervisão e vigilância sobre os atos administrativos dos subordinados, de zelar pelo bom andamento dos procedimentos administrativos e financeiros do Centro e de garantir a eficiência e a economicidade dos resultados finais alcançados pela entidade, em razão das ocorrências listadas na alínea “b” do Ofício de citação (peça 3, p. 12-13):

b.1) realização de contratações diretas de André Fabiano Viviani Pinheiro, nos exercícios de 2001, 2002 e 2004, sem observar os incisos I e II do §2º c/c o §9º do art. 7º e os incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993, bem como a utilização indevida de contratos de prestação de serviços genéricos, comumente utilizados para as hipóteses de seleções vinculadas à execução de trabalhos eventuais na realização de concursos públicos e demais eventos organizados pelo Centro, cujo uso aplicava-se apenas à modalidade “tarefa” prevista na Lei 8.666/1993 (peça 106, p. 27-35)

3.27. Com relação às contratações diretas de André Fabiano Viviane Pinheiro nos exercícios de 2001, 2002 e 2004 sem observância dos normativos legais aplicáveis e contratos de serviços genéricos, afirma que não teriam sido irregulares, vez que o Cespe necessitava de profissionais altamente qualificados para coordenar diversas áreas (p. 28).

3.28. Aduz que os pagamentos dos prestadores de serviços eram feitos com recursos próprios arrecadados com as taxas de inscrição, não se tratando de pagamento de gratificações, mas de contraprestação de serviços executados em cada concurso/evento (p. 28).

3.29. Defendo não ter havido qualquer omissão, visto que a conduta da recorrente foi de dedicação e zelo pelo interesse público. Ao assinar as centenas de contratos que chegavam para serem executados no Centro, em prazos que demandavam esforço muito além das horas normais de trabalho, a Administração superior da FUB informava que todos os executores seriam devidamente remunerados pelo serviço extraordinário. Além disso, informa que todos os prestadores de serviços externos não tinham qualquer vínculo empregatício (p. 28-29).

3.30. Aponta que André Fabiano Viviani Pinheiro iniciou sua prestação de serviços no Cespe no ano de 2000, como programador visual, tendo sido selecionado a partir da análise de currículos e escolhido tecnicamente por sua competência, provada, inclusive, pelos dois prêmios de criação gráfica recebidos do Cespe. Conheceu sua futura esposa, filha da senhora Romilda Guimarães, no ano de 2002, casando-se em 2004 e tornando-se “parente” da diretora geral 4 anos após o início da prestação de serviços ao Centro. Afirma não haver à época qualquer regulamentação que proibisse contratação de parentes, sendo que o STF apenas editou a Súmula Vinculante 13 em 2008 (p. 29-30).

3.31. Quanto aos prestadores de serviços externos, afirma que se trata de remuneração decorrente do Decreto-Lei 1.604/1978, cuja regulamentação foi efetivada pela FUB em atenção ao Acórdão TCU 473/1996 (p. 30).

3.32. Quanto à comprovação da execução dos serviços, informa que se dava pelo resultado notório dos concursos realizados, sendo que todas as pessoas contratadas assinavam contrato de prestação de serviços, e que os documentos em questão teriam sido extraviados durante a busca e apreensão realizada no Cespe/Unb a mando da Justiça, sendo que a recorrente não era guardiã da documentação (p. 31).

Análise

3.33. No que diz respeito à contratação de parentes da Diretora-Geral, como André Fabiano Viviani Pinheiro, constata-se que as contratações do referido profissional iniciaram-se anteriormente

à gestão da Sra. Crea Antônia e da própria Diretora-Geral, Sra. Romilda Guimarães, prestando serviços desde o ano de 1996 (peça 1, p. 6, item 23) sendo que o funcionário em questão se tornou genro desta somente após o início dos trabalhos desenvolvidos no Cespe.

3.34. Além disso, a Sra. Romilda teve acolhidos os argumentos relativos à “contratação de parentes para a prestação de serviços ao Cespe, indicando possível beneficiamento de terceiros, em razão da ausência de comprovação de que tais pessoas teriam concorrido em igualdade de condições com os demais interessados”, conforme Relatório do acórdão recorrido (peça 75, p. 12-13), até porque a Súmula Vinculante 13, que versa sobre o nepotismo, foi editada somente no ano de 2008.

3.35. Não obstante, a mesma Diretora-Geral e a Sra. Crea Antônia foram apenadas pela contratação do Sr. André Fabiano, justamente em razão da ausência de processo de dispensa de licitação, da falta de justificativa dos preços e o fato de que era “genro da ex-diretora” (peça 75, p. 15, item 123).

3.36. Abstraindo-se a questão do parentesco, já que a Súmula Vinculante 13 foi somente editada no ano de 2008, remanescem as ilegalidades concernentes à ausência de processo formal de dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação de André Fabiano Viviane Pinheiro e a falta de qualquer pesquisa ou cotação de preços de serviços gráficos, pesquisa essa que não seria inviável, visto não se tratar de trabalho altamente especializado ou de difícil contratação no mercado, e que permitiria aferir um mínimo de razoabilidade dos valores pagos. Desse modo, não há como acolher os argumentos recursais.

3.37. Com relação ao argumento de que os pagamentos aos prestadores de serviço eram feitos com recursos próprios do Cespe, oriundos das taxas de inscrição, é imperioso ressaltar que estando integrado à estrutura da Fundação Universidade de Brasília, o Cespe sujeita-se às regras de direito orçamentário e execução financeira do Governo Federal, rendendo observância às diretrizes e legislação aplicáveis no que tange à licitação e contratação.

3.38. Além disso, a Sra. Crea Antônia e a Sra. Romilda Guimarães foram ouvidas em audiência sobre as “contratações de serviço genéricos”, bem como o Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho, por ter celebrado contratos esses realizados sem observância das formalidades legais e em relação aos quais as recorrentes não trouxeram quaisquer elementos de justificativa (peça 1, p. 10, itens 50 e 51), motivo pelo qual rejeitam-se as razões recursais.

b.2) liberalidade nos pagamentos de despesas no âmbito do Cespe, falta de zelo com os procedimentos administrativos para formalização e de evidenciação de que os dispêndios ocorreram em consonância com os interesses da Administração, contrariando os princípios da legitimidade, da legalidade e da eficiência, previstos no art. 70 da CF/1988, e o da motivação, contido no art. 2º da Lei 9.784/1999 e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967, a exemplo de: pagamento de multa de trânsito de veículo particular, pagamento de material institucional para o SintFub, aquisição de persianas com recibo indicando instalação em endereço de particular, ressarcimento dos gastos com curso preparatório de concursos, pagamentos de contas telefônicas particulares, reembolso de gastos sem apresentação de comprovantes, prestação de contas com notas fiscais vencidas, reembolsos pela compra dos equipamentos e materiais de construção adquiridos diretamente por pessoas físicas (peça 106, p. 32-33)

3.39. A recorrente reproduz, de forma incompleta, trechos de suas razões de justificativa pertinentes às irregularidades em apreço.

3.40. Afirma que o Cespe colocou à disposição de alguns servidores telefones celulares sob sua responsabilidade de pagamento, e que em casos excepcionais, outros servidores que não possuíam celulares institucionais eram ressarcidos por desenvolverem atividades de interesse da FUB, notadamente em concursos públicos, evitando o locupletamento do Estado às expensas de seus agentes, como aconteceu com os reembolsos feitos às Sras. Maria Luiza Guerra e Valéria Rocha Mota (p. 32-33).

Análise

3.41. A recorrente não trouxe qualquer argumento além daqueles já declinados nas razões de justificativa, motivo pelo qual se reproduz as considerações feitas pela unidade técnica e constantes do Relatório que precedeu ao acórdão recorrido:

137. Com relação ao pagamento de multa de trânsito, mesmo estando o condutor do veículo a serviço do Cespe e sendo as situações declaradas nas razões de justificativa verdadeiras, ainda assim, não seria cabível o pagamento da referida multa, dado o caráter personalíssimo da punição.

138. Em relação ao pagamento de impressão de material do Sintfub, não ficou demonstrado, nos autos, o interesse da administração na impressão tampouco documentação que sustente a argumentação de que houve ordem da Reitoria para a execução dos trabalhos.

139. O Sindicato deve arcar com as despesas inerentes às suas atividades. Para esse fim é financiado por seus associados. É inaceitável, do ponto de vista do princípio da legalidade, o pagamento de despesas do Sindicato com recursos públicos. Se a FUB e o Sindicato tivessem interesse comum na impressão do material, a situação deveria ter sido formalizada mediante convênio ou outro ajuste com devido registro das etapas da despesa no orçamento.

140. Semelhantemente ao exposto no parágrafo anterior, é ilegítima também a aquisição de persianas para instalação em endereço particular. Na situação descrita para justificar o gasto, há grande dificuldade de distinguir o interesse público do interesse privado, bem como baixa transparência na gestão dos recursos públicos.

141. Não foram apresentados argumentos para elidir as questões referentes ao ressarcimento dos gastos com curso preparatório de concursos, pagamentos de contas telefônicas particulares, reembolso de gastos sem apresentação de comprovantes, prestação de contas com notas fiscais vencidas, reembolsos pela compra dos equipamentos e materiais de construção adquiridos diretamente por pessoas físicas.

3.42. Mesmo com relação à multa de trânsito de **veículo particular** da funcionária paga pelo Cespe e das persianas instaladas em residência particular, pela alegada falta de local reservado para deliberação sobre questões sigilosas de concursos, ambas as medidas poderiam, em tese, ser justificadas mediante a apresentação dos processos administrativos respectivos, que contivessem as razões e motivos que sustentaram a assunção dessas despesas pelo Centro.

3.43. Desse modo, tendo a recorrente reconhecido a irregularidade em apreço, e não havendo outros elementos de convicção sobre os fatos apontados, mantém-se o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, e rejeita-se os argumentos recursais.

3.44. Não houve qualquer manifestação da recorrente sobre as irregularidades indicadas nos subitens b.3 (contratações da Digiselo), b.4 (fracionamento de despesas), b.5 (execução generalizada de compras e serviços sem licitação) e b.6 (pagamentos de despesas com notas fiscais de pessoas físicas), classificados no relatório do Acórdão recorrido (peça 75, p. 27-31).

c) aprovação de gastos com suprimentos de fundos, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, sem que os documentos comprobatórios da realização da despesa (notas fiscais, recibos e outros) estivessem em nome do Cespe, contivessem discriminação adequada da despesa efetivamente realizada, declaração de recebimento da importância paga emitida pelo fornecedor e atesto do recebimento/execução do serviço pelo demandante, consoante exigido pelos Decretos 93.872/1993 e 5.355/2005 e pelas Portarias/MF 95/2002 e 41/2005, que regulamentam a concessão, a utilização e a prestação de contas de suprimentos de fundos (peça 3, p. 13) (peça 106, p. 33-36)

3.45. Reproduzindo parte das alegações de defesa, a recorrente justifica a falta de planejamento de algumas despesas em face de eventualidades que necessitam de pronto atendimento, o que justifica a utilização de suprimento de fundos, que consistem em exceção à licitação, para atender a despesas urgentes (p. 33-34).

3.46. Advoga que sem o suprimento de fundos, o Cespe não lograria alcançar o nível de excelência que possui atualmente, e que das despesas elencadas, ainda que por amostragem, não se constata qualquer absurdo, e que a média de utilização da prática foi de R\$ 4.467,00 por mês (p. 34-35).

3.47. Contesta a acusação de uso ilegal dos cartões corporativos, visto que os servidores mencionados pela recorrente detinham poderes de delegação para tanto e argumenta que a utilização

de restaurantes guarda estreita relação com as finalidades do Centro, visto que são feitos contatos com as mais diversas autoridades estaduais, municipais e federais (p. 35-36).

3.48. Por fim, alega que não houve sequer um suprimento de fundo que não foi devidamente comprovado quanto a sua necessidade e motivação, que seus valores estão dentro do limite legal e sempre foram utilizados para compras emergenciais e de pequena monta (p. 36)

Análise

3.49. Importante assinalar que a recorrente foi chamada em audiência neste item não pela ilegal utilização do instituto do suprimento de fundos, mas pela **ausência de documentos comprobatórios** das despesas no valor de R\$ 43.210,00, executadas pela recorrente, nos anos de 2003 a 2005, em grande medida por meio de cartão corporativo (peça 124, p. 45-47).

3.50. Essas despesas foram realizadas sem comprovação de observância de requisitos legais, sem os quais não se pode comprovar a correta utilização dos recursos tais como a não emissão de notas fiscais em nome do Cespe, o não detalhamento do serviço prestado, a ausência de declaração de recebimento da importância paga, realizada pelo fornecedor do bem e/ou serviço, a ausência de atestado de execução dos serviços pelo demandante, com data e assinatura, nome legível e cargo/função (peça 1, p.23-25).

3.51. Também não se questionou o fato de estarem sendo realizadas despesas com restaurantes, visto que poderia haver necessidade de gastos com alimentação em projetos e concursos realizados fora da sede, tampouco se está determinando a devolução de quaisquer valores. A irregularidade reside na falta de correta documentação e registro das despesas, o que denota fragilidade nos controles e ausência de transparência nos gastos.

3.52. Não tendo a recorrente trazido qualquer documento comprobatório adicional que permita infirmar as conclusões do aresto, rejeitam-se as razões recursais.

3.53. A recorrente não se manifestou sobre **o item “d” do ofício de citação** (peça 3, p. 13), objeto de sucumbência, relativo à manutenção informal de espaço físico para escritório de representação do Cespe, e concessão de reembolsos mensais para cobertura das despesas, em desacordo com preceitos legais.

e) utilização do Instituto Pernambucano de Apoio e Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Ipad, sediado em Recife/PE, para a aquisição de bens e a contratação de serviços para atender a contratos firmados com outros órgãos e entidades da Administração, provocando contratações sem a garantia da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem projetos básicos e demais exigências da Lei 8.666/1993, com burla ao devido procedimento licitatório e ônus injustificado ao erário, o que implicou violação ao princípio da economicidade e aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e do procedimento licitatório (art. 37, XXIII da CF/1988) e afronta às regras básicas da Lei 8.666/1993; (peça 3, p.13) (peça 106, p. 36-39)

3.54. Reproduzindo os argumentos exarados nas razões de justificativa, defende que os pagamentos ao Ipad foram devidamente faturados, e possuem comprovação de gastos, derivando de expressa previsão contratual para gerência de recursos financeiros para as instituições citadas, e foram previstos nas taxas de inscrição dos concursos com percentual próprio para essa finalidade (p. 36-37).

3.55. Afirma que os pagamentos efetuados pelo Cespe foram legais e o Centro agiu no estrito cumprimento do contrato firmado entre a FUB e a Polícia Federal, sendo que todas as despesas foram voltadas para o curso de formação dos Policiais Rodoviários Federais, de acordo com as solicitações da PRF, assim como a Polícia Militar do Distrito Federal (p. 37).

3.56. Assere que o contrato firmado entre a FUB e o Ipad foi precedido de parecer da Procuradoria Jurídica da UnB e os trabalhos do instituto foram satisfatórios (p. 38).

Análise

3.57. Verificou-se, durante os trabalhos de fiscalização, que o Cespe efetuou a contratação do Ipad para o fornecimento de bens sem relação de pertinência com o objetivo institucional ou social da

referida entidade, tais como aquisição de armas de fogo, computadores, móveis, e aparelhos de ar condicionado (peça 1, p. 39) para suprir necessidade de contrato firmado diretamente entre o Cespe e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

3.58. Não obstante o art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993 autorizar a dispensa de licitação na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, como é o caso do Ipad, é necessário que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social das aludidas entidades, o que não ocorreu no caso, funcionando o instituto como mero intermediário do Cespe para contratações diretas sem licitação.

3.59. Conforme assinalou a unidade técnica (peça 75, p. 19):

154. Assim, embora a responsável alegue que seria o Ipad que teria incorrido em irregularidade ao não realizar licitação em suas subcontratações, não é possível negar que a simples contratação desse instituto para o fornecimento de bens alheios ao objetivo institucional ou social da entidade seja, por si só, uma afronta aos princípios da licitação. Portanto, não merecem ser acolhidas as razões de justificativa da responsável quanto a esta questão.

3.60. Destaque-se que não se está questionando a não entrega dos bens ou não prestação dos serviços pelo Ipad, até porque o controle interno não encaminhou qualquer responsabilização nesse sentido, motivo pelo qual a irregularidade em apreço foi objeto de multa aos responsáveis e não débito a ressarcir.

3.61. Diante disso, e não tendo a recorrente trazido outros elementos probatórios – pareceres jurídicos da FUB, contratos assinados pela PRF e Polícia Militar, e outros – impõe-se o não acolhimento das razões recursais.

f) emissão de ordens de serviço solicitando a contratação emergencial e direta, pelo Instituto Pernambucano de Apoio e Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Ipad, sediado em Recife/PE, da empresa Inteligência Empresarial Brasil Ltda., nos exercícios de 2001 e de 2002, para a prestação de serviços destinados diretamente ao próprio Cespe, a exemplo dos seguintes trabalhos descritos no subitem 3.7.12 do Relatório de Ação de Controle/SFC 00190.00694212005-24: sistema de inscrição pela Internet para concursos, desenvolvimento de relatórios e de formulários, de componentes de software, de sistema informatizado para coleta de relação de faltosos e de currículos, de projeto gráfico, caracterizando burla ao dever de licitar e ônus injustificado ao erário, com transgressão ao princípio da economicidade e aos artigos 3º, 7º, I, da Lei 8.666/1993; (peça 3, p. 13) (peça 106, p. 39)

3.62. A recorrente se limita a reafirmar que os Diretores Administrativos do Cespe entre janeiro de 2001 e novembro de 2002 foram outros, e que os pagamentos eram efetuados de acordo com os serviços que estavam em andamento.

Análise

3.63. A recorrente não se manifesta sobre um único tópico da alínea “f” em apreço, relativo a prestação de serviços destinados ao próprio Cespe com burla ao dever de licitar, ou à contratação, pelo IPAD, da empresa Inteligência Empresarial Brasil Ltda., sendo que o argumento de que não exerceu cargo diretivo no Cespe nos anos de 2001 e 2002 não se sustenta simplesmente porque não há documentação nesse sentido, conforme já assinalado anteriormente.

3.64. Ressalte-se que a empresa Inteligência Empresarial Brasil foi a que recebeu valores mais significativos do Cespe por intermédio do Ipad (R\$ 1.488.440,50), conforme análise do Controle Interno (peça 124, p. 117).

3.65. Não havendo elementos adicionais de convicção, rejeitam-se as razões recursais.

3.66. Com relação à **alínea “g”** (peça 3, p. 14), referida pela recorrente, e relativa à ausência de recolhimento do Imposto de Renda e informação à Seguridade Social de fatos geradores do INSS sobre servidores da FUB e terceiros, não houve sucumbência recursal, visto que o Tribunal acolheu os argumentos das recorrentes, conforme análise à peça 75, p. 21.

3.67. Ao fim e ao cabo, a recorrente não acrescenta outros elementos documentais ou de



convicção para afastar sua imputação nestes autos.

3.68. Desse modo, propõe-se o não provimento do recurso de reconsideração da Sra. Créa Antônia de Almeida Faria.

4. Do exame das irregularidades imputadas à Sra. Romilda Guimarães Macarini, Edeijavá Rodrigues Lira, Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Sra. Maria Osita Gomes Bezerra (peça 117)

4.1. Serão analisados os argumentos comuns aos recorrentes, bem como aqueles imputados a um ou mais responsáveis, conforme as irregularidades listadas nos ofícios de citação de Edeijavá (peça 2, p. 50-52), de Maria Heldaiva (2, p. 54-55), de Romilda (peça 2, p. 44-48) e de Maria Osita (peça 3, p. 17-18).

4.2. Por oportuno, assinale-se que o recurso à peça 117 páginas 1-108, reproduz, na essência, o conteúdo dos embargos de declaração opostos à peça 98, e nas alegações de defesa e razões de justificativa (peças 4-7).

a) Do eventual erro de julgamento no acórdão vergastado, por desconconsideração das circunstâncias atenuantes das condutas irregulares e por violação do princípio da isonomia (todos os recorrentes) (peça 117, p. 17-20)

4.3. Argumentam os recorrentes que o acórdão recorrido não levou em consideração as circunstâncias atenuantes das supostas condutas consideradas irregularidades, incidindo em erro de julgamento. Requerem a nulidade da decisão vergastada, visto que os argumentos declinados em sede de razões de justificativa não teriam sido devidamente apreciados pelo voto condutor (p. 17-18).

4.4. Afirmam ter havido desproporcionalidade nos critérios utilizados para imputar débito aos recorrentes e dispensar outros responsáveis, visto que teria ficado demonstrada a boa-fé no presente processo, e a impossibilidade de se afirmar que os serviços não foram integralmente executados, e pleiteiam igualdade de condições para todos os responsáveis no processo, em penhor do princípio constitucional da isonomia (p. 18-19).

4.5. Aduzem ter havido obscuridade na fundamentação e clara exposição dos motivos de convencimento do relator acerca dos fatos analisados pela unidade técnica, cuja proposta de deliberação acolheu em parte, motivo pelo qual o presente recurso deveria ser acolhido ao menos parcialmente no sentido de eliminar a obscuridade (p. 19-20).

Análise

4.6. Conforme exposto, os argumentos não diferem, em essência, daqueles declinados em alegações de defesa e razões de justificativa (peças 4-7) em embargos opostos pelos recorrentes (peça 98), e devidamente analisados no voto condutor (peça 112) do Acórdão 2.740/2016-TCU-Plenário (peça 111). Nesse sentido, vale transcrever excerto do referido voto da lavra do Ministro Vital do Rêgo:

12. Esclareço, primeiro, que todos os argumentos apresentados pelos embargantes e pelos demais responsáveis foram considerados tanto no exame da unidade técnica (peças 35 e 36, transcrito no relatório que fundamentou a decisão), quanto no voto condutor do Acórdão 1.799/2016-TCU-Plenário, o qual adotou as análises ali realizadas como fundamento para suas decisões, nos seguintes termos:

11. Feito esse resumo dos fatos, passo a decidir. De plano, informo que acompanho, parcialmente, as propostas da SecexEducação reformadas pelas sugestões oferecidas pelo MPTCU, **e adoto como minhas razões de decidir as análises procedidas no relatório que precede este voto, sem prejuízo das observações que passo a tecer.** (grifos acrescidos)

13. Ou seja, a detida análise realizada pela Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto (SecexEducação), transcrita no relatório que embasou o Acórdão 1.799/2016-TCU-Plenário, tratou de cada uma das irregularidades apuradas nos autos e serviu de base para as propostas por mim apresentadas e acolhidas pelo Colegiado.

14. Assim sendo, não há que se falar em obscuridade do acórdão guerreado, pois as razões que levaram à rejeição das alegações de defesa e razões de justificativa dos embargantes foram devidamente expostas no relatório e no voto que fundamentaram a decisão.)



15. Com relação a uma possível disparidade entre os critérios utilizados para imputar débito aos embargantes e dispensar os demais responsáveis, também arguida, esclareço que as situações tratadas distinguem-se entre si, não havendo, portanto, contradição na adoção de diferentes encaminhamentos.

16. **No caso dos Srs. Edeijavá Rodrigues Lira e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, este Tribunal entendeu que não houve a efetiva comprovação dos serviços prestados ao Cespe, referentes à realização de concursos públicos e vestibulares, de maneira que são indevidos os pagamentos recebidos, autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini.**

17. Já no caso dos dispêndios mensais efetuados em favor do Sr. Mauro Luiz Rabelo, pelo exercício das funções de diretor acadêmico e de diretor-geral no Cespe, em períodos distintos, restou comprovada a efetiva atuação do beneficiário em prol do Centro, sem prejuízo de suas atribuições como professor. Ou seja, os pagamentos realizados ao gestor embasaram-se em real prestação de serviço.

18. Dessa feita, não se pode dizer que houve contradição nos termos da decisão agora combatida. Ademais, ainda que os embargantes tenham se esforçado no sentido de comprovar que não se trataria de recebimento de salários e sim de pagamentos por prestação de serviços que teriam sido de fato entregues, a ausência de documentos que comprovem essa afirmação impede a reforma da decisão. Não pode este Tribunal aceitar como suficiente o “notório resultado dos concursos realizados” (grifos no original).

4.7. Acrescente-se que, consoante a jurisprudência deste Tribunal de Contas, o julgador não está compelido a considerar e rebater todas as alegações das partes irresignadas para formar seu juízo de convicção, conforme se depreende dos julgados abaixo, retirados da jurisprudência selecionada desta Corte:

“...desde que disponha de elementos que entenda serem suficientes para formar sua convicção, assim como tampouco está obrigado a examinar todas as considerações da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU, cujos entendimentos e argumentos servem para fornecer subsídios e não vinculam a formação da convicção do Tribunal”. (Acórdão 1.561/2017-TCU-Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro);

“Estando a deliberação fundamentada em elementos essenciais do processo, não está o relator obrigado a rebater todos os argumentos expendidos pelas partes, tampouco a transcrever em seu voto pareceres constantes nos autos, sendo-lhe permitido abster-se de abordar questões que não influem para a formação de sua convicção”. (Acórdão 1.117/2017-TCU-2ª Câmara, rel. min. Augusto Nardes)

“Ao relator cumpre apreciar a matéria em discussão nos autos de acordo com os aspectos e teses pertinentes à solução da controvérsia, não estando obrigado a rechaçar, um a um, os argumentos expendidos pela parte, quando os fundamentos utilizados já lhe tenham sido suficientes para formar sua razão de decidir, entendimento esse que se coaduna com o art. 489, § 1º, inciso IV, da Lei 13.105/2015 (CPC)” (Acórdão 3.477/2018-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz)

4.8. Assinale-se, de outra borda, que muitos pagamentos autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini e pela Sra. Crea Antônia de Almeida Faria, por exemplo, e cujas irregularidades foram identificadas não ensejaram a aplicação de débito, mas sim multa, por não ter havido evidência de que os bens e serviços não tenham sido adquiridos e/ou prestados, senão que tenha ocorrido grave violação de norma legal ou contábil, relativa a licitação, contratação, controle e acompanhamento dos pagamentos e recebimentos dos bens e serviços. Para situações distintas, imputações igualmente diversas a cada responsável.

4.9. Quanto à alegação de que o julgado não teria levado em consideração circunstâncias atenuantes, tal afirmativa também não procede, porquanto em diversos momentos, tanto a auditoria do controle interno, quanto a unidade técnica do TCU, levaram em consideração, dentre outros fatores, a baixa materialidade dos pagamentos (peça 75, p. 14, item 113, p. 21, item 176, p. 25, item 205), e a existência de vínculo anterior com o Cespe de parentes supostamente beneficiados (peça 75, p. 13, item 106).

4.10. Em vista do exposto, rejeitam-se as razões recursais.

b) Dos pagamentos feitos ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira e à Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, e autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini, objeto de citação das responsáveis, conforme ofícios de citação à peça 2, p. 44-48, 50-52 e 54-55 (peça 117, p. 21-59)

4.11. Argumentam os recorrentes inexistir nos autos evidências de que os serviços não foram prestados e, portanto, tais pagamentos não deveriam ser considerados irregulares, na esteira do que

teria sido concluído pela CGU, no caso dos pagamentos recebidos pela Sra. Romilda, chamada apenas em audiência (p. 21-25).

4.12. Repudiam as conclusões dos autos, de que os defendentes recebiam salários mensais, em razão dos cargos de direção que exerciam na Fundação de Apoio, bem como as acusações de que os serviços prestados não foram devidamente comprovados, e listam uma série de concursos nos quais os mesmos teriam atuado (p. 25-32).

4.13. Com relação ao comparecimento das defendentes em hora e dia previamente estabelecidos, para execução dos serviços, listam os documentos comprobatórios, mas firmam que tais evidências estão em poder do Cespe, e que não tiveram êxito em conseguir cópias pelas vias administrativas, requerendo que o TCU as solicite formalmente ao Cespe (nota de rodapé) (p. 33-34).

4.14. Aduzem que os valores recebidos pela Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro foram reduzidos nos anos de 2003 e 2004, o que não ocorreria em um regime de remuneração mensal, bem como não foram realizados pagamentos ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira no período de janeiro a maio de 2001, o que comprova a característica de eventualidade dos pagamentos (p. 35-42).

4.15. Reiteram que os pagamentos realizados pelo Cespe aos defendentes não estão relacionados aos cargos que ocupavam na FUBRA, mas sim aos serviços prestados na realização de concursos, os quais se sobrepunham uns aos outros (p. 37 e 42-43).

4.16. Mencionam o Acórdão 3.005/2009-TCU-Plenário, acerca da contratação, pela FUB, de serviços de terceiros por pessoa física, e como a decisão foi prolatada no decorrer do ano de 2009, seria descabida qualquer proposta de aplicação de penalidade aos responsáveis. Afirma que as participações individuais hoje são inferiores ao período de 2002 a 2005 e que as gratificações permanecem mensais, embora em percentual menor, devido a uma menor quantidade de trabalho em relação àquele período, sendo que o número de coordenadores foi aumentado de 55 para 200 (p. 44-59).

Análise

4.17. Os argumentos dos defendentes nada acrescentam às conclusões do acórdão recorrido, e nem infirmam as provas coligidas aos autos. Vale transcrever excerto da análise técnica deste argumento, reproduzido no relatório à peça 75, p. 5:

28.Verifica-se, na relação de pagamentos recebidos pela Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (peça 2, p. 28), que a servidora obteve percepção mensal de agosto de 2002 até dezembro de 2002 e de janeiro de 2004 até outubro de 2005. Nota-se a ocorrência de pagamentos iguais em diversos períodos, em sequência e uma vez por mês.

29.O mesmo se observa em relação ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira, que recebeu pagamento mensal de junho até dezembro de 2001 e depois de fevereiro até novembro de 2002. Aí também se nota a repetição de valores em vários meses, em sequência e uma vez por mês. Tais fatos não correspondem à ideia de eventualidade na prestação de serviços.

30.Além disso, foi extraído, de disco rígido do Cespe, arquivo (Assessoramento à Fubra.xls), datado de 27/9/2002, que relaciona servidores da FUB que vinham sendo assalariados pelo Cespe para assessorarem a Fubra (peça 3, p.14 do TC 020.159/2006-0). Destaca-se que dois dos responsáveis mencionados eram o presidente e a diretora da Fubra, aqui citados, o que corrobora a tese de que eles eram remunerados por exercerem cargos na Fubra, em explícito desrespeito ao art. 42 do Estatuto da Fubra: "Art. 42 - É expressamente proibida a concessão de salários, bonificações, distribuição de lucros ou vantagens, a qualquer título, aos conselheiros e diretores, sob qualquer pretexto ou forma."

31.Ainda que se discuta a natureza da remuneração dos responsáveis, se decorrentes de remuneração por exercer cargo de direção na Fubra ou da prestação de serviços específicos para o Cespe em concursos públicos, caberia ao gestor fazer provas da execução dos serviços e do envolvimento direto dos responsáveis nas tarefas que culminaram nos valores expendidos pelo Cespe. A propósito, a defesa, em nota de rodapé (peça 4, p. 47), admite não possuir os supostos documentos comprobatórios.

4.18. Quanto ao pedido para que o TCU promova diligências no sentido de localizar publicações na imprensa oficial e jornais de circulação, trata-se de **ônus do jurisdicionado**, vez que que as normas que regulam o processo de controle externo não concedem ao responsável o poder de



compelir o TCU a produzir provas, como a colheita de depoimentos ou realização de perícias e diligências. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte de Contas, conforme se depreende das ementas de jurisprudência selecionada abaixo transcritas:

“O Tribunal deve julgar com base nas provas documentais constantes dos autos, reunidas pelos órgãos de controle interno e pela unidade técnica, em confronto com aquelas produzidas e apresentadas pelo responsável em sua peça de defesa” (Acórdão 3.535/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Augusto Nardes)

“Não é cabível a aplicação analógica das disposições pertencentes à prova do processo civil ao processo de controle externo, porque a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU dispõem, exaustivamente, acerca dos meios de prova disponíveis aos responsáveis” (Acórdão 689/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

A produção de provas nos autos de controle externo é feita sob a forma escrita, sem a necessidade de convocação de testemunhas ou peritos, para conferir ao processo a necessária agilidade. A produção de provas periciais e testemunhais decorre do Código de Processo Civil (CPC), cuja aplicabilidade, aos processos do TCU é apenas subsidiária. (Acórdão 130/2008-CU-Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

4.19. Assim, o fato de este Tribunal não ter requerido formalmente ao Cespe os ditos documentos comprobatórios dos serviços que teriam sido prestados não gerou quaisquer prejuízos às partes, nos termos das ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF abaixo transcritas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL NÃO VERIFICADO. PRODUÇÃO FACULTADA AO INVESTIGADO. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIXADA POR ESTA CORTE. PRECEDENTES. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (grifos acrescentados) (MS 33.441 AgR/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 29/6/2018)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR – FAT. ILEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA A EX-GESTOR PÚBLICO. PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO. EXAME RESTRITO ÀS PROVAS DOCUMENTAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA (grifos acrescentados) (MS 29.137/DF, rel. min Cármen Lúcia, julg. 18/12/2012)

4.20. No que concerne ao Acórdão 3.005/2009-TCU-Plenário, o aresto referiu-se aos serviços prestados por servidores da universidade em atividades **eventuais** relativas a cursos e concursos, ou outros serviços incluídos no âmbito da Lei 10.973/2004, afastando a autorização de pagamentos adicionais quando se configurar mera substituição das atividades inerentes ao cargo pelas incumbências assumidas nos projetos, e não efetiva cumulação de atribuições (9.3.3 e 9.3.4).

9.3.3. na prestação de serviços não relacionados às atividades de curso ou concurso:

9.3.3.1. promova a devida motivação dos processos referentes às prestações de serviços a outras instituições públicas ou privadas, de que decorram pagamentos adicionais aos servidores envolvidos na prestação dos serviços, demonstrando o devido enquadramento no escopo da Lei nº 10.973/2004 (Lei da Inovação) ou indicando outro permissivo legal que respalde a retribuição adicional concedida, sob pena de violação do disposto no art. 21 da Lei nº 12.017/2009 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2010) (item 4.4.1);

9.3.3.2. quando realizados pagamentos diretamente pela universidade a servidores públicos, por contraprestação de serviços que se incluam no âmbito da Lei nº 10.973/2004, inclusive os relacionados às atividades de pesquisa científica e tecnológica, utilize a forma de “adicional variável”, isento de contribuição previdenciária, mas sujeito à incidência de imposto de renda, suprimindo a concessão de “bolsa” em tal



hipótese, em atenção ao art. 8º e seus §§ 2º, 3º e 4º da Lei nº 10.973/2004 e art. 28 da Lei nº 8.212/1991 (item 4.4.2);

9.3.4. abstenha-se de autorizar pagamentos adicionais a servidores, a título de serviços prestados em contratos ou projetos de interesse da universidade, quando pela localidade ou horário de prestação do serviço for necessário o afastamento das atribuições normais do seu cargo ou configurar-se mera substituição das atividades inerentes ao cargo pelas incumbências assumidas no projeto, e não efetiva cumulação de atribuições desempenhadas (item 4.4.1);

4.21. Ora, o que se constatou, no caso em apreço, foram pagamentos recebidos pelos recorrentes em determinados períodos entre 2001 e 2005, a título de prestação de serviços de concursos públicos e vestibulares, **sem a devida comprovação**, indicando remuneração adicional por atribuições e incumbências regulares dos responsáveis no próprio Cespe.

4.22. Desse modo, o acórdão aludido pelos recorrentes não tem o condão de afastar, senão de corroborar, a irregularidade concernente aos pagamentos periódicos e em valores semelhantes, realizados durante longos períodos sucessivos, aos ora recorrentes.

4.23. Assim, não merecem prosperar as razões recursais.

c) ***“a.1) recebimento indevido de pagamentos por serviços extraordinários prestados ao Cespe, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, uma vez que, na qualidade de Diretora-Geral do Centro e ocupante do Cargo de Direção (CD-4), os trabalhos realizados no âmbito dos projetos, avaliações, concursos públicos e demais eventos executados e organizados pelo Centro eram intrínsecos ao exercício da função que ocupava, sua prestação era incompatível com o cargo de direção geral e sua contratação para prestar serviços ao próprio órgão que dirigia contrariava o art. 19 e o inc. IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90;” (peça 3, p. 5, item a.1 do ofício de audiência) (peça 117, p. 59-74)***

4.24. A recorrente Romilda Guimarães alega que a remuneração adicional era derivada de trabalhos prestados ao Cespe e indicados à peça 6, p. 15-18, mas fora das atribuições diárias de seu cargo, o que afastaria a imputação de ofensa à Lei 8.112/1990 (p. 59-63).

4.25. Assevera que os pagamentos corresponderam a serviços prestados fora do horário de expediente e que não tinham relação com as atividades rotineiras de seu cargo, tendo sido todos normatizados a passados pelo crivo da Reitoria da FUB, e destaca a Resolução FUB nº 1/1998, bem como lista as atividades extracontratuais que diz ter exercido (p. 63-71).

4.26. Compara sua situação à dos professores da UnB que, embora sejam responsáveis por realizar e elaborar provas de seus alunos, não estão obrigados a elaborar questões dos concursos públicos realizados pelo Cespe, bem como a recorrente não detinha poder para alterar as regulamentações e remunerar a si própria como bem entendesse, tendo sido a FUB que estabeleceria os estipêndios a que fazia jus (p. 71-74).

Análise

4.27. Tendo trazido os mesmos argumentos exarados em sede de razões de justificativa, a requerente não logra afastar a irregularidade concernente ao recebimento de remuneração extrapor atividades desempenhadas no exercício da função de Diretora-Geral do Cespe, como bem assinalou a unidade técnica (peça 75, p. 12):

96. Por exemplo, a elaboração de estrutura de custos dos contratos e editais, a contratação e o treinamento de pessoal, o planejamento, a execução e a avaliação das atividades relativas aos concursos, vestibulares e aos programas de avaliação seriada são atribuições ordinárias e próprias das atividades institucionais e finalísticas da Diretoria do Cespe, conforme disposto no art. 2º, I, da Estrutura Organizacional do Cespe, aprovada pelo Ato da Reitoria da FUB 1.129, de 20/8/1996 (peça 6, p. 13).

97. Portanto, as atividades relacionadas pela responsável são parte das atividades de administração do próprio Centro no exercício de suas atribuições institucionais, não sendo lícito, dessa forma, aferir remuneração pelo desempenho de tais atividades.

4.28. Impõe-se a rejeição, portanto, das razões recursais.

“a.2) – contratação de parentes para a prestação de serviços ao Cespe, indicando possível beneficiamento de terceiros, em razão da ausência de comprovação de que tais pessoas teriam

concorrido em igualdade de condições com os demais interessados” (peça 3, p. 5, item a.2 do ofício de citação) (peça 117, 75-93).

4.29. A presente irregularidade não foi objeto de sucumbência recursal, visto que a recorrente Romilda Guimarães teve suas razões de justificativa acatadas pelo acórdão recorrido (peça 75, p. 12-13), tornando despcienda a reprodução e análise das razões recursais.

“a.3) – celebração de contratos de prestação de serviços, com base nos artigos 10, 'd', 13, 24, II, 25, I e III, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e autorização de participação de servidor em atividades de extensão, com base no art. 207 da CF/1988 e nos artigos 52 e 53 da Lei 9.394/1996, na Decisão 47/1996-TCU-Plenário e na Resolução do Conselho de Administração/FUB 001/98, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, sem atentar para a legalidade e formalidade do processo administrativo, uma vez que tais expedientes não eram corretamente preenchidos, não continham a descrição das tarefas a serem executadas, nem data da contratação e valor ajustado, bem como não estavam acompanhados de controles da comprovação da execução dos trabalhos, o que contrariou os princípios da legalidade e da eficiência do art. 37, caput, da CF/1988, o art. 2º parágrafo único, I e VII e o §1º do art. 22 da Lei 9.784/1999, os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964 e o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967” (peça 3, p. 5-6, item a.3 do ofício de citação) (peça 117, 95-97).

4.30. As razões recursais da Sra. Romilda Guimarães Macarini foram apresentadas de forma conjunta com as da Sra. Maria Osita Gomes Bezerra, visto terem ambas também sido chamadas em audiência em termos idênticos (peça 3, p. 5 e 17), em face das mesmas irregularidades.

4.31. A exemplo das razões de justificativa, as ocorrências listadas não mereceram esclarecimento por parte das recorrentes, visto que não adentraram em uma “avaliação fastidiosa sobre o cumprimento ou eventual descumprimento de cada uma das disposições constitucionais e legais relacionadas pela instrução” (p. 95).

4.32. Limitaram-se a argumentar que as falhas teriam ocorrido em contratos de menor magnitude para o Cespe, em casos isolados, inaptos a comprometer as contas do Centro, e seriam plenamente justificáveis, diante do volume de recursos e instrumentos jurídicos mobilizados para execução dos compromissos da entidade, não se tratando de falhas generalizadas (p. 95-97).

Análise

4.33. A relação de contratos constante da peça 1, p. 20, demonstra que a Sra. Romilda Guimarães e a Sra. Maria Osita Gomes foram beneficiadas por alguns desses ajustes, o que motivaria ainda mais a necessidade de transparência desses gastos.

4.34. A irregularidade em apreço corresponde à mesma imputada à Sra. Crea Antônia, e analisada nos itens 3.21 a 3.26, e não obstante contenha baixa materialidade frente ao volume movimentado pelo Cespe, tendo inclusive esse fator sido considerado na ponderação da sanção aplicada, denuncia a falta de zelo e cuidado com a legalidade na condução de processos pelo Centro, falhas na condução gerencial da entidade, pelo não exercício adequado das atribuições inerentes aos cargos gerenciais de seus dirigentes, como o dever de zelar pelo bom andamento dos procedimentos e processos do Cespe, exercer orientação, supervisão e vigilância sobre a correção dos atos administrativos.

4.35. Desse modo, rejeitam-se as razões recursais.

a.4) omissão no exercício das atribuições inerentes ao seu cargo gerencial, entendidas essas como o dever de exercer orientação, supervisão e vigilância sobre os atos administrativos dos subordinados, de zelar pelo bom andamento dos procedimentos administrativos e financeiros do Centro e de garantir a eficiência e a economicidade dos resultados finais alcançados pela entidade, em razão das seguintes ocorrências do Relatório de Ação de Controle/SFC e 00190.00694212005-24 (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6-7) (peça 117, p. 98-125)

4.36. Como este item está subdividido em 6 subitens, listar-se-á cada um deles a seguir, de forma resumida:

a.4.1. Realização de contratações diretas de André Fabiano Viviani Pinheiro, nos exercícios de 2001, 2002 e 2004 e dos serviços relacionados a eventos e concursos (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6) (peça 117, p. 98-104)

4.37. A Sra. Romilda Guimarães responde a esta irregularidade juntamente com a Sra. Crea Antônia de Almeida. Informa terem sido dois os tipos de serviços prestados ao Cespe: um relacionado às habilidades artísticas e outro relativo a serviços de pequena monta a um grande número de pessoas, relacionados a eventos e concursos públicos (p. 98-101).

4.38. Argumenta que se o Cespe submetesse cada pequena contratação aos procedimentos previstos na Lei 8.666/1993, com certeza não atenderia às demandas de seus clientes no tempo e hora por eles reclamadas. Tal fato justificaria a contratação do Sr. André Fabiano a partir de análise curricular e de entrevista, tendo sido o candidato escolhido tecnicamente pela comprovação de sua competência (p. 101-103).

4.39. Quanto à falta de justificativa formal em relação aos preços pagos, a recorrente informa que seria impossível comparar, de forma objetiva, preços de serviços que envolvam criação artística e que os valores pagos por cada serviço contratado teriam sido de pequena monta (p. 103-104).

Análise

4.40. Adota-se, quanto às irregularidades em apreço, a análise empreendida das razões recursais da Sra. Crea Antônia de Almeida (itens 3.33 a 3.36), motivo pelo qual **não se acolhem as razões recursais da Sra. Romilda neste ponto** pelos mesmos motivos ali expostos.

a.4.2. Liberalidade nos pagamentos de despesas no âmbito do Cespe, falta de zelo com os procedimentos administrativos para formalização e evidenciação de que os dispêndios ocorreram em consonância com os interesses da Administração (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6) (peça 117, p. 105-116)

4.41. Em relação ao pagamento de multa de trânsito referente a veículo particular, foi alegado por Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Hedalva Bezerra Pinheiro, Romilda Guimarães Macarini e Maria Osita Gomes Bezerra que o veículo em questão pertenceria a uma servidora do Cespe e que a infração teria sido cometida durante a prestação de serviços ao Centro. A causa da aplicação da multa não estaria relacionada a imprudência, negligência ou imperícia por parte da motorista, mas sim à uma necessidade exigida pelo próprio serviço, e por ter se deparado com engarrafamento, com horário de entrega da encomenda a cumprir, tendo cometido excesso de velocidade, tendo tido todas as cautelas quando à antecedência de sua saída do Cespe (p. 105-106)

4.42. Quanto à irregularidade relativa ao pagamento de impressão de material do Sindicato dos Trabalhadores da FUB (Sintfub), a recorrente informou que a demanda das mencionadas impressões teria sido uma ordem da Reitoria, de tal modo que caberia ao Centro apenas executar os serviços e acrescentou que o material impresso teria sido apresentado como objeto de interesse de toda a comunidade acadêmica (p. 106-107).

4.43. Quanto à aquisição de persianas com recibo indicando instalação em endereço de particular, afirma a recorrente que tal fato estaria relacionado à inexistência, no Cespe, de espaço com privacidade o bastante para que fossem tratados assuntos sigilosos relativos a concursos (p. 107-108)

4.44. Assim, a administração do Cespe teria aceito a cessão de uma sala da residência de propriedade de um dos membros da diretoria para que fossem tratados tais assuntos de forma mais segura. Todavia, como a sala não dispunha de cortinas, os membros do grupo estariam "expostos à claridade e à curiosidade alheia", o que teria feito com que a administração do Centro autorizasse a instalação de persianas (p. 108)

4.45. Com relação ao ressarcimento de gastos com curso preparatório para concursos, feito à prestadora de serviços Patrícia da Silva Milhorança, alega tratar-se de indenização para que a servidora não frequentasse as aulas e não participasse do concurso, para que trabalhasse em prestação de serviços relativo ao mesmo certame (p. 108).

4.46. Entendeu o Centro que a participação da pessoa como concorrente era incompatível com as atividades do concurso, pelo que solicitou que ela se desligasse do curso, estabelecendo-se uma justa compensação, de um lado, os trabalhos prestados pela funcionária e, de outro, o ressarcimento dos custos com que havia incorrido no curso que foi instada a abandonar (p. 109)

4.47. Com relação ao pagamento de contas telefônicas próprias, a recorrente afirma que o elevado gasto de telefonia em linhas próprias se devia ao grande volume de atividades simultâneas desenvolvidas pelo Cespe, e que é até possível que tenha havido uso particular, cuja repreensão é difícil e dispendiosa, e pelo volume mínimo dessas ligações (p. 109-111)

4.48. Com relação às despesas de telefonia em linhas de terceiros, informa que a grande quantidade de funcionários temporários impedia a disponibilização de linhas telefônicas próprias a esses agentes, motivo pelo qual o Centro se via compelido a ressarcir esses valores, sob pena de apropriação indébita do patrimônio alheio. Da mesma forma que os números próprios, o controle posterior dos usos dos telefones particulares demandaria uma imensa carga de trabalho para um volume pequeno de eventuais ressarcimentos, evitando-se que os custos de controle fossem superiores aos das despesas a recuperar. Informa que a própria análise da unidade técnica identificou contas telefônicas com segregação de despesas pessoais e de trabalho (p. 110-112).

4.49. No que diz respeito ao reembolso de gastos sem apresentação de comprovantes, tal falta não poderia ser imputada à requerente, visto que quando da realização da busca e apreensão nas instalações do Cespe, de lá retirou toda a documentação que daria suporte às referidas despesas. Ademais, aduz que a responsabilização da recorrente consistiria em uma inversão indevida do ônus da prova, visto que não foi a mesma que retirou de lá a referida documentação (p. 112)

4.50. Em relação à prestação de contas com notas fiscais vencidas, aduz que a fiscalização sobre a validade dos documentos fiscais, sua forma, série, numeração e destino das vias é matéria de competência do fisco distrital, não competindo ao adquirente a responsabilidade por conferir tais formalidades e impedir o fornecedor ou prestador de serviços de utilizar indevidamente o documento fiscal (p. 112-113).

4.51. Com relação à compra de equipamentos e materiais de construção, o item estaria relacionado a reparos emergenciais do Restaurante Universitário (RU), sendo que a emergência não foi posta sob questionamento, já que o restaurante é imprescindível para o sustento de alunos carentes que só têm aquela refeição disponível, além de professores e funcionários da UnB, sendo que o seu fechamento significaria o caos para o andamento das atividades acadêmicas, sendo que o Cespe tutela o Restaurante por força de norma da Reitoria. As providências adotadas pelo gerente geral do RU à época, correndo o risco de não ser reembolsado, teriam sido elogiáveis. Uma pane no sistema de caldeiras teria com que todo o autosserviço fosse desativado, e o conserto evitou que o RU passasse pelo vexame de servir marmitas (p. 113-116)

Análise

4.52. Assim como em relação à Sra. Crea Antônia, com relação à multa de trânsito de **veículo particular** da funcionária paga pelo Cespe e das persianas instaladas em **residência particular**, pela alegada falta de local reservado para deliberação sobre questões sigilosas de concursos, ambas as medidas poderiam, em tese, ser justificadas mediante a apresentação dos processos ou justificativas administrativas respectivas, que contivessem as razões e motivos que sustentaram a assunção dessas despesas pelo Centro. Entretanto, à míngua de quaisquer evidências nesse sentido, avulta e remanesce a irregularidade concernente à assunção de despesas de particulares.

4.53. Quanto à impressão de material para o Sindicato dos Trabalhadores da FUB, a recorrente não informou quais assuntos de interesse acadêmico eram tratados no material impresso, tampouco apresentou documentação que sustente o argumento da ordem da Reitoria para execução dos trabalhos, não merecendo acolhida a argumentação recursal.

4.54. Com relação aos gastos com curso preparatório para concursos da prestadora de serviços Patrícia da Silva Milhorança, os argumentos não justificam a irregularidade, visto que bastaria ao Cespe efetuar o pagamento diretamente à funcionária a título de pagamento pelos serviços prestados



e não ressarcimento via pagamento ao curso preparatório, em penhor dos princípios da legalidade e da transparência. Ademais, a referida prestadora de serviço não foi obrigada a abandonar o curso, tendo sido a isso convencida pelo Cespe, consoante a justificativa apresentada pela recorrente, pelo que não se podem acolher as razões recursais.

4.55. No que se refere ao alto valor de contas telefônicas próprias e de terceiros, não é possível acolher as argumentações recursais, visto que visto que a então CGU, no relatório do controle interno (peça 124, p. 36-39), listou uma série de pagamentos de faturas telefônicas a particulares, de empresa privada e diversas outras sem qualquer controle ou segregação, inclusive pagamento de telefone particular da ex-diretora Geral, Romilda Guimarães, no valor de R\$ 354,00 (peça 124, p. 41). A prova de que era viável um mínimo de controle dessas despesas é que algumas poucas faturas chegavam com a separação das ligações particulares daquelas a trabalho (peça 75, p. 16-17, item 142).

4.56. No que diz respeito ao reembolso de gastos sem apresentação de comprovantes, a alegada impossibilidade de acesso à documentação comprobatória eventualmente retirada em diligência ordenada pela Justiça mereceria algum esforço por parte das recorrentes em requerer tais documentos, e passados mais de dez anos do ocorrido, não foram juntados aos autos quaisquer evidências desses esforços (petições à Polícia, à FUB, requerimentos administrativos, ou mesmo ação judicial de exibição de documentos). Conforme já assinalado, não compete ao TCU efetuar diligências para obtenção de documentos cujo ônus compete ao requerente.

4.57. No que concerne ao pagamento de notas fiscais com data de validade vencida, conquanto seja assente a jurisprudência nesta Corte de Contas de que, ao contrário do que alega a recorrente, “Nota fiscal com validade expirada não constitui documentação idônea para comprovação da regularidade dos gastos, devendo as respectivas despesas serem glosadas pelo concedente, eis que compete ao conveniente a verificação da validade da documentação apresentada para fins de prestação de contas” (Acórdão 2.623/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, jurisprudência selecionada), verifica-se no caso concreto que as notas que deram origem ao apontamento, em sua maioria (8 notas), foram emitidas pela Girafas (G.P Lanchonete), com vencimento há apenas 1 mês ou menos (peça 124, p. 40) e possuíam, por exemplo, valores de baixa monta que somados atingiam o montante de R\$ 246,17 (TC 020.159/2006-0, apenso, peça 49, p. 22-28). Uma outra nota fiscal de R\$ 80,00 foi emitida pela Carne de Sol 712 Norte (peça 49, p. 12). Assim, considerando os argumentos da responsável (vide item 4.50 desta instrução) e a baixíssima materialidade das notas fiscais, considera-se afastada tal irregularidade.

4.58. Com relação ao pagamento de equipamentos e reparos contratados por pessoa física, relacionados ao restaurante universitário, **acolhem-se os argumentos recursais** relativos à **emergência do restaurante universitário**, cuja manutenção era de responsabilidade do Cespe; a um, porque ficou evidenciado na análise do controle interno que o total de R\$ 2.269,00 dispendido pela responsável pela manutenção do restaurante universitário foi para a aquisição de 1 freezer e 1 fogão (peça 124, p. 43); a dois, porque não houve indicação de que os recibos das compras dos materiais não tivessem sido apresentados pelo servidor ao Cespe, tendo sido assinalado tão somente que o reembolso foi realizado por **via imprópria**, e a três, o caráter excepcional da medida e a reduzida magnitude dos valores envolvidos.

a.4.3. Contratações da Digiselo Brasil Comercialização de Produtos Gráficos de Segurança Ltda., por inexigibilidade de licitação, nos exercícios de 2004 e 2005, totalizando pagamentos de R\$ 1.199.941,76 (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6) (peça 117, p. 116-120)

4.59. A recorrente Romilda Guimarães aponta divergências entre as conclusões do PAD que culminaram na destituição do cargo em comissão, e do parecer do controle interno, visto que nesse ponto, a comissão afirmara que a contratação da Digiselo Brasil por inexigibilidade de licitação estaria justificada nos autos, contando com parecer da Procuradoria Jurídica, estando ausentes apenas as justificativas para os preços da contratação. Já o controle interno frisou que não houve

justificativa para os preços da contratação, e que não estava demonstrada a inviabilidade da competição (peça 116-117).

4.60. Justifica a adoção do produto de segurança, em razão de diversas ocorrências de fraudes em concursos públicos, e a justificativa do preço se teria dado em razão de que se tratava de produto de segurança digital diferenciada, incomum, sem paradigmas de confiabilidade, o que justificou mesmo a inexigibilidade (p. 117).

4.61. Reproduz material disponível na internet sobre as distinções do produto gráfico, destinado a receber e guardar impressões digitais em documentos públicos e privados para legitimar identidades, além do registro da patente, sendo que a exclusividade do fornecedor persistiria até os dias de hoje (p. 117-120)

Análise

4.62. Com relação à referida contratação, verifica-se que a comissão do processo administrativo disciplinar evidenciou que a contratação da referida empresa estaria justificada nos autos, inclusive com parecer da Procuradoria Jurídica, conforme se depreende da peça 235, p. 22, do TC 020.159/2006-0, que deu origem a estes autos:

A contratação da empresa Digiselo encontra justificativa nos autos, bem como parecer favorável da Procuradoria Jurídica, em que pese este último não ser vinculante. Importante ressaltar que não consta dos autos justificativas de preços para a contratação.

4.63. Inclusive, no âmbito do mesmo processo administrativo disciplinar, foi colhido depoimento da Sra. Regina Mangueira de Almeida, ex-prestadora de serviço do Cespe, segundo a qual ela se recordaria de que a empresa Digiselo havia sido contratada por inexigibilidade de licitação e de que a mesma detinha carta de exclusividade, mas que não se lembrava do produto (peça 235, p. 6-8, do TC 020.159/2006-0).

4.64. Contudo, o relatório do Controle Interno, divergindo da comissão de PAD, apontou a ausência de demonstração efetiva da inviabilidade de competição, o que teria contrariado inclusive o próprio parecer da Procuradoria Jurídica da FUB (peça 124, p. 67). Nesse sentido, apesar de a recorrente Créa Antônia, por exemplo, ter alegado em razões de justificativa (peça 15, p. 9) que a referida contratação ocorreu por inexigibilidade, e que constariam do respectivo processo a carta de exclusividade e o registro da patente junto ao INPI, tais documentos **nunca foram juntados aos autos**.

4.65. Caso fosse comprovada a impossibilidade de competição, não caberia a chamada de outras empresas com produto semelhante para que fosse realizado comparativo de preços, pela impossibilidade dessa comparação. Entretanto, igualmente **não consta dos autos o parecer da Procuradoria Jurídica da UnB** que teria atestado **a exclusividade da contratada**, o que impede igualmente constatar a referida inviabilidade de competição e a regularidade da contratação por inexigibilidade, no valor aproximado de R\$ 1,2 milhão.

4.66. Essa ausência de documentação hábil e suportar os argumentos das recorrentes foi identificada em duas oportunidades pela Secex-Educação (peça 1, p. 30 e peça 35, p. 29).

4.67. Como não há nos autos qualquer evidência adicional, e não tendo as recorrentes Romilda Guimarães e Créa Antônia trazido outros elementos de convicção, propõe-se negar provimento aos recursos neste ponto.

a.4.4) Fracionamento de despesas, desobedecendo ao art. 14, caput, IV, da Lei 8.666/1993, a exemplo de: a) aquisição de tonner e cartuchos, de 24/6/2002 a 8/12/2004, totalizando R\$ 280.678,58; b) aquisição de refeições e lanches, de 29/1/2003 a 20/12/2004, totalizando R\$ 147.512,81; c) aquisição de combustíveis no posto Fubra, de 31/1/2004 a 21/12/2004, totalizando R\$ 68.910,49; k) contratação dos serviços de lavanderia da Lavanderia Cristal para atender ao Cespe e ao Restaurante Universitário, totalizando R\$ 17.330,70 em 2004; i) fretamento de aeronave para Barra do Garça/MT, de 9 a 12/1/2004, fracionado em dois processos de dispensa (R\$ 8.000,00 e R\$ 1.200,00); (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6-7) (peça 117, p. 120-125)

4.68. Argumenta não ter ocorrido aquisições desproporcionais de tonners e cartuchos de impressão, vez que o montante de R\$ 280,6 mil se refere ao período de junho de 2002 a dezembro de

2004, o que representa uma média mensal de R\$ 9.054,00, razoável para o volume de serviços do Cespe, além do que as aquisições foram feitas junto a mais de 20 empresas distintas (p. 120).

4.69. Aduz que não teria como dimensionar as quantidades e especificações dos produtos de impressão a partir de consumo anterior e projeção futura, pois dependia das contratações de concursos a serem firmadas, e a fim de evitar riscos de estocar produtos desnecessários e que ultrapassassem o tempo de validade (p. 121).

4.70. Quanto aos lanches e refeições, afirma terem sido gastos razoáveis, contratados junto a sete empresas diferentes, e que a licitação foi dispensada pela impossibilidade de previsão dos contratos a serem celebrados pelo Cespe, sendo que o primeiro obstáculo seria a elaboração de projeto básico, na medida em que não poderia definir quantidades, locais e momento dos fornecimentos (p. 122).

4.71. A aquisição de combustíveis junto ao Posto Fubra teria sido forma de apoiar a Universidade, já que todos os seus ganhos são revertidos para a Fundação de Apoio. Além disso, informa que qualquer licitação no Distrito Federal nesse sentido seria inviável, considerada a cartelização desse segmento de econômico (p. 123).

4.72. Quanto à contratação da Lavanderia Cristal, informa que tinha o objetivo precípuo de atender ao restaurante universitário, o qual era tutelado pelo Cespe, por ordem normativa da Reitoria. Argumenta que os agentes do Cespe não estavam inteirados da administração do RU, dada a grande quantidade de serviços da atividade-fim do Centro (concursos e eventos) e não teriam como dimensionar a demanda de seus serviços, inclusive de lavanderia, motivo pelo qual foram extrapolados os limites de dispensa de licitação, até porque era o próprio RU que geria os serviços de lavanderia, requisitando do Cespe apenas o pagamento das despesas (p. 123-124).

4.73. Quanto ao fretamento de aeronave para Barra do Garça, em dois processos de dispensa de licitação, informa que manifestações de comunidades indígenas da região tornaram temerário e perigoso o acesso convencionado dos agentes do Cespe à cidade, exigindo que se fizesse o fretamento da aeronave para alcançar o destino em segurança e sem atrasos e inconvenientes para o concurso, tendo sido feito errôneo enquadramento em dispensa ao invés de situação emergencial e acréscimo de valor de R\$ 8.000,00 para R\$ 9.000,00 em virtude da necessidade de pouso em outro local não previsto na proposta inicial (p. 124-125).

Análise

4.74. Da mesma forma como a recorrente realizou estimativa de gastos passados em relação à aquisição de tonners e cartuchos de impressão, poderia fazê-lo em relação a futuras compras, sem risco de perda de validade do produto, assim como quanto à estimativa de gastos com alimentação e combustíveis.

4.75. Em relação a este último, aquisição de combustível, a recorrente não traz evidências de que a cartelização dos postos de combustível impediria uma contratação mais vantajosa, visto que existe mais uma rede de combustíveis no DF com preços eventualmente abaixo da média.

4.76. Em relação ao fretamento da aeronave, as razões apresentadas pela recorrente diferem daquelas trazidas pela Sra. Crea Antônia, Diretora Administrativa do Cespe, para quem o fretamento da aeronave encontrava guarida no contrato firmado entre a FUB e a empresa Voetur, devidamente submetido a processo licitatório (peça 15, p. 10-11), mas cuja documentação não foi acostada aos autos. Ademais, a recorrente não traz qualquer documentação comprobatória das alegações relativas a ameaças indígenas e impossibilidade dos pousos programados.

4.77. Em relação a essa impossibilidade generalizada de previsão de gastos, é oportuno assinalar que o sistema de registro de preços permite a aquisição de forma mais eficiente, à medida das necessidades, motivo pelo qual reproduz-se as considerações da unidade técnica, estampadas no relatório do acórdão recorrido (peça 75, p. 28-29):

226. Especificamente em relação aos tonners, verifica-se no relatório da SFC (peça 2, p. 2021 do TC 020.159/2006-0), que ocorreram, de 24/6/2002 a 8/12/2004, 54 operações de compra de tonners/cartuchos todas com valores iguais ou inferiores a R\$ 8.000,00. Quanto às compras de combustível, foram, de 31/1/2014

a 21/12/2004, 17 operações de compra com valores nunca ultrapassando R\$ 6.500,00, todas no posto da Fubra.

227. Também não pode ser considerado imprevisível o fornecimento de alimentação nos concursos realizados pelo Cespe. Se não se sabe exatamente quantos e quais serão os concursos realizados ao longo do ano, é certo que seria possível estimá-los, planejar, licitar e contratar esses serviços antecipadamente para atender, pelo menos, a uma previsão mínima. Note-se que, de 29/1/2003 a 20/12/2004, foram realizadas 42 operações de compra, todas com valores inferiores a R\$ 8.000,00.

228. Quanto ao fracionamento de despesas relacionadas à Lavanderia Cristal, verificou-se que foram efetuados pagamentos que totalizaram R\$ 17.330,70 em 2005, R\$ 17.669,29 em 2004 e R\$ 17.851,21 em 2003. A constância dos pagamentos indica que essas despesas não eram imprevisíveis, urgentes ou esporádicas. A soma do valor anual das compras é muito superior ao limite estabelecido pela Lei 8.666/1993 de R\$ 8.000,00, que poderia autorizar a dispensa de licitação.

229. Em relação ao fretamento do avião, não foram apresentadas provas de que havia um contrato firmado por licitação que permitiria o pagamento à empresa Voetur. As informações constantes do relatório da SFC (peça 2, p. 25 do TC 20.159/2006-0), ao contrário do que afirma a defendente, evidencia que, além do fracionamento, "a direção do Cespe autorizou a dispensa de licitação indevidamente com base no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993".

4.78. Dessa forma, rejeitam-se os argumentos deduzidos.

4.79. Não foram apresentadas razões recursais para os subitens a.4.5 (execução generalizada de compras e serviços sem licitação) e a.4.6 (pagamento de despesas com notas fiscais emitidas e nome de pessoas físicas).

a.5) não impugnação das prestações de contas de suprimentos de fundos, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, formalizadas de forma deficiente, sem que os documentos comprobatórios da realização da despesa (notas fiscais, recibos e outros) estivessem em nome do Cespe, contivessem discriminação adequada da despesa efetivamente realizada, declaração de recebimento da importância paga emitida pelo fornecedor e atesto do recebimento/execução do serviço pelo demandante, consoante exigido pelos Decretos 93.872/1993 e 5.355/2005 e pelas Portarias/MF 95/2002 e 41/2005, que regulamentam a concessão, a utilização e a prestação de contas de suprimentos de fundos (item a.5 do ofício de audiência, peça 3, p. 7) (peça 117, p. 126-129)

4.80. A recorrente argumenta que não poderia conferir cada suprimento de fundos para verificar se atenderiam na sua inteireza as disposições legais aplicáveis, vez que para isso teria que proceder a minuciosa conferência de todos os documentos de cada prestação de contas dos suprimentos de fundos, em um volume da ordem de R\$ 53.602,00 mensais (p. 126-128).

4.81. Alega ainda que a própria unidade técnica constatou que não foram constatados gastos de natureza particular, e que algumas despesas apenas ultrapassaram os limites legais (p. 129)

Análise

4.82. Preliminarmente, impende considerar que a recorrente não foi instada a devolver quaisquer valores relativos a suprimento de fundos, por desvio de finalidade ou por não comprovação da contrapartida de bens ou serviços.

4.83. As irregularidades que motivaram a audiência ligam-se à falta de controles dessas despesas, pela ausência de documentos essenciais, como recibos, notas fiscais, declarações e outros exigidos pelas normas e regulamentos aplicáveis. Se não competia à recorrente o exame minucioso de tais compras, poderia ela ter delegado essa função de forma adequada, visto que o grande volume de recursos geridos pelo Cespe, como a própria recorrente informa, exigia o estabelecimento de controles internos adequados, sob supervisão da requerente.

4.84. Não se acolhem, portanto, as alegações recursais deduzidas.

a.6) manutenção informal de espaço físico para o funcionamento de escritório de representação do Cespe no município do Rio de Janeiro/RJ e concessão de reembolsos mensais para a cobertura das despesas dessa unidade, nos exercícios de 2001, 2002, 2004 e 2005, uma vez que não havia amparo legal para o procedimento, implicando transgressão aos princípios da legalidade e da eficiência, e aos artigos 60, 62 e 63, caput e § 1º e 21, 64, parágrafo único, e 65 da Lei

4.320/1964, artigos 2º, 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (item a.6 do ofício de audiência, peça 3, p. 7) (peça 117, p. 130-134)

4.85. As recorrentes Romilda Guimarães Macarini e Maria Osita Gomes Bezerra justificam o não atendimento estrito dos normativos legais indicados em razão da necessidade de manter uma estrutura mínima eventual na Cidade do Rio de Janeiro, para atender a demandas eventuais de concursos e eventos do Cespe. Afirma que a manutenção de uma estrutura física permanente, com custos de aluguel, mobiliário, instalações e equipamentos não se justificaria do ponto de vista da eficiência (p. 130-133).

4.86. Dessa forma, identificou no Rio de Janeiro e em outras cidades, pessoas que pudessem prestar esse suporte eventual necessário para serviços de assessoria, suporte e apoio logístico, sem se comprometer com estruturas de custos fixos, e reembolsando o prestador de serviços por despesas administrativas de responsabilidade do Cespe (p. 133-134).

Análise

4.87. Da mesma forma que a Sra. Crea Antônia, ex-Diretora Administrativa, as recorrentes não justificam a concessão de reembolsos **mensais** para cobertura de despesas de uma unidade administrada por servidor aposentado da FUB que deveria funcionar de forma eventual.

4.88. Tal evidência é sustentada pelas solicitações mensais para o reembolso de despesas com a manutenção da unidade, como aluguéis, contas de telefone fixo e celulares, despesas com materiais para escritório e deslocamentos, conforme análise à peça 1, p. 27-28.

4.89. Para atender aos princípios da legalidade e ao da eficiência, bastaria à Diretora-Geral efetuar a contratação do prestador de serviços de forma eventual, ressarcindo apenas aquelas despesas comprovadamente assumidas com encargos relativos ao Centro, caso contrário sujeita-se à evidência de manter de forma informal e ilegal estrutura permanente, o que de fato ocorreu.

4.90. Desse modo, não há como acolher as razões recursais.

a.7) utilização do Instituto Pernambucano de Apoio e Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Ipad, sediado em Recife/PE, para a aquisição de bens e a contratação de serviços para atender a contratos firmados com outros órgãos e entidades da Administração, provocando contratações sem a garantia da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, sem projetos básicos e demais exigências da Lei 8.666/1993, com burla ao devido procedimento licitatório e ônus injustificado ao erário, o que implicou violação ao princípio da economicidade e aos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e do procedimento licitatório (art. 37, XXIII da CF/1988) e afronta às regras básicas da Lei 8.666/1993 (item a.5 do ofício de audiência, peça 3, p. 7-8) (peça 117, p. 135-140)

4.91. Argumenta a Sra. Romilda Guimarães que o Ipad foi criado em 1997, dispondo de uma autonomia que o Cespe juridicamente não detinha, mas com finalidades e objetivos semelhantes. Nesse sentido, tornou-se um parceiro do Cespe para participar da execução de contratos firmados pelo Centro (p. 136-137).

4.92. Como o Cespe encontrava-se com sua capacidade operacional esgotada, decidiu-se pela subcontratação de serviços, com fundamento no art. 72 da Lei 8.666/1993 e na doutrina mais abalizada, o que não teria trazido prejuízos à perfeita prestação dos serviços ou qualquer reclamação por parte dos contratantes (p. 137-138).

4.93. Aduz que efetuou a dispensa de licitação para contratação do Ipad com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993, e se o Ipad deveria proceder às licitações da mesma forma que o Cespe, não seria o Centro que teria incorrido em irregularidade ao subcontratá-lo, mas o próprio Ipad e a contrario sensu, se o Ipad não estava obrigado a licitar em face das normas de regência, não seria o fato de estar executando um contrato ou subcontrato em que o Cespe é o contratante que tornaria exigível a licitação (p. 139-140).

Análise

4.94. Conforme análise das razões de justificativa da Sra. Crea Antônia nos itens 3.57 e seguintes, os trabalhos de fiscalização constataram que o Cespe efetuou a contratação do Ipad para o

fornecimento de bens **sem relação de pertinência com o objetivo institucional ou social da referida entidade**, tais como aquisição de armas de fogo, computadores, móveis, e aparelhos de ar condicionado (peça 1, p. 39) para suprir necessidade de contrato firmado diretamente entre o Cespe e o Departamento de Polícia Rodoviária Federal, por exemplo.

4.95. Desse modo, é imprescindível que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social das aludidas entidades. Conforme assinalou a unidade técnica (peça 75, p. 19),

154. Assim, embora a responsável alegue que seria o Ipad que teria incorrido em irregularidade ao não realizar licitação em suas subcontratações, não é possível negar que a simples contratação desse instituto para o fornecimento de bens alheios ao objetivo institucional ou social da entidade seja, por si só, uma afronta aos princípios da licitação.

4.96. Verificou, portanto, que além das parcerias para execução de programas em comum, a utilização do Instituto se destinou à aquisição de bens e à contratação de serviços com burla ao procedimento licitatório e ônus injustificado ao erário, com violação dos princípios da economicidade, isonomia, legalidade, impessoalidade, publicidade e do procedimento licitatório, motivo pelo qual não se acolhem as razões recursais, neste ponto.

4.97. Diante do exposto, propõe-se dar parcial provimento ao recurso de reconsideração na forma abaixo indicada.

CONCLUSÃO

5.1. Das análises anteriores, conclui-se:

Em relação à Sra. Crea Antônia de Almeida Faria:

a) não foram identificadas ilegalidades ou irregularidades no procedimento administrativo do relatório de ação de controle da CGU;

Em relação a Romilda Guimarães Macarini, Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Maria Osita Gomes Bezerra:

a) não houve erro de julgamento no acórdão vergastado seja por descon sideração das circunstâncias atenuantes das condutas irregulares seja por violação do princípio da isonomia;

b) os pagamentos feitos ao Sr. Edeijavá Rodrigues Lira e à Sra. Maria Hedaiva Bezerra Pinheiro, e autorizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini não obedeceram ao princípio da legalidade;

c) as irregularidades objeto de audiência imputadas à **Sra. Romilda Guimarães Macarini** podem ser afastadas em parte, com redução proporcional da multa aplicada pelo item 9.6 do acórdão recorrido, no que se refere: i) ressarcimento a pessoa física de despesas de reforma emergencial do restaurante universitário (item a.4 do ofício de audiência, peça 3, p. 6); ii) pagamento de notas fiscais de reduzido valor com data de validade vencida.

d) não merecem acolhida as razões recursais concernentes às demais irregularidades objeto de citação e audiência dos recorrentes.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6.1. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Crea Antônia de Almeida Faria, Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Romilda Guimarães Macarini contra o Acórdão 1.799/2016-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 33, da Lei 8.443/19992, conhecer dos recursos e, no mérito:

a) dar provimento parcial ao recurso da Sra. Romilda Guimarães Macarini, com redução proporcional da multa;

b) negar provimento aos recursos dos demais recorrentes;

c) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos responsáveis e interessados e à Procuradoria da República no Distrito Federal.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

7. O Ministério Público, à peça 130, manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento alvitada pela unidade técnica.

É o relatório.

VOTO

Atuo por força do art. 152 do Regimento Interno.

2 Os recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Edeijavá Rodrigues Lira e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, funcionários da Fundação Universitária de Brasília (Fubra), e pelas Sras. Crea Antônia de Almeida Faria, Maria Osita Gomes Bezerra e Romilda Guimarães Macarini, funcionárias do Centro de Promoção e Seleção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB), podem ser conhecidos, uma vez que foram atendidos os requisitos de admissibilidade previstos para a espécie no art. 285 do Regimento Interno.

3 A Tomada de Contas Especial julgada mediante a decisão recorrida, o Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, tratou de irregularidades na execução financeira da entidade.

4 Entre outras providências, foram julgadas irregulares as contas do Sr. Edeijavá Rodrigues Lira, da Sra. Romilda Guimarães Macarini e da Sra. Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, os quais foram condenados ao pagamento de débito, em valores da ordem de, respectivamente, R\$ 520 mil, R\$ 780 mil e R\$ 260 mil, e da multa referida no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, nos valores de, respectivamente, R\$ 10.000,00, R\$ 15.000,00 e R\$ 5.000,00. Foi também aplicada a multa estabelecida no art. 58, II, da mesma lei, à Sra. Romilda Guimarães Macarini, Diretora-Geral, à Sra. Crea Antonia de Almeida Faria, ao Sr Raimundo Cosmo de Lima Filho, e à Sra Maria Osita Gomes Bezerra, nos valores de, respectivamente, R\$ 40.000,00, R\$ 10.000,00, R\$ 5.000,00, e R\$ 3.000,00. A Sra. Romilda Guimarães Macarini foi inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de oito anos.

5 A unidade técnica, ao analisar os argumentos do recurso, concluiu que deveria ser dado provimento parcial apenas ao recurso de peça 117 no que aproveita à Sra. Romilda Guimarães Macarini, com redução proporcional da multa que lhe fora aplicada fundamentada no art. 58, II, da Lei n.º 8.443, de 1992. Quanto aos demais recorrentes, entendeu deveria ser negado provimento às suas razões recursais.

6 O Ministério Público acompanhou esse entendimento.

7 Acolho na essência as conclusões oferecidas pela unidade técnica, as quais adoto como razões para decidir. Vejamos.

7.1 A **Sra. Crea Antônia de Almeida Faria**, Diretora Administrativa do Cespe apresenta argumentos para afastar as seguintes irregularidades que lhe foram imputadas: i) celebração de contrato de prestação de serviço e autorização de participação de servidor em atividades de extensão sem a legalidade e a formalidade necessárias; ii) contratações e aquisições sem o devido processo licitatório; iii) contratação de serviços genéricos; iv) ausência de comprovação da prestação de serviços contratados; v) pagamentos por bens e serviços em cujo interesse público não foi comprovado; vi) pagamento de despesas com suprimento de fundos sem a apresentação de documentos comprobatórios de sua realização; e vii) burla ao dever de licitar, com ônus injustificado ao erário. As razões recursais não podem ser acolhidas, com destaque aos fundamentos que se seguem.

7.1.1 Alguns dos argumentos trazidos não se referem a irregularidades que motivaram a decisão recorrida.

7.1.2 A decisão decorreu do devido processo legal, de acordo com as normas aplicáveis. Além disso, nesta fase externa da análise, a defesa foi franqueada plenamente aos responsáveis. Agora, em sede de recurso, a recorrente não traz nem indica os documentos a que atribui o efeito de facilitar a descrição transparente dos pagamentos e a destinação que lhes foram dadas. Demais, o fato de o Cespe

ser vinculado ao Gabinete do Reitor e ter suas atividades coordenadas e supervisionadas pelo Decano de Administração de Finanças não afasta a responsabilidade da recorrente.

7.1.3 Suas condutas consideradas irregulares para a contratação em relação a pagamentos por serviços eventuais contratados não estão fundamentadas nas normas nem na decisão deste Tribunal que a responsável evocou em sua defesa.

7.1.4 Não ficou demonstrada a impossibilidade de cumprimento dos procedimentos previstos na Lei n.º 8.666, de 1993, para as contratações diretas de André Fabiano Viviani Pinheiro. No mínimo, deveriam ter sido registradas tempestivamente as justificativas para a ausência de licitação, considerando todos os aspectos relevantes da contratação, como, por exemplo, valores pagos.

7.1.5 Os recursos próprios do Cespe sujeitam-se às regras de direito orçamentário e de execução financeira do Governo Federal, portanto, devem ser utilizados respeitando-se a legislação referente a licitações e contratos.

7.1.6 Não ficou demonstrado o interesse público nas aquisições tidas como irregulares por suas naturezas, a exemplo do pagamento de multas de trânsito de veículo particular, de contas telefônicas particulares, do ressarcimento de gastos com curso preparatório para concursos, e outros. Tais gastos deveriam ter sido formalizados mediante processo administrativo que registrasse as devidas justificativas.

7.1.7 A utilização de suprimentos de fundos referida nos autos foi considerada irregular pela ausência de documentos comprobatórios das despesas realizadas.

7.1.8 De modo geral, não foram trazidas evidências que afastassem as irregularidades que foram atribuídas à responsável ou sua responsabilidade.

7.2 Os Srs. **Romilda Guimarães Macrini, Edeijavá Rodrigues Iira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Maria Osita Gomes Bezerra** apresentam argumentos para afastar as seguintes irregularidades que lhes foram imputadas: i) pagamento em regime de remuneração mensal sob o pretexto de pagamentos por serviços eventuais, sem a demonstração da prestação de tais serviços, configurando-se contrapartida por cargos ocupados na Fundação Universitária de Brasília (Fubra) pelo Sr. Edeijavá e pela Sra. Maria Heldaiva – contrapartida essa expressamente proibida pelo estatuto da Fubra; ii) pagamentos indevidos por serviços extraordinários prestados ao Cespe, cuja execução era intrínseca ao exercício da função ocupada pela prestadora, a Sra Romilda, que, como Diretora-Geral do Cespe, não poderia ter contratado a si mesma, em afronta à Lei n.º 8.112, de 1990; iii) celebração de contratos e autorização de participação de servidor em atividades de extensão sem as devidas formalidades; iv) contratações diretas sem justificativa; v) pagamentos por bens e serviços em cujo interesse público não foi comprovado; vi) tentativa de comprovação de despesas com notas fiscais vencidas; vii) pagamentos por equipamentos e por reparos contratados por pessoa física relacionados ao Restaurante Universitário; viii) fracionamento indevido de despesas; ix) pagamento de despesas com suprimento de fundos sem a apresentação de documentos comprobatórios de sua realização; x) manutenção informal de espaço físico para o funcionamento de escritório de representação do Cespe no município do Rio de Janeiro (RJ); e xi) burla ao dever de licitar e ônus injustificado ao erário. Destaco os seguintes fundamentos da análise das razões recursais apresentadas conjuntamente pelos responsáveis.

7.2.1 Também foram trazidos argumentos que não se referem a irregularidades que motivaram a decisão recorrida.

7.2.2 Não foram detectadas obscuridade, contradição ou omissão no acórdão recorrido.

7.2.3 Quanto às atribuições de responsabilidade, condutas diferentes tiveram consequências distintas, inclusive em relação a atenuantes, a agravantes e a excludentes de culpabilidade.

7.2.4 Não foram afastados os indícios vários e coincidentes de que contrapartidas pela ocupação de cargos da Fubra estavam sendo pagas pelo Cespe. Registra-se a recorrência mensal continuada de pagamentos a ocupantes de funções de gerência da Fubra, a coincidência entre os valores pagos em vários meses, além da inclusão dos nomes do Sr. Edeijavá e da Sra. Maria Heldaiva em arquivo eletrônico que relaciona servidores da FUB que vinham sendo assalariados pelo Cespe para

assessorarem a Fubra – constante de disco rígido de propriedade do Cespe (peça 3, p. 14 do TC 020.159/2006-0). Diante desses indícios vários e coincidentes, caberia aos responsáveis comprovarem o cumprimento das obrigações que dizem ter assumido junto ao Cespe.

7.2.5 Como ocupante de função que a sujeitava a regime integral de dedicação ao serviço, a Sra. Romilda não poderia ser paga pelo Cespe por serviços extraordinários inerentes à sua função. Isso inclui atribuições ordinárias e próprias das atividades institucionais e finalísticas da unidade que dirigia, pois sua função de gestora não eliminava a eventual necessidade de que executasse tais atividades pessoalmente, se necessário. Além disso, a Decisão 473/96-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Bento José Bugarin, mencionado no recurso, deixou claro que a remuneração adicional de funcionários da FUB não poderia ocorrer quando do desempenho de atividades inerentes ao seu quadro próprio, como ocorreu no caso analisado. Assim, os argumentos trazidos não afastaram a irregularidade.

7.2.6 A menor magnitude atribuída à irregularidade consistente da inadequada formalização de contratos de prestação de serviços e de participação de servidor em atividade de extensão fora considerada pelo Relator *à quo* para efeito de ponderação do valor da multa aplicada.

7.2.7 Não ficou demonstrada a impossibilidade de cumprimento dos procedimentos previstos na Lei n.º 8.666, de 1993, para as contratações diretas realizadas. No mínimo, deveriam ter sido registradas tempestivamente as justificativas para a ausência de licitação, considerando todos os aspectos relevantes da contratação, como, por exemplo, valores pagos.

7.2.8 Os gastos com serviços cujo interesse público não foi comprovado, como os referentes a multa de trânsito e a contas telefônicas de particulares, não tiveram processos formais de pagamento que lhes comprovassem a regularidade ou que registrassem as justificativas pertinentes. Além disso, as que foram trazidas agora não estão acompanhadas de evidências que as sustentem.

7.2.9 Não ficou comprovado esforço para o acesso a documentação sob a posse do Cespe que, segundo os recorrentes, comprovaria gastos realizados.

7.2.10 A irregularidade do pagamento por serviços cujas notas fiscais tinham data de validade vencida está assente na jurisprudência desta Corte. No entanto, diante de sua baixíssima materialidade, podem ser acolhidas as justificativas apresentadas.

7.2.11 Os pagamentos por equipamentos e por reparos contratados por pessoa física relacionados ao restaurante universitário podem ser acolhidos. Os dispêndios foram de fato urgentes e compatíveis com a manutenção do restaurante e não há indícios de que não tenha havido a apresentação dos recibos das compras. Contribui para a esse entendimento o caráter excepcional da medida e a reduzida magnitude dos valores envolvidos.

7.2.12 Não há evidências da impossibilidade de estimativa de gastos futuros com aquisições realizadas de forma fracionada ou da utilização do sistema de registro de preços para tais aquisições.

7.2.13 A ausência de controle de despesas realizadas por suprimento de fundos não se justifica pela impossibilidade de a Sra. Romilda conferir pessoalmente cada despesa. A tarefa poderia ter sido delegada a subordinados, sob sua supervisão.

7.2.14 Não foi justificada a concessão de reembolsos mensais para cobertura de despesas com unidade administrada descentralizada pagas por terceiro, que deveria ter atuado de forma eventual.

7.2.15 Não ficou descaracterizada a burla ao devido procedimento licitatório pela contratação de entidade para fornecimento de bens que não guardavam relação de pertinência com seu objetivo institucional ou social.

8 Concluo que apenas pode ser dado provimento parcial às pretensões da Sra. Romilda Guimarães Macarini, afastando-se a parte da multa referente ao ressarcimento a pessoa física por despesas com reforma emergencial do Restaurante Universitário e ao pagamento de algumas despesas referidas em notas fiscais com data de validade vencida.

9 Por fim, acrescento que a decisão referente a esta denúncia deve ser informada à Procuradora da República no Distrito Federal Eliana Pires Rocha. A Procuradora solicitou, no âmbito do TC 025.731/2014-9 (peça 1 daquele processo), documentos e informações acerca de apurações de



irregularidades na realização de pagamento realizados pela Sra. Romilda Guimarães Macarini. Solicitou também, no âmbito do TC 002.698/2015-3 (peça 1 daquele processo), informações sobre o julgamento deste TC.

Face ao exposto, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2091/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 024.964/2010-7.

1.1. Aposos: 020.159/2006-0; 025.731/2014-9; 002.698/2015-3.

2. Grupo I – Classe de Assunto I: Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial)

3. Responsáveis/Recorrentes:

3.1. Responsáveis: Carlos Augusto de São José (CPF 001.400.901-34); Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Erico Paulo Siegmar Weidle (CPF 018.007.520-91); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Mauro Luiz Rabelo (CPF 222.761.901-59); Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34); e Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87).

3.2. Recorrentes: Crea Antônia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49); Edeijavá Rodrigues Lira (CPF 120.353.601-10); Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro (CPF 261.781.761-04); Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53); Romilda Guimaraes Macarini (CPF 076.089.181-87).

4. Entidade: Centro de Seleção e Promoção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB).

5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).

8. Representação legal: Guilherme Machado de Oliveira (OAB/DF 43.626); Guilherme Henrique de Sá Mendes (OAB/DF 15.731/E); Breno Luiz M Braga de Figueiredo (OAB/DF 26.291); Paulo José Machado Corrêa (OAB/DF 14.515).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase processual, de recursos de reconsideração em face do Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo,

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

9.1 conhecer dos recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Edeijavá Rodrigues Lira e Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro, funcionários da Fundação Universitária de Brasília (Fubra), e pelas Sras. Crea Antônia de Almeida Faria, Maria Osita Gomes Bezerra e Romilda Guimarães Macarini, funcionárias do Centro de Promoção e Seleção de Eventos, da Fundação Universidade de Brasília (Cespe/UnB), com fundamento no art. 285 do Regimento Interno;

9.2 dar provimento parcial ao recurso interposto por Romilda Guimarães Macarini;

9.3 negar provimento aos recursos interpostos por Crea Antônia de Almeida Faria, Edeijavá Rodrigues Lira, Maria Heldaiva Bezerra Pinheiro e Maria Osita Gomes Bezerra;

9.4 reformar o Acórdão n.º 1.799/2016-Plenário, alterando o item 9.6 para que passe a apresentar a seguinte redação:

“9.6. aplicar individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, II, do Regimento Interno para:

Responsável	Valor da multa



<i>a Sra. Romilda Guimarães Macarini (CPF 076.089.181-87), diretora-geral do Cespe</i>	<i>R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais)</i>
<i>a Sra. Crea Antonia de Almeida Faria (CPF 154.298.571-49), diretora administrativa</i>	<i>R\$ 10.000,00 (dez mil reais)</i>
<i>o Sr. Raimundo Cosmo de Lima Filho (CPF 266.457.421-34), diretor administrativo, diretor executivo e vice-diretor-geral e de logística</i>	<i>R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)</i>
<i>a Sra. Maria Osita Gomes Bezerra (CPF 115.270.801-53), supervisora do núcleo de pessoal</i>	<i>R\$ 3.000,00 (três mil reais)</i>

fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;”

9.5 dar ciência da presente deliberação aos recorrentes;

9.6 remeter cópia deste acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Distrito Federal e à Procuradora da República Eliana Pires Rocha.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2091-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 025.218/2015-8

Natureza: Monitoramento (FISC Segurança 2015)

Órgão/Entidade: Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça e Segurança Pública e outros Responsável: Guilherme Cals Theophilo (Secretário da Senasp)

Advogados com procuração nos autos: não há

SUMÁRIO: MONITORAMENTO. RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO. FISCSEGURANÇA 2015. VISÃO GERAL DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEFICIÊNCIAS NA ATUALIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE DADOS, PESQUISAS E ESTUDOS SOBRE O TEMA. NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DE REGISTROS CONTÁBEIS RELATIVOS A DESPESAS RELACIONADAS A SEGURANÇA PÚBLICA. ACÓRDÃO 1.943/2016-TCU-PLENÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO PARCIAL DAS RECOMENDAÇÕES. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA GESTÃO POLÍTICA FEDERAL DA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA E PELA PADRONIZAÇÃO DA CONTABILIDADE PÚBLICA NACIONAL. REENVIO DOS COMANDOS, SOB A FORMA DE DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre monitoramento do Acórdão nº 1.943/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, a respeito de Relatório de Levantamento efetivado com vistas a elaboração do Relatório Sistemático de Fiscalização da Segurança Pública 2015 (FiscSegurança2015), cujo objeto é o aprimoramento do controle externo exercido por este Tribunal no setor e o oferecimento de subsídios aos trabalhos das Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas Legislativas, de forma a identificar riscos e áreas de relevância, orientar o foco de futuras ações de controle externo e também municiar os gestores públicos, a comunidade acadêmica e o cidadão com informações úteis e atualizadas sobre o fenômeno da violência e as políticas públicas voltadas para combatê-la.

2. Adoto como parte do presente relatório, com fulcro no inciso I do § 3º do art. 1º da Lei nº 8.443/92, excertos da instrução elaborada pela Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública - SecexDefesa, lavrados nos termos que se seguem, com a aprovação da Diretora e do Secretário da Unidade Técnica (peças 73-75):

3 ANÁLISE DO ATENDIMENTO DAS DELIBERAÇÕES

3.1 DELIBERAÇÃO 9.1 DO ACÓRDÃO 1943/2016-PLENÁRIO

9.1 determinar ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, **plano de ação** referente à **implementação do Programa Nacional de Redução de Homicídios**, tendo em vista a urgência e a premência da atuação do Governo Federal, em virtude da elevada taxa de homicídios no Brasil;

3.1.1. Situação que levou à proposição da deliberação (peça 31, p. 65-66)

16. A determinação deveu-se à complexidade e à demora na implementação do então principal programa de combate à violência a cargo do Ministério da Justiça e Segurança Pública – o “Programa Nacional de Redução de Homicídios”.

17. Em 2015, diante do recrudescimento da violência no País, o ministério propôs um pacto entre a União, os estados e os municípios para a redução de homicídios.

18. O objetivo inicial do pacto era priorizar ações de combate à violência nas 81 cidades em que ocorreram quase a metade dos homicídios registrados no Brasil em 2014 (46.881 assassinatos, o que representava 10% dos homicídios ocorridos no mundo, segundo a Organização das Nações Unidas - ONU), com a meta de redução de 5% ao ano de homicídios dolosos. O programa era composto por diversos objetivos estratégicos.

19. O objetivo “Reduzir Homicídios” tinha como foco o aprimoramento da gestão integrada de segurança pública para reduzir a taxa de homicídio no País.

20. O objetivo “Reduzir a Violência no Trânsito das Rodovias Federais”, por sua vez, tinha como finalidade a redução de acidentes com vítimas em rodovias da União, bem como o incremento da atuação do MSJP para a educação da população no trânsito.

21. Por meio do objetivo “Fortalecer o Enfrentamento à Criminalidade com Ênfase em Organizações Criminosas, Tráfico, Corrupção, Lavagem de Dinheiro e Atuação na Faixa de Fronteira”, o então Ministério da Justiça buscava realizar a gestão estratégica de operações na faixa de fronteira, por intermédio da atuação integrada dos órgãos no enfrentamento à criminalidade, ao tráfico, à corrupção e à lavagem de dinheiro.

22. Com o objetivo “Aperfeiçoar a Coordenação Estratégica em Segurança Pública”, o ministério visava a aprimorar a coordenação estratégica em segurança pública, de modo a permitir a estruturação de dados, relatórios, pesquisas e atuação conjunta dos atores do ministério nessa temática.

23. Não obstante os recorrentes e crônicos problemas de violência, **a fiscalização verificou que o Programa Nacional de Redução dos Homicídios ainda não tinha sido lançado formalmente pelo então MJ.**

24. Questionados, os gestores informaram que, por se tratar de programa que demandava a participação de outros entes da federação e de diversos órgãos de segurança pública, a implementação seria bastante complexa, razão pela qual ele ainda não havia sido efetivado. Segundo



o relatório, a demora na implantação do principal programa de combate à criminalidade do Governo Federal era objeto de constantes críticas por parte de especialistas.

3.1.2 Providências adotadas e comentários dos gestores (peças 53 e 61)

25. A Senasp esclareceu que, **em substituição ao Programa Nacional de Redução de Homicídios, iniciou a construção do Plano Nacional de Combate a Homicídios e Violência Doméstica. Contudo, em outubro de 2016**, o referido plano fora ampliado, passando a ser o **Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP)**, o qual incorporou ações não somente contra homicídios dolosos, mas também relacionadas à modernização do sistema prisional e ao combate aos crimes transnacionais.

26. Informou ainda que o PNSP foi instituído pela Portaria MJSP 182, de 22 de fevereiro de 2017, o qual tinha como princípios a integração, a colaboração e a cooperação entre a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal.

3.1.3 Análise

27. Considerando a publicação do PNSP instituído pela Portaria MJSP 182/2017, em Sessão de 26/4/2017, o Plenário deste Tribunal de Contas, mediante o Acórdão 811/2017, relator Ministro José Múcio Monteiro (item 9.2), determinou à SecexDefesa que autuasse processo de acompanhamento para avaliar a implementação e os resultados advindos do referido Plano Nacional de Segurança Pública.

28. O mencionado Acórdão 811/2017-TCU-Plenário apreciou o processo de levantamento de governança e de gestão das entidades encarregadas da segurança pública, iGovSeg-II (TC 020.481/2016-0), no curso do qual foram verificadas diversas alterações nos documentos que antecederam e findaram por dar origem ao PNSP, demonstrando a fragilidade e a descontinuidade do processo de formulação das políticas de segurança, bem como a precariedade do processo de planejamento e de tomada de decisão do Governo Federal nessa área.

29. Em cumprimento à determinação contida no Acórdão 811/2017-TCU-Plenário, a SecexDefesa autuou o TC 012.802/2017-4, cujo objetivo era avaliar a implementação e os resultados advindos do Plano Nacional de Segurança Pública, aprovado pela Portaria-MJSP 182, de 22 de fevereiro de 2017. O TC em referência foi apreciado pelo Acórdão 579/2018-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes.

30. Contudo, a fiscalização constatou que o PNSP, decorridos, àquela época, menos de três meses desde a sua publicação, estava em processo de revisão, novamente em razão de mudanças em condições políticas e econômicas que atravessava o País. Devido ao estágio em que se encontrava o PNSP, e com objetivo de acompanhar sua implementação, o Tribunal expediu a seguinte determinação:

9.2. autorizar a permanência deste processo aberto para acompanhamento, nos termos da Portaria Segecex 27/2016, item 60 do anexo único, com o propósito de permitir a avaliação das melhorias a serem implementadas na nova versão do Plano Nacional de Segurança Pública e os resultados delas oriundos na segunda etapa de acompanhamento, a ser realizada a partir do segundo semestre de 2018;

31. No ano passado, a Lei 13.675, de 11 de junho de 2018, que, entre outras medidas, criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e instituiu o Sistema Único de Segurança Pública, fez constar em seu texto diretrizes para publicação do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social.

32. Por meio Decreto 9.630, de 26 de dezembro de 2018, o Governo Federal institui o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social. Entre os objetivos do plano, encontra-se a redução dos homicídios e demais crimes violentos letais; a redução de todas as formas de violência contra a mulher, notadamente violência sexual doméstica; a promoção do enfrentamento às estruturas do crime organizado; e aprimorar mecanismos de prevenção e repressão de crimes violentos e patrimoniais, entre outros, peça 72, p. 1.



33. Importante registramos que o atual governo, por intermédio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, noticia a apresentação de anteprojeto de Lei Anticrime com o objetivo de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência, no contexto de aumentar a eficácia contra aos crimes e reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal (Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68/view> > Acesso em 6/2/2019).

34. Diante do exposto, **sugerimos considerar não mais aplicável o subitem 9.1 do Acórdão 1943/2016-Plenário**, uma vez superada a necessidade de elaboração de plano de ação para implementação do Programa Nacional de Redução de Homicídios em vista da publicação do Plano Nacional de Segurança Pública de que trata o Decreto 9630/2018, o qual será oportunamente avaliado nos autos do processo de acompanhamento TC 012.802/2017-4.

3.1.4 Evidências

35. Ofício nº 919/2017/GAB-SENASP/MJ (peças 53 e 61), Acórdãos 811/2017-TCU-Plenário e 579/2018-TCU-Plenário.

3.1.5 Conclusão

36. O subitem 9.1 do Acórdão 1943/2016-TCU-Plenário pode ser considerado não mais aplicável, uma vez que o Programa Nacional de Redução de Homicídios foi absorvido pelo novo Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social.

3.1.6 Proposta de encaminhamento

37. Considerar não mais aplicável o subitem 9.1 do Acórdão 1943/2016-TCU-Plenário.

3.2. DELIBERAÇÃO 9.2.1 DO ACÓRDÃO 1943/2016 -TCU-PLENÁRIO

9.2 **recomendar** ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que:

9.2.1 **defina uma periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização**, com vistas à formação de **série histórica** de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de **aprimorar os diagnósticos** que subsidiam as políticas públicas de segurança no País;

3.2.1. Situação que levou à proposição da deliberação (peça 31, p. 73-74)

38. A recomendação originou-se da constatação da ausência de pesquisa nacional de vitimização para complementar dados estatísticos, insumos básicos para o trabalho das organizações de segurança pública, apontados como fundamentais para subsidiar o planejamento, a execução e a avaliação das políticas de segurança pública.

39. Consta do Relatório de Levantamento que as estatísticas oficiais conseguem capturar apenas crimes que são conhecidos e notificados aos órgãos policiais. Os que não são conhecidos (subnotificação desconhecida) e aqueles conhecidos e não registrados (subnotificação conhecida) ficam fora do escopo das estatísticas oficiais e, por essa razão, são conhecidos como cifras ocultas ou obscuras.

40. As pesquisas nacionais de vitimização utilizam o relato de pessoas selecionadas em uma amostra para estimar o grau de vitimização em uma população. Complementam as estatísticas oficiais porque são capazes de captar os crimes conhecidos e não registrados (subnotificação conhecida).

41. O relatório apontou que as pesquisas de vitimização no Brasil têm sido realizadas de forma assistemática, sem atender a uma periodicidade ou metodologia fixa.

42. A primeira pesquisa de vitimização nacional fora produzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 1988, por meio de questões suplementares ao questionário da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD (LIMA, 2008, p. 67). Em bases similares, o IBGE realizou nova pesquisa apenas em 2003, com a última aplicação nesses moldes ocorrendo em 2009.

43. Segundo ainda fez constar o relatório, desde a concepção do Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal (SINESPJC) em 2004, estava previsto um módulo destinado à pesquisa de vitimização denominado “Pesquisa Nacional de Vitimização”. Tal módulo resultou na

realização, em 2013, da “primeira pesquisa nacional de vitimização no País” (as pesquisas anteriores do IBGE foram investigadas em caráter suplementar pela PNAD).

3.2.2 Providências adotadas e comentários dos gestores (peça 61)

44. Por meio do Ofício 4419/2016/GAB SENASP/SENASP-MJ, de 30/9/2016, peça 53, a Senasp informa que **tem buscado alternativas com menor custo e maior eficiência** junto ao IBGE para realizar Pesquisas Nacionais de Vitimização. Nesse sentido, os técnicos da Senasp já teriam participado de duas reuniões com o instituto para tratar do tema (em 10/11/2016 e 5/2/2016).

45. Esclarece que novas agendas seriam desenvolvidas durante o exercício de 2017, a fim de definir a periodicidade da pesquisa, de acordo com os arranjos de gestão entre a Senasp e o IBGE, que estaria condicionada, contudo, à existência de disponibilidade de recursos para esse fim. Aponta como possíveis alternativas para abordar o tema a inclusão de blocos de questões sobre vitimização no Censo e na Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (Pnad), ou alternativamente, a divisão da pesquisa em três etapas: pesquisa nacional de vitimização, pesquisa de avaliação das polícias estaduais e pesquisa sobre a sensação de segurança da população.

46. Finalmente, o órgão informa, no mesmo expediente, que a decisão acerca da periodicidade da pesquisa dependeria da definição desses aspectos, bem como da previsão de recursos orçamentários, o que não poderia ser feito de imediato, mas sim em “momento oportuno”.

3.2.3 Análise

47. As informações apresentadas pela Senasp indicam a adoção de medidas incipientes para viabilizar a realização de Pesquisas Nacionais de Vitimização (PNV) periódicas.

48. Em consulta ao Relatório de Gestão da Senasp de 2017, verificamos que há dados informativos sobre a constituição de grupo de trabalho (GT) composto pelo IBGE, Senasp, Ministério da Saúde, Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), que teria como um dos principais objetivos “o desenho e a viabilização da PNV”, com a devida regularidade (peça 63, p. 137).

49. Segundo ali informado, teria havido análise do relatório da PNV realizada no período de 2009 a 2013, quando foram verificadas as dificuldades enfrentadas para realizar a pesquisa.

50. Diante disso, definiu-se que a PNV seria realizada a cada dez anos, devido à complexidade da pesquisa, aos custos, à razoabilidade da variação do fenômeno no período e à possibilidade de formação de série histórica, possibilitando acompanhamento, projeções, comparações e diagnósticos para pautar as políticas públicas.

51. Em relação a essa periodicidade, o relatório de fiscalização do TCU reportou que, em alguns países desenvolvidos (a exemplo da British Crime Surveys, da Inglaterra, que se tornou anual em 2001), a pesquisa de vitimização tem periodicidade anual. Notícia, em complemento, que o Manual da Organização das Nações Unidas sobre o tema, o intitulado “Manual on Victimization Surveys”, reconhece que pode não ser necessário ou prático coletar dados, por meio de pesquisas de vitimização, a cada ano, recomendando que “nestas situações, uma estratégia de pesquisa periódica pode ser introduzida onde as pesquisas são conduzidas em intervalos fixos a cada dois, três ou cinco anos”.

52. Em consulta à página do Governo Federal na internet, identificamos notícias de que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD-Contínua), a ser realizada em 2019 pelo IBGE, fruto de avaliações discutidas entre o então Ministro da Segurança e o presidente do Instituto, abordará questões para saber qual a sensação de segurança da população brasileira. Notícia também que será realizada pesquisa de vitimização em 2020 (Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2018/08/pnad-2019-vai-abordar-questoes-sobre-seguranca> Acesso em 18/9/2018, peça 65).

53. Em conformidade com o inciso VI do art. 13 da Lei 13.675/2018, o MJSP é responsável por promover a realização de estudos e pesquisas nacionais e consolidar dados e informações estatísticas sobre criminalidade e vitimização. Não há, contudo, definição de periodicidade para tais pesquisas.

3.2.4 Evidências



54. Ofício 919/2017/GAB-SENASP/MJ (peça 61), Informação nº 2/2017/ENAES/CGE/DEPAID/SENASP (peça 62, p. 12) e Relatório de Gestão da Senasp de 2017 (peça 63).

3.2.5 Conclusão

55. Diante das informações examinadas, sugerimos considerar não implementado o subitem 9.2.1 do acórdão, vez que o órgão não apresentou documento institucionalizando, formalmente, a periodicidade da pesquisa nacional de vitimização.

56. Logo, permanece válida e oportuna a deliberação monitorada, que deverá ser renovada, desta feita mediante determinação.

3.3.6 Proposta de encaminhamento

57. Considerar não implementado o subitem 9.2.1 do Acórdão 1943/2016.

58. Determinar à Senasp que defina formalmente a periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País.

3.4 9.2.2.1 DO ACÓRDÃO 1943/2016-TCU-PLENÁRIO

9.2 recomendar ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que:

9.2.2 adote medidas com o objetivo de:

9.2.2.1 induzir a promoção de maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais;

3.4.1 Situação que levou à proposição da deliberação (peça 31, p. 75-76)

59. O relatório de Levantamento apontou problemas relacionados à baixa transparência dos dados criminais no Brasil. Reconheceu que a maior parte das informações criminais no Brasil está sob domínio estadual, o que limita, sobremaneira, a capacidade de o ministério promover maior transparência desses dados por iniciativa própria. Não obstante, considerou não haver impedimento para o ministério adotar medidas para estimular os estados a ampliarem as possibilidades de acesso a suas bases de dados.

3.4.2 Providências adotadas e comentários dos gestores (peças 53 e 71)

60. O órgão esclareceu que, nos últimos anos, vem adotando diversas medidas para induzir a transparência dos dados e estatísticas criminais.

61. Lembrou que a Lei 12.681/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (Sinesp), foi alterada pela Lei 13.675/2018, passando a defini-lo como Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp), cuja finalidade é armazenar, tratar e integrar dados e informações para a auxiliar a formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação das políticas relacionadas à segurança pública e defesa nacional, sistema prisional e execução penal, rastreabilidade de armas e munições, banco de dados de perfil genético e digitais e enfretamento do tráfico de drogas ilícitas, peça 71, p. 5.

62. Segundo o órgão, após a criação do Sinesp, a pasta assumiu o compromisso de firmar 27 termos de adesão com os entes federados para que os partícipes cooperem com a implantação e a manutenção do sistema, tornando obrigatório o envio de um grupo mínimo de “Totais de Ocorrências e Vítimas” registradas pelas polícias civis estaduais nesse sistema.

63. Acrescenta que, além da previsão de um rol de dados e informações que farão parte da base do Sinesp, a Lei 13.675/2018, regulamentada pelo Decreto 9.489/2018, atribuiu a um Conselho Gestor a responsabilidade de propor os procedimentos sobre coletas de dados, análise, sistematização, integração, atualização, interpretação de dados e informações referentes às políticas tratadas pelo Sinesp (peça 71, p. 5).

64. Afirma também que, além da atual Tabela Nacional de Classificação de Natureza implementada na solução Sinesp e utilizada pelas unidades federativas nos processos de integração de

suas bases de dados de Boletins de Ocorrências (BOs), foi editada a Portaria MJSP 229/2018, a qual define as principais classificações de mortes não naturais a serem consideradas nos registros de BOs, o que classificaria a coleta de informações a partir dessas fontes (peça 71, p. 7).

65. No fim, esclarece que o Sinesp dispõe na sua página na internet de um quadro de estatísticas em local de fácil acesso e de relatórios estatísticos dos últimos anos, contendo os principais dados sobre violência, de forma a permitir maior transparência dos dados de ocorrências criminais, disponível em <https://www.sinesp.gov.br/estatisticas-publicas>.

3.4.3 Análise

66. Informações contidas no relatório de gestão da Senasp de 2017 noticiam que o Sinesp vem expandindo soluções tecnológicas para dar maior transparência e confiabilidade aos dados e às estatísticas criminais (peça 63, p. 138).

67. Consta do relatório que os esforços do Governo Federal são no sentido de integrar os dados de segurança pública das bases estaduais ao Sinesp, especialmente, as informações oriundas dos registros de ocorrências policiais.

68. Entre as diversas ferramentas, destacar-se-iam o Sinesp Integração, o SinespJC (módulo de coleta de dados estatísticos) e o Sinesp PPE (procedimentos policiais eletrônicos). Os dados de ocorrências policiais coletados por meio do SinespJC encontrar-se-iam disponíveis no endereço eletrônico “<http://dados.mj.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>”. Atualmente, dez unidades da federação utilizam os Procedimentos Policiais Eletrônicos (Sinesp-PPE).

69. O Sinesp Integração permite a interligação dos órgãos federais, estaduais e municipais de segurança, viabilizando a coleta e a disponibilidade de dados e informações criminais e operativas. Dezesesseis unidades da federação estariam integradas ao sistema (Boletins de Ocorrências) e outras onze em fase de implantação (peça 63, p. 104 e peça 71, p. 79). Cabe destacar, contudo, que importantes estados como Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais não estão integrados ao Sinesp.

70. O Sinesp Análise, conceituado como uma solução Business Intelligence, tem como funcionalidade permitir aos gestores da área de segurança pública a extração de dados, cruzamento, análise, construção de painéis com estatísticas descritivas e elaboração de mapas de múltiplas fontes de dados, cujo objetivo é auxiliar a formulação, implementação, execução, acompanhamento e validação das ações de políticas de segurança pública e prisional (peça 71, p. 4).

71. O Sinesp-CAD é a solução de registro de atendimento e despacho de emergências que objetiva fornecer aos profissionais de segurança pública uma solução de tecnologia da informação que permita o atendimento de ocorrências solicitadas a partir de chamadas emergenciais (190, 191, 192) e outros canais de atendimento ao cidadão. Contemplaria os processos de atendimento, despacho e fechamento dos atendimentos, bem como a integração entre as agências de segurança pública em âmbito nacional, estadual e municipal, com vistas a promover a gestão eficaz dos recursos disponíveis. Atualmente, encontram-se integradas 24 unidades federadas (Polícia Rodoviária Federal ou forças estaduais), peça 71, p. 4 e p. 79.

72. A integração Sinesp, visando ao seu pleno funcionamento, exige, como apontado pelo gestor, peça, 71, p. 8, maior envolvimento dos órgãos federais, estaduais e municipais, por meio de mecanismo mais céleres e eficazes que permitam maior ampliação e adesão por parte dos integrantes do Susp. Contudo, a carência de recursos financeiros, tecnológicos, e humanos de alguns estados é apontado pelo órgão como um limitador da expansão das soluções Sinesp PPE, CAD e do próprio Sinesp Integração.

73. Ao acessarmos a página do ministério no endereço <http://dados.mj.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>, verificamos a existência de dados criminais isolados, em planilha Excel, da maioria dos entes federados, atualizados até junho de 2018. Trata-se de dados mensais relativos a ocorrências de estupro, furtos de veículos, homicídios dolosos, roubos de veículos, roubos seguidos de mortes e lesão corporal seguida de mortes.

74. Finalmente, vale mencionar as recentes edições de leis e decretos instituindo e regulamentando a Política Nacional de Segurança Pública e o Plano Nacional de Segurança Pública,

introduzindo novas diretrizes e estratégias adotadas na implantação dessa política. Além disso, o novo Plano eleva, por exemplo, o Sinesp como ferramenta estratégica na formulação, implementação e monitoramento da política de segurança pública.

3.4.4 Evidências

75. Ofício-SEI nº 479/2017/SE/CC-PR, peça 62, Relatório de Gestão- Senasp, Exercício 2017, peça 63, Ofício nº 190/2018/COGER-SENASP/GAB, peça 71 e endereços eletrônicos do MJSP referenciado no texto.

3.4.5 Conclusão

76. Há ainda elevada falta de transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, o que seria resolvido caso a ferramenta do Sinesp estivesse efetiva e plenamente operante.

3.4.6 Proposta de encaminhamento

77. Considerar não implementado o subitem 9.2.2.1 do Acórdão 1943/2016-Plenário.

78. Determinar à Senasp que promova maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, nos termos orientados no item 9.2.2.1 do Acórdão 1943/2016-Plenário, notadamente por meio da completa operação, disponibilidade, integração e universalização do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp).

3.5 DELIBERAÇÃO 9.2.2.2 DO ACÓRDÃO 1943/2016-PLENÁRIO

9.2 recomendar ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que:

9.2.2 adote medidas com o objetivo de:

9.2.2.2 conferir publicidade aos estudos e às pesquisas sobre o tema segurança pública elaborados ou patrocinados pelo Ministério da Justiça;

3.5.1 Situação que levou à proposição da deliberação (peça 31, p. 75-76)

79. A recomendação exarada neste item do acórdão foi motivada pela constatação da baixa publicidade de informações sobre a gestão e de estudos relacionados à segurança por parte dos órgãos públicos. Neste último caso, ao menos no que diz respeito às unidades que pertenciam ao Ministério da Justiça.

80. Entre as competências da Senasp, encontra-se, por exemplo, “realizar e fomentar estudos e pesquisas voltados para a redução da criminalidade e da violência”.

81. No decorrer do trabalho, no entanto, a equipe deparou-se sucessivamente com a dificuldade de encontrar no endereço virtual do ministério informações e conteúdos atinentes aos aludidos estudos e pesquisas, assim também como dados básicos sobre as subunidades que integram o ministério, a exemplo de telefones de contato.

3.5.2 Providências adotadas e comentários dos gestores (peça 62, p. 13)

82. Em sua manifestação, o ministério esclarece que reestruturou repositório de publicações hospedado no seu portal na internet. A alteração buscou dar maior visibilidade às publicações institucionais da Senasp, facilitando o acesso e tornando a navegação mais simples e intuitiva.

83. Esclarece ainda o ministério que, além das pesquisas e publicações em segurança pública, foram hospedadas no site os relatórios de consultorias e banco de dados de pesquisas anteriores, ampliando a transparência e o acesso à informação.

84. Segundo o órgão, o acesso ao repositório de publicações ocorre por meio do link: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa>.

3.5.3 Análise

85. O acesso ao endereço http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/estudos-e-pesquisas/lista_estudos_pesquisas1 remete a diversos estudos promovidos pela Coordenação-Geral de Pesquisa e Análise da Informação do Departamento de Ensino, Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal (Depaid).

86. O último estudo publicado, no entanto, data de 2016, o que gera dúvidas sobre a completude dos estudos efetivamente patrocinados pela Senasp.



3.5.4 Evidências

87. Ofício-SEI nº 479/2017/SE/CC-PR, peça 62 e diversos links da internet referenciado no texto.

3.5.5 Conclusão

88. As informações apresentadas pelo MJSP e as levantadas nesta fase processual noticiam a adoção de medidas que se alinham ao subitem da deliberação. Não há, contudo, certeza se todos os estudos estão de fato publicados, haja vista que os últimos deles datam de 2016, o que deverá ser acompanhado no âmbito dos processos de contas ordinárias.

3.5.6 Proposta de encaminhamento

89. Considerar implementado o subitem 9.2.2.2 do Acórdão 1943/2016-Plenário.

3.6 DELIBERAÇÃO 9.3 DO ACÓRDÃO 1943/2016-PLENÁRIO

9.3 recomendar ao Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional, que, no tocante à consolidação das contas nacionais, estabeleça padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança Pública e nas correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas);

3.6.1 Situação que levou à proposição da deliberação (peça 31 p. 17)

90. O relatório de fiscalização registrou que os dados sobre os gastos com segurança pública disponibilizados pelos entes federados em sistemas e sites na internet não permitem avaliar se a evolução desses gastos ocorreu em investimentos ou em despesas correntes (pessoal e encargos sociais), dada a falta de uniformização na catalogação dos dados nas diversas funções.

91. Apontou que a falta de padronização na utilização da classificação funcional pelos entes federados para as despesas com segurança pública (por exemplo: pessoal e encargos sociais ora incluídos na função 06 - Segurança Pública, ora computados na função 04 Administração Geral) afeta o volume de recursos informados e dificulta o processo de totalização, comparação e análise de gastos realizados pelos estados e municípios.

92. Finalmente, consignou que, em que pese o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP) estabelecer normas e procedimentos para o registro contábil das entidades da Administração Pública, a fim de viabilizar a consolidação das contas públicas, alguns estados e municípios classificam as despesas de pessoal e os encargos sociais em outras funções, o que dificulta a apuração do total de recursos aplicados na função 06 – Segurança Pública.

3.6.2 Providências adotadas e comentários dos gestores (peças 54 e 55)

93. Em síntese, o então Ministério da Fazenda (MF) afirmou que a atualização da classificação funcional é formalizada por meio da Portaria MOG nº 42, de 14 de abril de 1999, então sob a gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP).

94. Esclareceu que, embora participasse das discussões referentes à atualização da referida Portaria, inclusive levando suas propostas de atualização às reuniões do Grupo Técnico de Padronização de Procedimentos Contábeis (GTCON), sua gestão não competiria à STN, mas sim ao então MP.

95. Neste contexto, solicitou que o Tribunal avaliasse a possibilidade de realizar contato com o MP para que seja dada gestão à recomendação em comento.

3.6.3 Análise

96. Os esclarecimentos prestados pelo Ministério da Fazenda eram válidos até a edição da MP 870/2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos ministérios, uma vez que, nos termos do seu art. 57, inciso I, o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e o Ministério do Trabalho foram transformados no Ministério da Economia.

3.6.4 Evidências

97. Ofício nº 223/2016/ASSCI/GABIN/STN/MF-DF, peça 54, Memorando nº 59/2016/CCONF/SUCON/STN/MF-DF, peça 55 e Portaria MPOG 42, de 14/4/1999, peça 64.



3.6.5 Conclusão

98. A deliberação do item 9.3 do Acórdão 1943/2016-Plenário não foi implementada por ter sido, àquela época, direcionada erroneamente ao Ministério da Fazenda.

99. Nesse sentido, tendo em vista a reorganização dos órgãos da Presidência da República, propomos renovar a recomendação à Secretaria Executiva do Ministério da Economia, bem como convertê-la em determinação.

3.6.6 Proposta de encaminhamento

100. Reformular a proposta do subitem 9.3 do Acórdão 1943/2016-Plenário para direcioná-la, mediante determinação, ao Ministério da Economia.

3.7 DELIBERAÇÃO 9.4 DO ACÓRDÃO 1943/2016-PLENÁRIO

9.4 dar ciência deste acórdão, com o relatório e voto, aos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em face da relevância das propostas de emenda constitucional e de projetos de lei que versam sobre segurança pública, em especial as que tratam da definição das competências de cada ente da Federação, das fontes de financiamento e da reestruturação do modelo de policiamento, tendo em vista a necessidade premente de conferir ao Estado brasileiro as condições necessárias para enfrentar os problemas de violência e de criminalidade no País;

3.7.1 Análise

101. Em cumprimento a este subitem, foram expedidos os Avisos 696-GP/TCU-SF e 697-GP/TCU-CD, peça 52, p. 1 e 2.

3.8 DELIBERAÇÃO 9.5 DO ACÓRDÃO 1943/2016-PLENÁRIO

9.5 encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentarem, ao Ministro de Estado da Casa Civil da Presidência da República; ao Ministro de Estado da Justiça; ao Ministro de Estado da Fazenda; ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controle; à Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO) da Câmara dos Deputados; ao Centro de Estudos e Debates Estratégicos (CEDES) da Câmara dos Deputados; à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp); à Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos (Sesge); à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad); ao Departamento de Polícia Federal (DPF); ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal (DPRF); ao Departamento Penitenciário Nacional (Depen); e ao Ministério Público Federal (MPF);

3.8.1 Análise

102. Em cumprimento a este subitem da deliberação, foram encaminhadas as devidas comunicações às peças 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43 e 44.

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

103. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

a) no que tange ao Acórdão 1943/2016-TCU-Plenário:

a.1) considerar implementadas a recomendação 9.2.2.2, bem assim as medidas indicadas nos itens 9.4 e 9.5;

a.2) considerar não implementadas as recomendações 9.2.1 e 9.2.2.1;

a.3) considerar não mais aplicável a determinação 9.1; e

a.4) considerar prejudicada a recomendação 9.3.

b) com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, determinar:

b.1) com base no princípio da transparência administrativa, ao Ministério da Economia, por intermédio de sua Secretaria Executiva, que, no tocante à consolidação das contas nacionais, estabeleça padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança Pública e nas correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas);



b.2) ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que, conforme já deliberado, respectivamente, nos itens 9.2.1 e 9.2.2.1 do Acórdão 1943/2016-TCU-Plenário:

b.2.1) nos termos do art. 13, inciso VI, da Lei 13.675/2018, defina formalmente a periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País;

b.2.2) nos termos do art. 10, inciso VI, e 35 da Lei 13.675/2018, promova maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, notadamente por meio da completa operação, integração, disponibilidade e universalização do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp);

b.3) ao Ministério da Economia e ao Ministério da Justiça e Segurança Pública que informem ao Tribunal de Contas da União sobre o atendimento das determinações “b.1” e “b.2”, respectivamente, no prazo de cento e vinte dias;

b.3.1) determinar à Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública (SecexDefesa) que monitore as medidas determinadas nos processos de contas ordinárias do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registro relatar este processo nos termos do art. 152 do Regimento Interno deste Tribunal, em sucessão ao Ministro José Múcio Monteiro.

2. Trata-se de monitoramento de determinações expedidas no Acórdão 1.943/2016-TCU-Plenário (relator: Ministro José Múcio Monteiro), alusivo ao Relatório Sistêmico de Fiscalização da Segurança Pública 2015 (FiscSegurança2015), cujo objetivo foi identificar riscos e áreas de relevância para orientar futuras ações de controle externo e, ainda, disponibilizar aos gestores públicos, à comunidade acadêmica e ao cidadão informações úteis sobre o fenômeno da violência e as políticas públicas voltadas para combatê-la (peça 27).

3. Para uma compreensão mais ampla da matéria, reproduzo a seguir os itens do Acórdão 1.943/2016-TCU-Plenário alvejados nesta fase de monitoramento:

9.1 determinar ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, plano de ação referente à implementação do Programa Nacional de Redução de Homicídios, tendo em vista a urgência e a premência da atuação do Governo Federal, em virtude da elevada taxa de homicídios no Brasil;

9.2 recomendar ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, que:

9.2.1 defina uma periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País;

9.2.2 adote medidas com o objetivo de:

9.2.2.1 induzir a promoção de maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais;

9.2.2.2 conferir publicidade aos estudos e às pesquisas sobre o tema segurança pública elaborados ou patrocinados pelo Ministério da Justiça;

9.3 recomendar ao Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional, que, no tocante à consolidação das contas nacionais, estabeleça padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança

Pública e nas correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas);

4. A unidade técnica consignou que a determinação relativa ao plano de ação (subitem 9.1) perdeu objeto, tendo em vista a substituição do Programa Nacional de Redução de Homicídios (PNRH) pelo Programa Nacional de Segurança Pública (PNSP), em 2017 (Portaria MJSP 182/2017). Nesse contexto, esta Corte de Contas proferiu o Acórdão 811/2017-TCU-Plenário (relator: Ministro José Múcio Monteiro), cujo subitem 9.2 determinou a autuação de um processo autônomo de acompanhamento para avaliar a implementação e os resultados advindos do PNSP. Daí a acertada proposição de perda de objeto do subitem 9.1 do acórdão ora monitorado.

5. No que tange à recomendação versada no **subitem 9.2.1** da deliberação monitorada, restou apurado que o planejamento da realização periódica das Pesquisas Nacionais de Vitimização (PNV) ainda é incipiente. O próprio critério de periodicidade dessas pesquisas (subitem 9.2.1 do Acórdão nº 1.943/2016-Plenário) não está devidamente definido.

6. Assim, a unidade técnica, acertadamente, considera não implementadas as medidas objeto da recomendação do subitem 9.2.1, tendentes ao saneamento das falhas nas definições de periodicidade das pesquisas nacionais de vitimização, para viabilizar a obtenção de uma série histórica regular.

7. Dito isso, acolho a proposta de renovar a referida recomendação, agora sob a forma de determinação, para que a Senasp “*defina formalmente a periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País*”.

8. Observo que o fundamento constitucional para que este Tribunal adote, para o caso, a “determinação” é o princípio da eficiência na Administração (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a exigir, de forma reflexa, que as ações públicas obtenham um grau razoável de efetividade.

9. Tal comando também se justifica com base na atribuição da Senasp estatuída no art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, que define a estrutura e as atribuições do Ministério da Justiça e Segurança Pública (“XII-elaborar e fomentar estudos e pesquisas destinados à redução da violência e da criminalidade”). Atribuição similar também está assentada no art. 13, inciso VI, da Lei 13.675/2018 (“VI - realizar estudos e pesquisas nacionais e consolidar dados e informações estatísticas sobre criminalidade e vitimização”), incumbida atualmente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

10. Em relação às medidas recomendadas para promoção de maior transparência dos dados e estatísticas criminais nacionais (**subitem 9.2.2.1** do acórdão monitorado), restou identificado que ainda persiste a falta de transparência dos dados e estatísticas criminais, haja vista a operação apenas parcial e pouco efetiva do Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal (Sinesp). Nesse sentido, seus baixos graus de disponibilidade, integração e universalização tornam o Sinesp pouco útil para estudos e formulação de políticas públicas de combate à violência.

11. Dessa forma, a SecexDefesa considera, com acerto, que não foi implementada a recomendação expressa no subitem 9.2.2.1 do Acórdão 1.943/2016-Plenário, razão por que propõe que a recomendação seja convertida em determinação, no sentido de que a Senasp “*promova maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, nos termos orientados no item 9.2.2.1 do Acórdão 1943/2016-Plenário, notadamente por meio da completa operação, disponibilidade, integração e universalização do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp)*.”

12. A determinação é cabível porque guarda consonância com a atribuição da Senasp prevista no art. 23, inciso V, do citado Decreto 9.662/2019: “V - implementar, manter e modernizar redes de integração e de sistemas nacionais de informações de segurança pública, em conformidade com disposto na Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012” (lei que instituiu o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e o Sinesp, sucedida pela Lei 13.675/2018).

13. A par disso, vários dispositivos da Lei 13.657/2018 também amparam tal determinação:



Art. 10. A integração e a coordenação dos órgãos integrantes do Susp [Sistema Único de Segurança Pública] dar-se-ão nos limites das respectivas competências, por meio de: (...)

VI - **integração das informações e dos dados de segurança pública por meio do Sinesp.**

Art. 35. É instituído o **Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp)**, com a finalidade de armazenar, tratar e integrar dados e informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação das políticas relacionadas com: (...)

Art. 36. O Sinesp tem por objetivos:

I - proceder à coleta, análise, **atualização, sistematização, integração** e interpretação de dados e informações relativos às políticas de segurança pública e defesa social;

II - **disponibilizar** estudos, estatísticas, indicadores e outras informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas;

III - promover a **integração** das redes e sistemas de dados e informações de segurança pública e defesa social, criminais, do sistema prisional e sobre drogas;

IV - garantir a **interoperabilidade** dos sistemas de dados e informações, conforme os padrões definidos pelo conselho gestor.

Parágrafo único. O Sinesp adotará os **padrões de integridade, disponibilidade, confidencialidade, confiabilidade e tempestividade** dos sistemas informatizados do governo federal. (Grifei).

14. De modo semelhante, também o objetivo recomendado no **subitem 9.2.2.2** do Acórdão 1.943/2016-Plenário não foi alcançado a contento. Trata-se, como visto, da ampliação da publicidade aos estudos e pesquisas sobre segurança pública a cargo do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

15. Sobre essa questão, a unidade técnica verificou, no sítio do MJSP na *Internet*, a disponibilidade de diversos estudos promovidos pela Coordenação-Geral de Pesquisa e Análise da Informação do Departamento de Ensino, Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal (Depaid), embora o mais recente seja de 2016. Não obstante, a SecexDefesa considerou implementada a recomendação.

16. Nesse ponto, permito-me divergir da conclusão da unidade técnica. Isso porque o acórdão monitorado foi expedido em 2016 e, conforme visto, o último estudo disponibilizado também data do mesmo ano. Assim, não vejo como possa ser considerada atendida a recomendação de “*conferir publicidade aos estudos e às pesquisas sobre o tema segurança pública elaborados ou patrocinados pelo Ministério da Justiça*”, a despeito de o órgão ter informado a adoção de providências nesse mister.

17. Como se trata, também aqui, de medidas decorrentes de uma atribuição regulamentar e legal da Senasp, cumpre renovar a recomendação sob a forma de determinação.

18. De fato, a produção e a divulgação dos estudos elaborados no interesse da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), inclusive no âmbito do Sinesp, está sob a responsabilidade da Senasp, conforme art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019 (“XII - elaborar e fomentar estudos e pesquisas destinados à redução da violência e da criminalidade”), e art. 36, inciso II, da Lei 13.657/2018 (“II - disponibilizar estudos, estatísticas, indicadores e outras informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas”).

19. Consigno, assim, minha única divergência em relação à proposta da unidade técnica, cumprindo determinar à Senasp que, nos termos do art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, e do art. 36, inciso II, da Lei 13.657/2018, adote providências para atualizar as bases de estudos de interesse da PNSPDS disponibilizadas na *Internet* e no Sinesp.

20. O derradeiro dispositivo monitorado é a recomendação inserta no **subitem 9.3** do Acórdão 1.943/2016-Plenário, dirigida, à época, ao Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional, com o objetivo de estabelecer “*padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança Pública e nas*

correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas)”.

21. Conforme visto no Relatório, o então Ministério da Fazenda informou à unidade técnica que tal atribuição competia ao hoje extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Conquanto ambas as pastas estejam atualmente aglutinadas no Ministério da Economia, por força da Medida Provisória 870/2019, infere-se que a recomendação em tela não chegou ao conhecimento do destinatário correto.

22. Importante frisar as razões que motivaram tal recomendação:

90. O relatório de fiscalização registrou que **os dados sobre os gastos com segurança pública disponibilizados pelos entes federados em sistemas e sites na internet não permitem avaliar se a evolução desses gastos ocorreu em investimentos ou em despesas correntes (pessoal e encargos sociais), dada a falta de uniformização na catalogação dos dados nas diversas funções.**

91. Apontou que **a falta de padronização na utilização da classificação funcional pelos entes federados para as despesas com segurança pública (por exemplo: pessoal e encargos sociais ora incluídos na função 06 - Segurança Pública, ora computados na função 04 Administração Geral) afeta o volume de recursos informados e dificulta o processo de totalização, comparação e análise de gastos realizados pelos estados e municípios.**

92. Finalmente, consignou que, **em que pese o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP) estabelecer normas e procedimentos para o registro contábil das entidades da Administração Pública, a fim de viabilizar a consolidação das contas públicas, alguns estados e municípios classificam as despesas de pessoal e os encargos sociais em outras funções, o que dificulta a apuração do total de recursos aplicados na função 06 – Segurança Pública.** (Grifei).

23. Nota-se que as razões que orientaram a recomendação visam à aderência da contabilização das despesas com segurança pública ao PCASP, aplicável à Administração Pública em geral, alcançando tanto a União quanto os demais entes da federação, conforme art. 1º da Portaria-STN 390/2018, que aprovou o PCASP para 2019, norma publicada com fulcro na competência inserta no art. 50, §2º, da Lei Complementar 101/2000 (“§2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67⁴”).

24. Conforme a Secretaria do Tesouro Nacional, o PCASP é assim conceituado:

Com o objetivo de uniformizar as práticas contábeis, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), em conjunto com o Grupo Técnico de Procedimentos Contábeis (GTCON), elaborou o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP), adequado aos dispositivos legais vigentes, às Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público (NBC T SP), aos padrões internacionais de Contabilidade do Setor Público e às regras e procedimentos de Estatísticas de Finanças Públicas reconhecidas por organismos internacionais.

Formado por uma relação padronizada de contas apresentada em conjunto com atributos conceituais, o PCASP permite a consolidação das Contas Públicas Nacionais, conforme determinação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

O PCASP é atualizado anualmente e publicado exclusivamente na Internet para uso obrigatório no exercício seguinte. Adicionalmente, a STN disponibiliza o "PCASP Estendido" (constante do Anexo III da IPC 00), de adoção facultativa, para os entes que precisem de uma referência para desenvolvimento de suas rotinas e sistemas. O quadro a seguir apresenta as versões do PCASP disponibilizadas para a Federação, bem como a síntese de alterações de uma edição para a seguinte. (fonte: STN, disponível em: <http://www.tesouro.gov.br/web/stn/pcasp>).

25. Destarte, conclui-se que a recomendação em comento pode – e deve – ser convertida em determinação, porquanto seus objetivos estão amparados na padronização contábil definida no PCASP,

⁴ O Conselho de Gestão Fiscal previsto no art. 67 da LRF ainda não foi implementado.



que, por sua vez, é estatuído com amparo no art. 50, §2º, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), que incumbe à Secretaria do Tesouro Nacional publicar as normas gerais para consolidação das contas públicas.

26. Ademais, a classificação correta e padronizada das despesas com Segurança Pública, em nível nacional, permite gerir com mais eficiência e efetividade da alocação de recursos para essa área.

27. Dito isso, acolho, com os devidos ajustes de forma, a proposição da SecexDefesa de reencaminhar a recomendação, agora sob a forma de determinação, a ser dirigida à Secretaria do Tesouro Nacional.

28. Saliento que todas as determinações aqui propostas sujeitam-se a um prazo de cumprimento, para fins de monitoramento. Nesse sentido, considero razoável definir em **90 (noventa) dias** o prazo para que os destinatários das determinações ora expedidas informem a este Tribunal sobre as medidas adotadas e resultados alcançados.

29. Quanto aos comentários da unidade técnica acerca das científicações referidas nos subitens 9.4 e 9.5, observo que tais medidas – de mera ciência a órgãos interessados –, a rigor, não são sujeitas a monitoramento.

30. Para finalizar, entendo oportuno dar ciência da presente deliberação também ao Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, em face da alta relevância da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e da natureza interinstitucional e multissetorial do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), conforme art. 26, III, “e”, da Lei 13.657/2018:

Art. 26. É instituído, no âmbito do Susp, o Sistema Nacional de Acompanhamento e Avaliação das Políticas de Segurança Pública e Defesa Social (Sinaped), com os seguintes objetivos:(...)

III - garantir que as políticas de segurança pública e defesa social abranjam, no mínimo, o adequado diagnóstico, a gestão e os resultados das políticas e dos programas de prevenção e de controle da violência, com o objetivo de verificar:(...)

e) a articulação interinstitucional e intersetorial das políticas.

Do exposto, VOTO por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2092/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 025.218/2015-8
2. Grupo II – Classe de Assunto – VII - Monitoramento em Relatório de Levantamento (FISC Segurança 2015)
3. Interessados/Responsáveis: Guilherme Cals Theophilo (Secretário da Senasp)
4. Órgão/Entidade: Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça e Segurança Pública e outros
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública - SecexDefesa
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de monitoramento do Acórdão nº 1.943/2016-TCU-Plenário, a respeito de Relatório de Levantamento efetivado com vistas a elaboração do Relatório Sistemático de Fiscalização da Segurança Pública 2015 (FiscSegurança2015), cujo objeto é o aprimoramento do controle externo exercido por este Tribunal no setor e o oferecimento de subsídios aos trabalhos das Comissões do Congresso Nacional e de suas Casas Legislativas.



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, nos termos do art. 243 e 250, III, *in fine*, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. em relação ao Acórdão 1.943/2016-TCU-Plenário:

9.1.1. declarar a perda de objeto da determinação descrita no subitem 9.1;

9.1.2. considerar não implementadas as recomendações referidas nos subitens 9.2.1, 9.2.2.1 e 9.2.2.2;

9.1.3. considerar prejudicada a recomendação descrita no subitem 9.3;

9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e com base no princípio da eficiência administrativa, ficando no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, determinar:

9.2.1. à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que, com base na atribuição prevista no art. 50, §2º, da Lei Complementar 101/2000, estabeleça no Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP) padrões a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios na classificação das despesas na função 06 - Segurança Pública e nas correspondentes subfunções, em especial das despesas referentes a gastos de pessoal e encargos sociais (ativos, inativos e pensionistas), para efeito de consolidação das contas públicas, em conformidade com o disposto nos arts. 50 e 51 da LC 101/2000;

9.2.2. à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que:

9.2.2.1. nos termos do art. 13, inciso VI, da Lei 13.675/2018, c/c art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, defina formalmente a periodicidade para a realização de pesquisas nacionais de vitimização, com vistas à formação de série histórica de dados complementares às estatísticas oficiais, a fim de aprimorar os diagnósticos que subsidiam as políticas públicas de segurança no País;

9.2.2.2. nos termos dos arts. 10, inciso VI, 35 e 36, da Lei 13.675/2018, c/c art. 23, inciso V, do Decreto 9.662/2019, adote medidas para assegurar maior transparência dos dados e das estatísticas criminais nacionais, notadamente por meio da completa operacionalidade, integração, disponibilidade e universalização do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp);

9.2.2.3 nos termos do art. 36, inciso II, da Lei 13.657/2018, c/c art. 23, inciso XII, do Decreto 9.662/2019, adote providências para atualizar as bases de estudos e pesquisas de interesse da PNSPDS disponibilizadas na *Internet* e no Sinesp;

9.2.3. à Secretaria do Tesouro Nacional e à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), que, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da ciência desta deliberação, informem a este Tribunal sobre as providências adotadas e os resultados obtidos em atendimento às determinações expedidas no subitem 9.2 deste Acórdão;

9.3. determinar à Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública (SecexDefesa) que monitore as medidas ora determinadas, por meio dos respectivos processos de contas anuais;

9.4 dar ciência deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.4.1 aos Ministros de Estado da Economia e da Justiça e Segurança Pública;

9.4.2 ao Secretário do Tesouro Nacional e ao Secretário da Senasp;

9.4.3 ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2092-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.



13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 026.312/2016-6

Natureza: Denúncia

Órgão: Defensoria Pública da União (DPU)

Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei nº. 8.443, de 1992)

Advogado constituído nos autos: não há

Sumário: DENÚNCIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DA ÁREA FIM DE ÓRGÃO FEDERAL. UTILIZAÇÃO DE SERVIDORES REQUISITADOS. CONCURSO PÚBLICO REALIZADO COM A CONVOCAÇÃO DE APENSAS 13 DE 143 VAGAS PARA PREENCHIMENTO IMEDIATO. CONHECIMENTO. PERDA DO OBJETO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia acerca de irregularidades praticadas na Defensoria Pública da União (DPU) (peça 1).

2. O denunciante relata que, apesar de ter sido promovido concurso público para o preenchimento de vagas do quadro de servidores do órgão, até a data da denúncia, apenas treze selecionados haviam sido convocados. As necessidades estavam sendo supridas, em sua maioria, por servidores requisitados, terceirizados e estagiários.

INSTRUÇÃO DA UNIDADE TÉCNICA

3. A análise empreendida pela Secretaria de Controle Externo de Administração do Estado (SecexAdministração) consta da instrução de peça 8, aprovada pelo titular da unidade técnica no despacho de peça 10. A seguir, transcrevo-lhe excerto, com fundamento no art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992.

[...]

Em essência, o denunciante apresenta o seguinte relato:

a) por meio do Edital 1 de 13/4/2015, foi iniciado o segundo concurso público da área administrativa da Defensoria Pública da União (DPU), realizado pelo Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebbraspe). O referido certame foi realizado visando ao provimento imediato de 143 vagas, além de formação de cadastro de reserva, em cargos de nível superior e de nível médio da carreira do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo, redistribuídos à Defensoria Pública da União, tendo seu resultado sido homologado em 18/3/2016 (peça 1, p. 1-2);

b) apesar da enorme necessidade de pessoal, até 14/9/2016, data da denúncia, tinham ocorrido apenas treze nomeações (peça 1, p. 2);

c) apesar da crise financeira pela qual passa o país, não se sustenta o argumento de que não há recursos disponíveis para o custeio da DPU, haja vista a prática de se terceirizar serviços públicos que seriam da área fim da instituição e que deveriam ser prestados por servidores efetivos;

d) segundo dados do portal da DPU na internet, à época da denúncia, a força de trabalho do órgão era composta, na sua grande maioria, por servidores requisitados, estagiários e terceirizados, em detrimento dos aprovados no citado concurso (peça 1, p. 3-6).

Ante o relato apresentado, o denunciante solicita ao TCU a imediata intervenção no sentido de fazer com que a Defensoria Pública da União se abstenha de requisitar servidores de outros órgãos e entidades da administração pública e deixe de terceirizar serviços para atividades que não as de vigilância, copa e limpeza, e que qualquer outro processo seletivo aberto que prejudique direta ou indiretamente o concurso público em vigor seja imediatamente paralisado ou até mesmo que tenham seus efeitos dos atos anulados, até que se ultime a convocação de todos os aprovados no concurso da DPU vigente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

A Constituição Federal estabelece, no § 2º do art. 74, que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Internamente, a admissibilidade e tramitação dos processos de Denúncia obedecem aos ditames dos arts. 53 a 55 da Lei 8443/92, 234 a 236 do Regimento Interno do TCU e 103 a 110 da Resolução 259/2014 – TCU.

Observa-se que a presente denúncia atende aos requisitos dispostos no art. 235 do RI/TCU, quais sejam: trata de denúncia de competência do Tribunal, refere-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, é redigida em linguagem clara e objetiva, contém o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e está acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada.

Dessa forma, a denúncia poderá ser apurada, para fins de comprovação da sua procedência, nos termos do § 2º, art. 234 do Regimento Interno do TCU.

EXAME SUMÁRIO

De acordo com o art. 106 da Resolução TCU 259/2014, caso se façam presentes os requisitos de admissibilidade da denúncia/representação, a unidade técnica deve realizar exame sumário acerca do risco para a unidade jurisdicionada, da materialidade e relevância dos fatos noticiados na denúncia ou representação.

O quadro a seguir apresenta um resumo do exame desses requisitos:

Item	Sim/não	Observações
Risco	Sim	Os riscos estariam associados ao fato da terceirização e requisição de servidores, por parte da DPU, prejudicar os aprovados no concurso público.
Materialidade	Não	Considerando que as despesas com a contratação de terceirizados seriam compensadas com a nomeação dos concursados, não se vislumbra materialidade na presente denúncia.
Relevância	Sim	A arbitrariedade eventualmente adotada pela DPU poderia resultar em prejuízo de candidatos aprovados no concurso público em questão.

Em pesquisa ao portal da Defensoria Pública da União, <https://www.dpu.def.br/>, vemos que o referido concurso expirou em 21/3/2019 (peça 6).

Vemos também que entre a data da denúncia e a data atual, a DPU nomeou mais candidatos do que o número de vagas previsto no edital (143 vagas), o que torna a denúncia ineficaz, já que o órgão atendeu aos ditames do edital, durante a validade do certame (peça 7).

Vê-se, portanto, que o objetivo da denúncia já foi cumprido pela DPU, qual seja: a nomeação dos candidatos aprovados no concurso visando ao provimento imediato de 143 vagas, além de formação de cadastro de reserva, em cargos de nível superior e de nível médio da carreira do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo, redistribuídos à Defensoria Pública da União.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO



Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente denúncia, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade constantes do art. 235 do Regimento Interno do TCU;

b) determinar o arquivamento do presente processo, com fulcro no parágrafo único do art. 235 do Regimento Interno do TCU, fazendo-se a devida comunicação ao representante, haja vista as nomeações realizadas pela Defensoria Pública da União, no prazo de validade do concurso regido pelo Edital 1 de 13/4/2015.

É o relatório.

VOTO

O feito pode ser conhecido como Denúncia, uma vez que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade, com fundamento no art. 235 do Regimento Interno.

2. Trata-se de supostas irregularidades consistentes do preenchimento de vagas do quadro de servidores da Defensoria Pública da União (DPU) por servidores requisitados, por terceirizados e por estagiários, mesmo tendo sido realizado concurso público para preenchê-las. Até 14/9/2016, das 143 vagas que seriam preenchidas de imediato, apenas treze concursados teriam sido convocados.

3. O denunciante requereu que este Tribunal interviesse imediatamente para determinar que a DPU se abstivesse de requisitar servidores e deixasse de terceirizar serviços que não os de vigilância, de copeiragem e de limpeza, e ainda que paralisasse qualquer processo seletivo que prejudicasse direta ou indiretamente o seguimento normal do processo referente ao concurso público realizado, até que fossem convocados todos os aprovados.

4. De acordo com a Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (SecexAdministração), após o recebimento da denúncia, o órgão já teria nomeado mais candidatos que o número de vagas previsto no edital.

5. Tendo a denúncia perdido seu objeto, estes autos devem ser arquivados.

Ante o exposto Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2093/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 026.312/2016-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto VII: Denúncia
3. Interessados: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
4. Órgão: Defensoria Pública da União (DPU).
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado (SecexAdministração).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Denúncia acerca de possíveis irregularidades ocorridas na Defensoria Pública da União (DPU), no que concerne à alocação de servidores requisitados, terceirizados e estagiários em vagas do quadro servidores do órgão,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:



9.1 conhecer a presente denúncia por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno;

9.2 determinar o arquivamento do presente processo, fazendo-se a devida comunicação ao denunciante, haja vista as nomeações realizadas pela Defensoria Pública da União, no prazo de validade do concurso regido pelo Edital n.º 1 de 13/4/2015.

10. Ata n.º 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2093-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE ____ – Plenário

TC **027.194/2019-1**

Natureza: Representação – Referendo de cautelar.

Entidade: Universidade Federal da Bahia.

Representante: Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. (CNPJ 09.312.196/0001-24).

Representação legal: Thomas Nicolas Chryssocheris (237.917/OAB-SP) e outros, representando Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTA IRREGULARIDADE CARACTERIZADA POR INABILITAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE. DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. REFERENDO.

RELATÓRIO

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. EPP, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU, em face da licitação promovida pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pregão Eletrônico n. 11/2019, cujo objeto é o “*Registro de Preços, pelo prazo de 12(doze) meses, para eventual Aquisição de FERRAMENTAS E EQUIPAMENTOS DIDÁTICOS PARA ATENDER AS DEMANDAS DO INSTITUTO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO CAMAÇARI/BAHIA, conforme condições, quantidades, exigências e estimativas, inclusive as encaminhadas pelos órgãos e entidades participantes (quando for o caso), estabelecidas neste edital*”.

2. As alegações da representante foram assim elencadas pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, unidade técnica instrutora do feito (peça 28), *verbis*:

“1. O representante alega, em suma, que sua inabilitação se deu em desrespeito à vinculação do ato administrativo ao instrumento convocatório, com base nos seguintes argumentos (peça 1):

a) o disposto nos subitens 8.2 e 8.5 do edital do PE 11/2019, em consonância com o previsto na normatização pertinente ao tema habilitação em pregão eletrônico, deixa clara a possibilidade de substituição dos documentos relativos à habilitação jurídica, econômico-financeira e fiscal pelo cadastro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) – cita o art. 14,

parágrafo único, do Decreto 5.450/2005, o art. 4º, XIV, da Lei 10.520/2002, e o art. 21, III e V, da IN 3/2018 da Secretaria de Gestão do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (IN-SG/MP 3/2018) (peça 3);

b) apesar de já ter apresentado declaração de consulta ao Sicaf, juntamente com as propostas (peças 7-9) e os atestados de capacidade técnica (peças 4-5), durante a fase de aceitação, enviou novamente declaração de consulta ao Sicaf atualizada (peça 11), ao ser convocado pelo pregoeiro em 3/7/2019 (peça 10, p. 52);

c) com cadastro válido e informações regulares no Sicaf, não haveria necessidade de busca ou solicitação de documentação complementar relativa aos subitens 8.6, 8.7 e 8.8 do edital e, ainda que houvesse essa necessidade, o pregoeiro deveria ter concedido duas horas, em conformidade com o subitem 8.4 do edital – destaca mensagem do pregoeiro “para todos os fornecedores que não leram o edital e com isso não enviaram a devida documentação para habilitação” concedendo trinta minutos para o envio, sob pena de desclassificação (peça 10, p. 52);

d) posteriormente, encaminhou por e-mail toda a documentação listada no item 8 do edital, a fim de complementar a documentação já encaminhada via anexo do sistema de compras governamentais (peça 12);

e) o pregoeiro, ao julgar o recurso administrativo interposto pelo representante, manteve sua inabilitação, por ausência de envio do contrato social e da documentação de seus administradores, nos termos do subitem 8.6 do edital, e de certidão de falência, nos termos do subitem 8.8.1 do edital (peça 15); e

f) a decisão foi mantida pela autoridade competente (peça 16).”

3. Após realizado exame acerca da admissibilidade da representação, a Selog procedeu a seguinte avaliação acerca dos pressupostos para a adoção de eventual medida cautelar, diante das alegações apresentadas pela representante (peça 28), cujas conclusões contaram com a anuência do titular daquela unidade técnica (peça 29), *verbis*:

“D. MEDIDA CAUTELAR – AVALIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS

PERIGO DA DEMORA

(...)

Análise:

4. Está configurado o pressuposto do perigo da demora em razão de a **ata de registro de preços** decorrente do PE 11/2019 já ter sido assinada, com a iminente assinatura dos contratos decorrentes.

PERIGO DA DEMORA REVERSO

(...)

Análise:

5. Não se verifica a presença do pressuposto da demora reverso, uma vez que se trata de eventual aquisição de material não essencial ao funcionamento do órgão.

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA

(...)

Análise quanto à plausibilidade jurídica e quanto à necessidade de adoção de medida cautelar:

6. O Sicaf viabiliza o cadastramento de fornecedores de materiais e serviços para os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais (Sisg).

7. Trata-se de importante ferramenta, que proporciona a ampliação das opções de compras do governo federal e permite a desburocratização do cadastramento, com fins de habilitação de fornecedores em licitações, dispensas, inexigibilidades e contratos públicos.

8. Assim, uma vez inscrito no Sicaf, o fornecedor estará cadastrado perante qualquer órgão/entidade integrante do Sisg ou que tenha aderido ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), com registro cadastral e sua renovação com validade de um ano.



9. A Lei 10.520/2002 dispõe (grifado):

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

10. O Decreto 5.450/2005 dispõe (grifado):

Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

(...)

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

(...)

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

(...)

§ 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.

11. Nessa mesma linha, a IN-SG/MP 3/2018 (grifado):

Art. 4º A verificação de conformidade para habilitação dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no Sicaf.

§ 1º Somente haverá a necessidade de comprovação do preenchimento de requisitos mediante apresentação dos documentos originais não-digitais quando houver dúvida em relação à integridade do documento digital.

(...)

Art. 21. O instrumento convocatório para as contratações públicas deverá conter cláusulas prevendo:

(...)

III - que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, da qualificação econômico-financeira e da habilitação jurídica, conforme o caso, dar-se-á primeiramente por meio de consulta ao cadastro no Sicaf;

(...)

V - verificação online no Sicaf, na fase de habilitação, na modalidade licitatória estabelecida pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e

VI - prazo mínimo de 2 (duas) horas, a partir da solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, para envio de documentos de habilitação complementares, conforme prevê o § 2º do art. 25 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

12. É possível observar que o edital do PE 11/2019 mostra-se em consonância com as mencionadas disposições normativas, conforme subitens abaixo transcritos (peça 3, p. 8-9, grifado):

8. DA HABILITAÇÃO

8.2. Não ocorrendo inabilitação, o Pregoeiro consultará o Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF, em relação à habilitação jurídica, à regularidade fiscal, à qualificação econômica financeira e habilitação técnica, conforme o disposto nos arts. 15 e 16 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 03, de 2018.

8.4. Caso o Pregoeiro não logre êxito em obter a certidão correspondente por meio do sítio oficial, ou na hipótese de ela se encontrar vencida no referido sistema, o licitante será convocado a encaminhar, no prazo

de 2 (duas) horas, documento válido que comprove o atendimento das exigências deste Edital, sob pena de inabilitação.

8.5. Os licitantes que **não estiverem cadastrados no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF** além do nível de credenciamento exigido pela Instrução Normativa SEGES/MP nº 3, de 2018, **deverão apresentar** a seguinte documentação relativa à Habilitação Jurídica e à Regularidade Fiscal e trabalhista, bem como a Qualificação Econômico-Financeira, nas condições descritas adiante.

13. Nesse diapasão, entende-se plausível quando o representante questiona a exigência de documentação referente à habilitação que já se encontra cadastrada e válida no SicaF e alega desrespeito à vinculação do ato administrativo ao instrumento convocatório.

14. No caso em exame, ao julgar o recurso administrativo interposto pelo ora representante, o pregoeiro expressamente consignou como causa da inabilitação o não envio do contrato social e de suas alterações, da documentação comprobatória de seus administradores e da certidão de falência (peça 15, p. 4).

15. Todavia, pela leitura da peça, não é possível concluir, por exemplo, se o pregoeiro realizou consulta ao SicaF, atendendo ao subitem 8.2 do edital, ou se analisou o e-mail em que o representante alega ter enviado toda a documentação exigida para fins de habilitação, após autorização expressa: “podem enviar através do email pregoeiro5@ufba.br” (peça 10, p. 52).

16. Da mesma forma, não se verifica, pela leitura das atas das sessões públicas, a convocação do licitante nos termos do subitem 8.4 do edital (peças 10, 13 e 17). Em desacordo com o disposto no edital, o pregoeiro, além de não indicar a documentação faltante, exige de “todos os fornecedores que não leram o edital e com isso não enviaram a devida documentação para habilitação” o envio em trinta minutos, “sob pena de desclassificação”, apesar de estar na fase de habilitação.

17. Cabe esclarecer que, ainda que não haja obrigatoriedade de que o contrato social, a documentação comprobatória dos administradores e a certidão negativa de falência da empresa sejam incluídos no SicaF da licitante, foi possível verificar que, no caso concreto, os referidos documentos da empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. constavam de seu cadastro (conforme consulta realizada por esta Unidade Técnica – peças 24-27), o que poderia ter sido verificado pelo pregoeiro quando da consulta ao sistema. Além disso, o texto constante do item 8.5 do edital mostrou-se dúbio, levando ao entendimento de que se a empresa fosse cadastrada no SicaF, não necessitaria apresentar nenhum dos documentos solicitados nos itens 8.6, 8.7 e 8.8 do edital.

18. Verifica-se, ainda, o possível desrespeito aos princípios da competitividade e da economicidade, tendo em vista que as propostas inabilitadas do representante eram todas inferiores àquelas consideradas vencedoras (peça 10, p. 31, 37 e 39, e peça 21):

	Amende (valores em reais) - A	Vivacity (valores em reais) - B	Diferença entre propostas (A/B-1)
i tem 12	R\$ 30.730,00	R\$ 55.200,00	44,32%
i tem 13	R\$ 29.990,00	R\$ 36.900,00	18,72%
i tem 14	R\$ 70.900,00	R\$ 71.600,00	0,97%

19. Considerando que, para cada item, está prevista a aquisição de três unidades, a diferença entre as propostas totaliza R\$ 96.240,00. Além disso, a possibilidade de adesão por outros órgãos e entidades públicas (item 4 do Anexo III do edital – peça 3, p. 53), pode ensejar adesões com valores superiores em R\$ 192.480,00 (item 4.4 do Anexo III do edital), totalizando possível despesa a maior que o devido no total de R\$ 288.720,00.

20. Diante de todo o exposto, entende-se configurado o pressuposto da plausibilidade jurídica.



21. Feitas essas considerações, propõe-se deferir o pedido de medida cautelar, uma vez presentes os pressupostos do perigo da demora e da plausibilidade jurídica, essenciais para sua concessão, e por não restar evidenciado o perigo da demora reverso, considerando-se, ainda, a possibilidade de que ter sido excluída do certame proposta potencialmente mais vantajosa para a Administração.

22. Por fim, entende-se pertinente realizar a oitiva da unidade jurisdicionada sobre os questionamentos acima para formação do juízo de mérito da presente representação.

E. IMPACTO DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS

(...)

Análise:

23. Com a proposta de medida cautelar, a entidade ficará, ao menos temporariamente, impedida de contratar esses kits didáticos (itens 12 a 14 do objeto). Todavia, tal medida se faz necessária diante da possível inabilitação indevida da representante, o que poderá implicar gastos a maior desnecessários.

(...)

H. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

24. Em virtude do exposto, propõe-se:

24.1. **conhecer da representação**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

24.2 **deferir o pedido de concessão de medida cautelar**, sem oitiva prévia, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a existência dos elementos necessários para sua adoção, a fim de que a Universidade Federal da Bahia, em relação ao Pregão Eletrônico SRP 11/2019, não proceda à assinatura de contrato com a empresa declarada vencedora, Vivacity Tecnologia Ltda., decorrente da ata de registro de preços assinada em 25/7/2019, no tocante aos itens 12, 13 e 14, inclusive não permitindo adesões de outros órgãos e entidades públicas a esses itens, até a deliberação definitiva desta Corte;

24.3. realizar a **oitiva** da Universidade Federal da Bahia, com amparo no art. 276, § 3º, c/c art. 250, V, todos do Regimento Interno/TCU, para que, no prazo de **quinze dias**, se pronuncie em relação aos pressupostos da cautelar deferida, e também quanto aos seguintes pontos relativos ao Pregão Eletrônico SRP 11/2019:

a) inabilitação da empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda., em função de não ter apresentado a documentação constante dos subitens 8.6 e 8.8.1 do edital, tendo em vista que, embora não haja obrigatoriedade de inclusão desses documentos no Sicaf do licitante, o pregoeiro poderia ter verificado que, no caso concreto, os referidos documentos da retromencionada empresa constavam de seu cadastro (conforme consulta realizada por esta Unidade Técnica – peças 24-27), consoante previsto nos arts. 14, parágrafo único, e 25, § 1º, do Decreto 5.450/2005, no art. 4º, XIV, da Lei 10.520/2002, e no arts. 4º, caput e §1º, e 21, III e V, da IN - SG/MP 3/2018, c/c o subitem 8.2 do edital, considerando, ainda, que o pregoeiro sequer deveria ter exigido documentação de quem estava cadastrado com o nível de credenciamento exigido pela IN - SG/MP 3/2018, conforme disposto no subitem 8.5 do edital;

b) ausência de solicitação para envio de documentos específicos de habilitação complementares, com prazo mínimo de duas horas, em possível afronta ao disposto no art. 25, § 2º, do Decreto 5.450/2005, c/c o subitem 8.4 do edital, e no art. 21, VI, da IN - SG/MP 3/2018;

c) demais informações que julgar necessárias; e

d) designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato.

24.4. realizar, nos termos do art. 276, § 3º, c/c art. 250, V, todos do Regimento Interno/TCU, a **oitiva** da sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda. (CNPJ 03.452.360/0001-12), para, no prazo



de **quinze dias**, manifestar-se, caso queira, sobre os fatos constantes no subitem **24.3** retro, assim como sobre os pressupostos da cautelar pleiteada;

24.5. **alertar** a Universidade Federal da Bahia quanto à possibilidade de o TCU vir a determinar a anulação dos atos decorrentes do certame, caso haja elementos suficientes para a decisão de mérito, que caracterizem afronta às normas legais e/ou a possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração;

24.6. **encaminhar** cópia da presente instrução à Universidade Federal da Bahia e à sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda., de maneira a embasar as suas respectivas respostas à oitiva; e

24.7. **comunicar** ao representante a decisão que vier a ser prolatada.” (grifos do original)

4. Mediante decisão à peça 30, proferida em 28/08/2019, acolhi a proposição da Selog, para, nos termos do art. 276 do RITCU, expedir a cautelar proposta, nos seguintes termos:

“10. Ante o exposto, **DECIDO**:

10.1. **conhecer** da presente Representação, com fulcro no artigo 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU c/c o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

10.2. com fulcro no artigo 276 do Regimento Interno do TCU, **determinar** à Universidade Federal da Bahia, **em caráter cautelar**, que não proceda à assinatura de contrato com a empresa declarada vencedora, Vivacity Tecnologia Ltda., decorrente da ata de registro de preços assinada em 25/7/2019, oriunda do Pregão Eletrônico SPR 11/2019, no tocante aos itens 12, 13 e 14, inclusive não permita adesões de outros órgãos e entidades públicas a esses itens, ou, caso já tenha sido assinado tal avença ou permitida eventuais adesões, suspenda suas execuções, até que o TCU se pronuncie sobre o mérito do presente processo;

10.3. nos termos do § 3º do artigo 276 do Regimento Interno do TCU, **determinar** a **oitiva** da Universidade Federal da Bahia, para que se pronuncie, em até quinze dias, acerca das questões veiculadas na petição inicial apresentada pela empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. EPP, relativas ao Pregão Eletrônico SPR 11/2019, em especial quanto aos seguintes tópicos:

10.3.1. inabilitação da empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda., em função de não ter apresentado a documentação constante dos subitens 8.6 e 8.8.1 do edital, tendo em vista que, embora não haja obrigatoriedade de inclusão desses documentos no Sicaf do licitante, o pregoeiro poderia ter verificado que, no caso concreto, os referidos documentos da retromencionada empresa constavam de seu cadastro (conforme consulta realizada pela Selog – peças 24-27), consoante previsto nos arts. 14, parágrafo único, e 25, § 1º, do Decreto 5.450/2005, no art. 4º, XIV, da Lei 10.520/2002, e no arts. 4º, caput e §1º, e 21, III e V, da IN-SG/MP 3/2018, c/c o subitem 8.2 do edital, considerando, ainda, que o pregoeiro sequer deveria ter exigido documentação de quem estava cadastrado com o nível de credenciamento exigido pela IN-SG/MP 3/2018, conforme disposto no subitem 8.5 do edital;

10.3.2. ausência de solicitação para envio de documentos específicos de habilitação complementares, com prazo mínimo de duas horas, em possível afronta ao disposto no art. 25, § 2º, do Decreto 5.450/2005, c/c o subitem 8.4 do edital, e no art. 21, VI, da IN - SG/MP 3/2018;

10.3.3. demais informações que julgar necessárias; e

10.3.4. designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato.

10.4. nos termos do artigo 276, § 3º, c/c art. 250, inciso V, todos do Regimento Interno do TCU, **determinar** a **oitiva** da sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda. (CNPJ 03.452.360/0001-12), para, no prazo de quinze dias, manifestar-se, caso queira, sobre os fatos constantes nos presentes autos;

10.5. **alertar** os responsáveis pelo Pregão Eletrônico SPR 11/2019, no âmbito da Universidade Federal da Bahia;



10.5.1. de que a eventual consumação de irregularidades em razão do prosseguimento dos atos decorrentes do aludido certame sujeitará os respectivos agentes às sanções legais previstas na Lei n. 8.443/92; e

10.5.2. quanto à possibilidade de o TCU vir a determinar a anulação dos atos decorrentes do referido certame, caso haja elementos suficientes para a decisão de mérito, que caracterizem afronta às normas legais e/ou a possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração.

10.6. **encaminhar** cópia da presente decisão à Universidade Federal da Bahia e à sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda., de maneira a embasar as suas respectivas respostas à oitiva; e

10.7. **dar ciência** da presente decisão à representante.

À Selog, para as providências determinadas com a devida urgência.”

É o Relatório.

VOTO

Submeto ao referendo deste Plenário, nos termos do art. 276, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, a medida cautelar por mim expedida em 28/08/2019, nos termos descritos no Relatório.

5. Reproduzo a seguir os respectivos fundamentos, conforme exarados em minha decisão à peça 30:

“5. Inicialmente, cumpre conhecer o feito como Representação, uma vez que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU.

6. Sobre as questões inquinadas, a **análise de cognição sumária** aponta para a presença dos requisitos necessários para a adoção da medida prevista no art. 276 do RI/TCU.

7. O **fumus boni iuris** está consubstanciado na inabilitação da empresa representante, em razão da não apresentação de diversos documentos, os quais constavam de seu cadastro junto ao Sicafe (conforme consulta realizada pela Selog – peças 24-27), fato esse que poderia ter sido verificado pelo Pregoeiro, quando da consulta ao aludido sistema, sendo que o edital do certame previa tal possibilidade.

8. Também se encontra presente o **periculum in mora**, tendo em vista que a ata de registro de preços decorrente da referida licitação já foi firmada e existe a possibilidade iminente de assinatura de contratos dela decorrentes, sendo que as propostas inabilitadas da empresa representante eram todas inferiores àquelas consideradas vencedoras.

9. Não se identificou **periculum in mora** reverso.

10. Ante o exposto, **DECIDO**:

10.1. **conhecer** da presente Representação, com fulcro no artigo 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU c/c o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

10.2. com fulcro no artigo 276 do Regimento Interno do TCU, **determinar** à Universidade Federal da Bahia, **em caráter cautelar**, que não proceda à assinatura de contrato com a empresa declarada vencedora, Vivacity Tecnologia Ltda., decorrente da ata de registro de preços assinada em 25/7/2019, oriunda do Pregão Eletrônico SPR 11/2019, no tocante aos itens 12, 13 e 14, inclusive não permita adesões de outros órgãos e entidades públicas a esses itens, ou, caso já tenha sido assinado tal avença ou permitida eventuais adesões, suspenda suas execuções, até que o TCU se pronuncie sobre o mérito do presente processo;

10.3. nos termos do § 3º do artigo 276 do Regimento Interno do TCU, **determinar a oitiva** da Universidade Federal da Bahia, para que se pronuncie, em até quinze dias, acerca das questões veiculadas na petição inicial apresentada pela empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. EPP, relativas ao Pregão Eletrônico SPR 11/2019, em especial quanto aos seguintes tópicos:



10.3.1. *inabilitação da empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda., em função de não ter apresentado a documentação constante dos subitens 8.6 e 8.8.1 do edital, tendo em vista que, embora não haja obrigatoriedade de inclusão desses documentos no Sicaf do licitante, o pregoeiro poderia ter verificado que, no caso concreto, os referidos documentos da retromencionada empresa constavam de seu cadastro (conforme consulta realizada pela Selog – peças 24-27), consoante previsto nos arts. 14, parágrafo único, e 25, § 1º, do Decreto 5.450/2005, no art. 4º, XIV, da Lei 10.520/2002, e no arts. 4º, caput e §1º, e 21, III e V, da IN-SG/MP 3/2018, c/c o subitem 8.2 do edital, considerando, ainda, que o pregoeiro sequer deveria ter exigido documentação de quem estava cadastrado com o nível de credenciamento exigido pela IN-SG/MP 3/2018, conforme disposto no subitem 8.5 do edital;*

10.3.2. *ausência de solicitação para envio de documentos específicos de habilitação complementares, com prazo mínimo de duas horas, em possível afronta ao disposto no art. 25, § 2º, do Decreto 5.450/2005, c/c o subitem 8.4 do edital, e no art. 21, VI, da IN - SG/MP 3/2018;*

10.3.3. *demais informações que julgar necessárias; e*

10.3.4. *designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato.*

10.4. *nos termos do artigo 276, § 3º, c/c art. 250, inciso V, todos do Regimento Interno do TCU, **determinar a oitiva** da sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda. (CNPJ 03.452.360/0001-12), para, no prazo de quinze dias, manifestar-se, caso queira, sobre os fatos constantes nos presentes autos;*

10.5. **alertar** os responsáveis pelo Pregão Eletrônico SPR 11/2019, no âmbito da Universidade Federal da Bahia:

10.5.1. *de que a eventual consumação de irregularidades em razão do prosseguimento dos atos decorrentes do aludido certame sujeitará os respectivos agentes às sanções legais previstas na Lei n. 8.443/92; e*

10.5.2. *quanto à possibilidade de o TCU vir a determinar a anulação dos atos decorrentes do referido certame, caso haja elementos suficientes para a decisão de mérito, que caracterizem afronta às normas legais e/ou a possibilidade de ocorrência de prejuízos à Administração.*

10.6. **encaminhar** cópia da presente decisão à Universidade Federal da Bahia e à sociedade empresária Vivacity Tecnologia Ltda., de maneira a embasar as suas respectivas respostas à oitiva; e

10.7. **dar ciência** da presente decisão à representante.

À Selog, para as providências determinadas com a devida urgência.”

6. Assentadas as razões da cautelar sob exame, submeto-as a este Plenário para o necessário referendo, nos termos do art. 276, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal.

Do exposto, VOTO por que seja acolhido o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2094/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 027.194/2019-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação – Referendo de cautelar.
3. Representante: Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. (CNPJ 09.312.196/0001-24).
4. Entidade: Universidade Federal da Bahia.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal:
 - 8.1. Thomas Nicolas Chryssocheris (237917/OAB-SP) e outros, representando Amende



Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Amende Comércio e Automação de Equipamentos Educacionais Ltda. EPP, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU, em face da licitação promovida pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pregão Eletrônico n. 11/2019, em que se aprecia, para fins de referendo, medida cautelar expedida pelo Relator,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. referendar a medida cautelar concedida por meio do despacho acostado à peça 30 e as demais decisões prolatadas naquela ocasião;

9.2. retornar o processo à Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, para as providências cabíveis.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2094-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 004.527/2017-8

Natureza: Acompanhamento.

Unidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Responsável: Gilberto Alves (CPF 120.076.501-00).

Representação legal: Mauro Porto (OAB/DF 12.878) e outros representando Gilberto Alves; Varlone Batista Sampaio (CPF 699.097.171-15) e outros representando a Anatel.

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. ATOS PRATICADOS PELA ANATEL NO ACOMPANHAMENTO DOS CONTRATOS DE TELEFONIA FIXA. ESTUDOS SOBRE A RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS A CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA FIXA. SUPOSTA IRREGULARIDADE NA JUNTADA DOS ESTUDOS AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE GRAVE OFENSA À ORDEM JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCOM, a qual foi acolhida pelos dirigentes daquela unidade técnica (peças 25/7):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo de acompanhamento, constituído em função de autorização expressa no item 9.4



do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge (peça 1), com o fito de apurar eventuais responsabilidades quanto às irregularidades verificadas na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), relativas ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa, e quantificar o débito, se for o caso.

HISTÓRICO

2. O Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário tratou de representação formulada pelo Grupo de Trabalho em Telefonia da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), quanto à necessidade de se apurar a legalidade e a legitimidade de atos cometidos na Anatel, relativos à elaboração de estudos sobre as sanções proferidas pela agência em face das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

3. Os estudos foram realizados em 2008, com o objetivo de verificar a razoabilidade do montante das sanções até então aplicadas pela antiga Superintendência de Serviços Públicos (SPB), frente à capacidade econômica das empresas infratoras.

4. Na ocasião, os resultados apresentados pelos estudos indicaram, dentre outras coisas, que o volume sancionatório global, com base nas estimativas envolvendo processos instaurados até dez/2007, representava um montante desarrastado frente ao volume anual que constitui a capacidade econômica sistêmica da prestação dos serviços outorgados. No caso específico de cada operadora, afirmou-se que havia fortes indícios da falta de razoabilidade no total das multas impostas a elas. Esses estudos, por ordem expressa do então Superintendente de Serviços Públicos (SPB), foram juntados a Processos Administrativos por Descumprimento de Obrigações (Pados) em tramitação na Anatel.

5. O Ministério Público Federal ofereceu, então, em 26/3/2009, a representação tratada no TC 008.521/2009-8, por identificar que tais estudos careceriam de embasamento técnico e que sua juntada aos Pados serviria de fundamento para propositura de medidas judiciais e administrativas, com vistas a questionar as multas aplicadas pela agência reguladora, o que poderia trazer danos à Anatel.

6. Posteriormente à autuação do respectivo processo no TCU, o Conselho Diretor da Anatel, provocado por representação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE), decidiu não aprovar os estudos e determinou seu desentranhamento dos Pados em 26/8/2009.

7. A despeito da deliberação adotada pelo corpo dirigente da agência, deu-se continuidade à representação protocolada nesta Corte de Contas, a fim de avaliar o mérito dos estudos realizados, especialmente no que tange a sua consistência, e a ocorrência de possíveis irregularidades no âmbito da Anatel.

8. Os exames realizados pela unidade técnica permitiram identificar diversas impropriedades relacionadas ao estudo elaborado, que culminaram na expedição do mencionado Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, contendo determinações destinadas a apurar a extensão dos eventuais danos ao erário, bem como as responsabilidades pelas irregularidades verificadas. Conforme trecho do Voto do Relator, os danos poderiam decorrer do tumulto processual gerado pela juntada dos estudos, com mora na análise de Pados, prescrição e eventuais perdas no âmbito judicial decorrentes do embasamento por eles fornecido.

9. Em 19/5/2015, a agência encaminhou, por meio do Ofício 23/2015/AUD-Anatel, de 18/5/2015, cópia do Mem 146/2014-CRG e do Informe 8/2015-SCO (peça 5), em atendimento às determinações contidas no item 9.3 do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário.

10. Após análise dos documentos enviados, verificou-se a necessidade de realizar nova diligência, que foi respondida pela entidade por meio dos Ofícios 56/2017/SEI/AUD-ANATEL, de 8/6/2017 (peça 11), e 60/2017/SEI/AUD-ANATEL, de 23/6/2017 (peça 12).

11. Em 7/3/2018, promoveu-se a audiência do então Superintendente da SPB, para que apresentasse as razões de justificativa para as irregularidades identificadas, em respeito ao princípio do devido processo legal e seus corolários (contraditório e ampla defesa).

12. Em resposta, foram protocoladas no TCU as justificativas do então gestor no dia 30/4/2018 (peça 21). Em 4/5/2018, foi também encaminhada cópia de petição apresentada à ouvidoria da Advocacia Geral da União (AGU), solicitando o reexame do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) a que respondera pela Procuradoria-Geral Federal, por entender que a PFE/Anatel não gozaria da necessária isenção para a condução desse processo especificamente (peça 22).

13. A instrução da unidade técnica no âmbito do TC 008.521/2009-8, reproduzida no Relatório do Exmo. Ministro José Jorge, promoveu extenso e completo detalhamento do caso, não só no que se refere à metodologia e às premissas técnicas utilizadas na elaboração dos estudos, mas também à atuação dos agentes envolvidos em toda a cadeia de acontecimentos até o desentranhamento dos documentos pelo Conselho Diretor.

14. Esse documento, em conjunto com as informações prestadas pela Anatel em atendimento às determinações do mencionado Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, serviram de insumo às análises realizadas na



presente instrução.

15. Ressalta-se que não se pretende adentrar no mérito dos assuntos tratados no estudo, tendo em vista já terem sido objeto de avaliação no âmbito do TC 008.521/2009-8, além de não terem sido aprovados posteriormente pelo Conselho Diretor.

EXAME TÉCNICO

I. Resumo dos fatos

16. Por meio do Memorando 157/SPB, de 7/4/2008 (peça 51, p. 35 do TC 008.521/2009-8), o então Superintendente de Serviços Públicos determinou expressamente à área técnica competente, Gerência Geral de Competição (PBCP), a ele subordinada, que procedesse à elaboração de estudos sobre o impacto das sanções em andamento na Anatel sobre a evolução econômica da prestação dos serviços pelas empresas concessionárias.

17. Esses estudos deveriam ser elaborados individualmente para cada operadora, abrangendo a listagem de 99 processos encaminhada em anexo ao memorando, representando o montante de R\$ 764.598.492,37 em multas sugeridas pelo corpo técnico, ainda pendentes de aprovação pelo SPB. Além disso, o documento especificamente definia que tais estudos fossem incluídos nos processos sancionatórios relacionados, conforme trecho transcrito a seguir:

1. Em face da sugestão de multa feita pela área técnica competente **nos PADOs em epígrafe**, peço que **procedam estudo do impacto das sanções sugeridas sobre a evolução econômica da prestação dos serviços, a luz do que preconizam os arts. 38 c/c 179, § 1º da LGT**, considerando que as demandas de 2005 a 2008 não foram todas analisadas.

2. O estudo deve ser feito em **separado para cada pessoa jurídica listada e, posteriormente, anexado aos processos respectivos, para todos os efeitos de direito.**

(...) 4. Por fim, solicito que **remetam os autos para o opinativo jurídico** em respeito ao que dispõe o art. 36, §1º do Regimento Interno desta Agência. (grifo nosso)

18. Os trabalhos foram, então, desenvolvidos pela PBCP e consolidados nos Informes 121, de 14/5/2008; e 148, 149, 150, 151 e 152/2008-PBCPA/PBCP, de 26/5/2008 (peça 5, mídia anexa, arquivo 'Processo nº 535000225832009.vol.I.pdf', p. 113-211), um para cada concessionária do STFC. Vale dizer que, por decisão própria, o então Gerente Geral de Competição ampliou o escopo dos estudos, passando a considerar o universo de Pados instaurados até dez/2007 em trâmite na SPB, que totalizavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas, conforme trecho incluído nos informes elaborados:

5.10. Preliminarmente cumpre asseverar que, **em que pese a Solicitação do Mem nº 157/SPB/PBCP ater-se aos Pados em que a sanção aplicada/sugerida é superior a R\$ 500.000,00, a presente análise não pode deixar de considerar a totalidade de sanções**, pois o escopo do trabalho é exatamente verificar a razoabilidade do valor total de multas aplicadas na SPB, em face da capacidade econômica do infrator.

5.11. Dessa forma, **partiu-se do universo de Pados instaurados até dez/2007 em trâmite no âmbito da SPB**, tomando-se por base as informações levantadas por cada urna das Gerências Gerais (PBCP, PBOA e PBQI). Tendo em vista que tais levantamentos foram efetuados em dez/2007, cabe informar que não foram considerados dados posteriores a esta data. (grifo nosso)

19. Sem adentrar nas diversas inconsistências metodológicas e falhas de premissa verificadas nos estudos elaborados, tratadas no âmbito do TC 008.521/2009-8, esses informes concluíam, em todos os casos, que o volume global de sanções aplicadas pela Anatel era desarrazoado em relação à capacidade econômica das empresas.

20. Esses documentos foram, então, por ordem do Superintendente, incorporados aos autos de centenas de processos sancionatórios das respectivas empresas e encaminhados para manifestação da PFE, entre 14 e 26/5/2008.

21. Em resposta, a Procuradoria solicitou à SPB que consolidasse o estudo em documento único e não apensado aos processos e o remetesse novamente a ela, ante a possibilidade de existência de dúvida jurídica de caráter geral, conforme trecho do Despacho 118/PGF/PFE-FPB/2008, de 24/6/2008 (peça 7, p. 20 do TC 008.521/2009-8), que se repete nos demais despachos da PFE sobre esse tema:

Restitua-se o processo em referência, com fundamento no art. 34, §1º do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 270, de 19/07/2001, alterada pela Resolução nº 489, de 05/12/2007, **por não se tratar de caso de dúvida quanto à matéria jurídica específica e pertinente ao processo** epigrafado (...).

Nada obstante, **constata-se a possibilidade de existência de dúvida jurídica de caráter geral, insuficientemente especificada, e não relacionada aos fatos tratados nestes autos**. Em razão disso, **solicita-se à Superintendência de Serviços Públicos que consolide e remeta a esta Procuradoria, em documento**



único e não apensado a este processo, os estudos de impacto econômico e financeiro pertinentes à totalidade das sanções de alto valor aplicadas às prestadoras de serviço de telecomunicações bem como as dúvidas jurídicas específicas relacionadas ao comentado estudo, para que a Procuradoria Federal Especializada se manifeste nos termos do art. 34, §§ 1º e 2º do Regimento Interno da Anatel. (grifo nosso)

22. Nota-se que é clara a manifestação da PFE, no sentido de que não se tratava de dúvida quanto à matéria abordada nos Pados, bem como a solicitação de que, em virtude disso, os estudos fossem consolidados e reencaminhados à procuradoria em documento único e apartado dos autos dos processos sancionatórios, visto tratar-se de matéria jurídica de caráter geral.

23. Ao contrário da expressa solicitação da PFE, a Gerência Geral de Competição (PBCP) não consolidou e submeteu os estudos à nova apreciação, dando seguimento ao trâmite dos processos, sem qualquer observação ou justificativa acerca da manifestação da Procuradoria.

24. Após a restituição dos Pados à PBCP, o Superintendente da SPB, por meio do Memorando 550/SPB, de 3/11/2008 (peça 80, p. 5 do TC 008.521/2009-8), deu conhecimento sobre os estudos aos membros do Conselho Diretor e à Superintendência Executiva, citando a necessidade de análise do corpo dirigente da agência sobre o vulto das sanções no âmbito da SPB.

25. Além disso, informou ter cancelado os valores das multas sugeridas pelas áreas técnicas, afirmando, contudo, que a respectiva notificação das interessadas não ocorreria naquele momento. Nessa ocasião, não foi mencionado que os estudos tinham sido juntados aos Pados em trâmite na entidade, tampouco que a PFE solicitara a reapresentação dos estudos em documento único e apartado dos autos.

26. Assim, em dezembro de 2008, ou seja, após a informação ao Conselho Diretor, o Superintendente de Serviços Públicos, em sentido inverso ao recomendado pela PFE, adotou despachos sancionatórios em que fixou o valor das multas nos processos, fazendo expressa referência de haver considerado as conclusões dos estudos em suas decisões. Ou seja, mesmo após a menção explícita daquele órgão jurídico acerca da possível existência de dúvida jurídica de caráter geral nesses documentos, que em nada se relacionava com a matéria contida nos autos, eles permaneceram nos processos, constando inclusive das decisões da superintendência que aplicavam as sanções às empresas.

27. Além disso, ao contrário do que havia informado ao Conselho Diretor, o Superintendente determinou, nesses mesmos despachos sancionatórios, a notificação imediata das empresas, que com isso tomaram conhecimento formal do teor dos estudos, até então adstritos ao âmbito da Anatel. Como exemplo, citam-se trechos do Despacho 5765/2008/PBOAC/PBOA/SPB, de 30/12/2008 (peça 82, p. 37 do TC 008.521/2009-8):

(...) **Considerando o que apontou o estudo técnico** formulado pela Gerência Geral de Competição desta Superintendência **por intermédio do Informe Técnico nº 121/2008/PBCPA/PBCP**, de 26.05.2008, em anexo, que aponta **que a razoabilidade dos sancionamentos impostos deve ter por base uma visão geral dos efeitos do processo sancionatório e que este, no curto prazo, pode impactar fortemente a capacidade sistêmica, desde a capacidade de investimentos, custeio e melhoria das próprias atividades hoje acompanhadas e sancionadas, até a atratividade da exploração dos serviços como um todo;**

Considerando o que dispôs o Memo. nº 550/SPB, de 3.11.2008, especialmente em seus itens 3 e 4 que, respectivamente, **noticiaram ao egrégio Conselho Diretor desta Agência as conclusões do estudo técnico** suso mencionado **e a conveniência e oportunidade desta Superintendência somente notificar as partes após manifestação superior que convalidasse os valores ali imputados;**

(...)RESOLVE:

i. Aplicar a sanção de MULTA no valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) à TELEMAR NORTE LESTE S/A, concessionária do STFC no setor 16 do PGO, por infrações ao art. 82, § 1º, do Regulamento do STFC, aprovado pela Resolução nº 426/2005.

Notifique-se a parte interessada. (grifo nosso)

28. Com isso, em janeiro de 2009, as concessionárias interpuseram centenas de recursos com pedido de efeito suspensivo contra os despachos sancionatórios firmados pelo Superintendente de Serviços Públicos, fundamentados no conteúdo dos estudos de impacto econômico constantes dos processos.

29. O efeito suspensivo foi concedido aos Pados pelo então Presidente da Anatel, tendo sido revogado somente em setembro de 2009 (peça 97 do TC 008.521/2009-8), após a decisão do Conselho Diretor que deliberou pela não aprovação dos estudos e determinou seu desentranhamento dos autos de todos os Pados aos quais tivessem sido juntados. As concessionárias ainda interpuseram novos recursos contra essa decisão.

30. Além disso, houve judicialização de muitos desses processos, também com base nos estudos confeccionados pela PBCP, juntados por ordem do SPB, conforme será abordado mais à frente nesta instrução.



Vários deles permanecem suspensos no Poder Judiciário.

II. Análise

31. Inicialmente, quanto aos estudos, embora dotados de falhas técnicas e premissas equivocadas que comprometem a validade de suas conclusões, destaca-se que a SPB detinha competência geral para tratar e avaliar aspectos econômicos afetos à prestação do STFC em regime público, nos termos do art. 135 do antigo Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução 270/2001, de modo que não há que se falar em irregularidade na sua elaboração.

Art. 135. A Superintendência de Serviços Públicos **tem jurisdição sobre o serviço telefônico fixo comutado prestado, concomitantemente, no regime público e privado, abrangendo** a condução dos procedimentos de regulamentação, de concessão, permissão ou autorização, de outorga de autorização do direito de uso de radiofrequências associadas e licenciamento de estações, a estruturação e administração dos recursos de numeração, **o acompanhamento e controle da prestação dos serviços** e da competição nos mercados relevantes associados, **a instauração e condução de procedimentos administrativos e aplicação de sanções**, a gestão da satisfação dos usuários e das obrigações, os parâmetros de qualidade de redes e serviços, a interconexão e interoperabilidade das redes de telecomunicações, **o acompanhamento econômico** e de preços e tarifas, os planos de serviços, o controle, prevenção e repressão das infrações de ordem econômica, assim como a regulação das atividades das respectivas prestadoras. (grifo nosso)

32. No entanto, os atos praticados pelo então Superintendente da SPB merecem análise mais aprofundada, em virtude da sua gravidade e dos seus desdobramentos.

33. O Memorando 157/SPB elaborado pelo Superintendente, solicitava que fosse realizado um ‘estudo de impacto das sanções sugeridas sobre a evolução econômica da prestação dos serviços, a luz do que preconizam os arts. 38 c/c 179, §1º da LGT’, descrevendo, claramente, uma avaliação de cunho geral, não vinculada especificamente aos descumprimentos em análise no âmbito dos processos.

34. O próprio estudo afirmava, no item 5.4 da Fundamentação, que ‘a presente análise concentrar-se-á mais na razoabilidade das sanções sugeridas, vista por uma ótica global do setor de telecomunicações do que na proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção’, e que suas conclusões eram de caráter geral e não se aplicavam a nenhum Pado especificamente, nem tinham o condão de alterar qualquer valor das multas.

35. Assim, se o estudo não seria usado para o cálculo das multas e tratava de tema de caráter geral, não se vislumbra motivação razoável para que o Superintendente determinasse sua juntada aos Pados, eis que a conclusão dos estudos não guardava relação com os objetos tratados naqueles casos. Pelo contrário, mostra-se incoerente que se fizesse constar dos autos de processos sancionatórios da autarquia uma peça não vinculada às infrações analisadas, que questionava justamente a atuação da agência reguladora no exercício do seu poder sancionador.

36. Esse ato, por si, já configurou infração aos normativos vigentes à época, em especial à Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – LPA) e ao Regimento Interno da Anatel (Resolução 270/2001, que vigorou até 2013).

37. O art. 29, §1º, da Lei 9.784/1999, preconiza que devem constar dos autos os dados necessários à decisão dos processos. Entretanto, como visto, o estudo não era necessário à decisão dos Pados, vez que não guardava qualquer relação com os fatos neles apurados.

38. Nesse mesmo sentido, o art 53, §2º, do Regimento Interno dispunha que ‘os autos dos procedimentos administrativos serão instruídos com a documentação pertinente ao assunto’, sendo mais uma regra de que conteúdos não relacionados aos casos concretos não deveriam ser incluídos aos autos dos processos da entidade.

39. Ademais, a juntada desses estudos aos Pados, com posterior notificação das empresas interessadas, se deu por vontade do Superintendente, agindo de ofício, extrapolando os limites de competência a ele conferidos pelo Regimento Interno da Anatel.

40. Repisa-se que os estudos consubstanciavam tema de caráter geral, abrangendo diversas sanções em trâmite na Anatel associadas às concessionárias do STFC, como consignado nos próprios informes e expressamente ressaltado pela PFE quando da restituição dos processos, sem referência a qualquer caso específico tratado nos Pados.

41. Nesse sentido, nos termos do art. 175, inciso I, do antigo Regimento Interno da Anatel, competia ao Conselho Diretor ‘aprovar propostas e relatórios que afetassem a política da Agência e as perspectivas setoriais’.

42. Ou seja, ainda que a SPB tivesse a competência para elaborar estudos que avaliassem o impacto de sanções visto de modo mais abrangente no âmbito da Anatel, eles deveriam ter sido submetidos à aprovação do



Conselho Diretor previamente a qualquer tipo de uso ou publicização (a exemplo das considerações nos despachos sancionatórios), eis que tratavam de assunto de caráter geral, trazendo críticas à política sancionatória da agência como um todo e concluindo pela falta de razoabilidade das sanções aplicadas pela entidade.

43. Adicionalmente, a fundamentação legal para que os estudos fossem elaborados, conforme Memorando 157/SPB, foram os arts. 38 e 179, §1º da LGT, *in verbis*:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Art. 179. **A multa** poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) **para cada infração cometida**.

§1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (grifo nosso)

44. O mandamento legal autoriza a análise da razoabilidade e da proporcionalidade das multas apenas no contexto individual, não no global, como se pode depreender da sua redação, sendo esse o entendimento também manifestado pelo Conselho Diretor à época, conforme exposto na própria Análise 75/2009-GCJR, de 20/8/2009, que subsidiou a decisão do desentranhamento dos informes dos processos (peça 23, p. 9).

45. A par de outras falhas identificadas, os estudos elaborados, contudo, adotaram posicionamento diverso ao do Conselho Diretor, inovando na interpretação da lei, pela extrapolação do princípio da proporcionalidade do nível individual para o global, o que traria reflexos ao processo sancionatório de toda a Anatel, conforme se depreende do texto dos próprios informes elaborados, a exemplo do Informe 121/2008-PBCPA/PBCP, de 14/5/2008 (peça 5, mídia anexa, arquivo 'Processo nº 535000225832009.vol.I.pdf', p. 113-211):

Em 7/4/2008, esta Gerência recebeu o Mem. nº 157/2008 que solicitou estudo do impacto das sanções sugeridas no âmbito da SPB sobre a evolução econômica da prestação do STFC, a luz do que preconizam os art. 38 c/c 179, § 1º da LGT. Tais artigos assim dispõem: (...)

O Princípio da Razoabilidade indica que o Administrador deve tomar suas decisões de forma lógica, coerente e congruente, usando sempre a mesma medida do bom senso (...).

O Princípio da Proporcionalidade, da forma como abordado no texto da Lei, remete-nos à mesma ideia, sendo, porém, mais restrito (...).

Não obstante serem tais princípios indissociáveis, **a presente análise concentrar-se-á mais na razoabilidade das sanções sugeridas, vista por uma óptica global do setor de telecomunicações, do que na proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, conforme dispõe a última parte do parágrafo 1º, acima citado**. Isto porque a proporcionalidade já é aferida nos casos concretos, quando da análise de cada um dos processos. Já **a aferição da razoabilidade do valor das multas carece de uma visão que deve ultrapassar a análise caso a caso**, conforme se verá a seguir. (grifo nosso)

46. Esse entendimento é reforçado pelo trecho incluído em seus despachos sancionatórios, em que afirmou que 'a razoabilidade dos sancionamentos impostos deve ter por base uma visão geral dos efeitos do processo sancionatório'.

47. Nesse sentido, o comando de incluir suas conclusões aos processos em curso na entidade sem a prévia aprovação do Conselho Diretor, novamente, se mostrou fora das competências atribuídas ao então Superintendente da SPB, especialmente em função do que dispõe o art. 35, do Decreto 2.338/1997, Regulamento da Anatel:

Art. 35. **Compete ao Conselho Diretor**, sem prejuízo de outras atribuições previstas na Lei, neste Regulamento ou no Regimento Interno:

I - **estabelecer as diretrizes funcionais, executivas e administrativas a serem seguidas pela Agência**, zelando por seu efetivo cumprimento;

(...)

XIII - **deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações** e sobre os casos omissos; (grifo nosso)

48. Portanto, a determinação proferida pelo Superintendente de Serviços Públicos para que o estudo fosse juntado aos Pados, sem prévia aprovação do Conselho Diretor, extrapolou a competência da SPB, em afronta ao Regimento Interno e ao Regulamento da Agência, além de não encontrar respaldo da LPA.

49. No que tange ao descumprimento da solicitação da PFE, de consolidar e remeter em documento único e não apensado a processo os estudos de impacto econômico, o art. 50, inciso VII, da LPA traz a obrigação de o

ato administrativo ser motivado quando deixar de ‘aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou divergir de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais’.

50. É, portanto, evidente que, se a PBCP ou a SPB discordavam da indicação feita pela PFE, deveriam ter consignado suas justificativas nos autos dos Pados em questão, ou solicitado maiores esclarecimentos à Procuradoria.

51. Mais ainda, o claro apontamento feito pela PFE, relativamente à falta de relação entre os estudos e o objeto dos processos e ao fato de tratarem de tema de caráter geral, indicava a improcedência de sua manutenção nos autos, sendo, portanto, dever das áreas envolvidas terem promovido o saneamento do vício, preferencialmente pelo desentranhamento dos estudos até posterior deliberação pela PFE e pelo Conselho Diretor.

52. Ato contínuo, o Superintendente não só ignorou as indicações feitas pela PFE, dando seguimento aos processos, como utilizou indevidamente os estudos na decisão das sanções, tendo em vista constarem expressamente dos ‘considerandos’ inseridos pelo próprio Superintendente em seus despachos e terem sido anexados a esses documentos.

53. A menção aos estudos na fundamentação dos despachos sancionatórios da SPB, além de irregular, ante a ausência de prévia aprovação pelo Conselho Diretor, criou uma situação de conflito, tendo em vista que o documento opinava pela falta de razoabilidade dessas sanções aplicadas pela entidade, gerando vasta argumentação para contestação por parte das empresas sancionadas.

54. Cumpre destacar que o próprio Conselho Diretor obteve conclusões similares às manifestadas na presente instrução em sua 534ª reunião, de 26/8/2009 (peça 24, p. 9), ao aprovar a Análise 75/2009-GCJR (peça 23, p. 9), que deliberou sobre a não aprovação e o desentranhamento dos estudos e a anulação parcial do Memorando 157/SPB, como pode ser observado de alguns trechos transcritos abaixo:

As normas citadas são claras, **o órgão competente para a instrução só deve juntar aos autos aquilo que for necessário à decisão do processo**. No presente caso, o próprio agente público que determinou a juntada dos estudos e que é a autoridade competente para o julgamento **reconheceu que tais documentos não se aplicam aos casos individuais** e, portanto, não tiveram impacto na decisão exarada nos processos respectivos.

Nem se diga que a determinação de juntada foi anterior à confecção dos estudos, visto que, como já demonstrado, as diretrizes passadas pelo Superintendente só poderiam resultar em estudos gerais, inaplicáveis ao caso concreto.

Portanto, **a juntada dos estudos aos autos dos respectivos PADOs não respeitou o disposto no art. 29, §1º da LPA e no art. 71, § 1º do Regimento Interno da Anatel.**

(...) Portanto, **caso algum órgão da Anatel tenha alguma proposta de nova interpretação da LGT ou de outro ato normativo de telecomunicações deve submeter tal entendimento para deliberação do Conselho Diretor.**

Não foi esse o caminho que a SPB seguiu, entretanto. Ademais, **a abrangência do estudo, que excede os limites não só do caso concreto, mas da própria Superintendência de Serviços Públicos, ao contestar todo o sistema de sanções da Agência, atrai a competência do Conselho Diretor para sua aprovação, sem a qual não poderia ser utilizado em nenhum ato ou procedimento com repercussão externa à Anatel.** Com efeito, **o estudo questiona uma série de procedimentos adotados pela Agência como um todo**, conforme trecho abaixo:

(...) **Um documento com tais questionamentos não poderia ter sido utilizado em PADOs, inclusive sendo referido em várias decisões do Superintendente, sem a prévia aprovação do Conselho Diretor da Anatel.** É isso o que determina o Regulamento e o Regimento Interno da Agência, respectivamente:

(...) A irregularidade procedimental está na determinação de juntada aos autos de vários PADOs de estudos (i) sem relação com o caso concreto, (ii) que inovam na interpretação da LGT e (iii) que questionam a atuação sancionatória da Agência, sem que o Conselho Diretor tenha se pronunciado previamente sobre isso. (grifo nosso)

55. Assim, a imotivada juntada e manutenção dos estudos aos processos e sua consideração nos fundamentos das decisões das sanções, seguidos do precipitado comando de notificação das empresas, serviram de subsídio jurídico indevido para a interposição de recursos com pedido de efeito suspensivo e ações judiciais pelas concessionárias, gerando tumulto processual; custos administrativos, inclusive para o rastreamento e desentranhamento dos documentos dos processos; mora das decisões com risco de prescrição; e toda a gama de consequências a que a agência restou exposta, inclusive no que tange a sua imagem.

56. Destaca-se que o acesso aos mencionados informes juntados aos Pados pelas empresas sancionadas



poderia também servir de insumo a pedidos de reabertura e revisão de processos, anulação de sanções aplicadas, contestação de cobranças judiciais e mais uma série de medidas relacionadas a infrações cuja apuração já havia sido encerrada no âmbito administrativo, que trariam graves impactos ao processo fiscalizatório da agência.

57. Tais reflexos eram facilmente previsíveis por qualquer indivíduo que detivesse conhecimento acerca dos processos fiscalizatórios instaurados no âmbito de agências reguladoras, restando inequívoco que deveriam ser do conhecimento do então gestor responsável pela instauração e decisão dessas apurações na Anatel.

III. Apuração de responsabilidade conduzida pela Anatel

58. Conforme exposto no relatório da equipe técnica do TCU, no âmbito do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, por solicitação do Presidente da Anatel, foi instaurado procedimento administrativo de investigação preliminar pela Corregedoria da agência para esclarecimentos dos fatos relacionados aos estudos elaborados pela PBCP e sua juntada aos Pados.

59. O Relatório 7/2009-CRG, de 10/6/2009, trouxe a conclusão da investigação preliminar pela inexistência de infração administrativa por parte de autoridades e servidores da Anatel. No relatório, consta que foram ouvidos o Superintendente de Serviços Públicos e seu assessor, o Gerente Geral de Competição, Procuradores Federais da PFE e o Ouvidor da Anatel. Não foram ouvidos, no entanto, o Presidente e os demais Conselheiros da Agência (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘Cópia do Processo nº 535000225832009.vol.I.pdf’, p. 21).

60. Esse relatório foi encaminhado à Controladoria-Geral da União (CGU), que discordou das conclusões ali consignadas, expondo que essa investigação preliminar teria sido desvirtuada e que não enfrentara o ponto central da questão, que seria a indevida inserção de estudos técnicos genéricos em Pados que não guardavam qualquer relação com os mesmos. Com isso, por meio do Ofício 25.108/2009/CGU-PR, de 11/8/2009, a CGU recomendou à Anatel a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para a adequada apuração dos fatos relacionados aos estudos de impacto econômico e financeiro elaborados no âmbito da SPB (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘Cópia do Processo nº 535000225832009.vol.I.pdf’, p. 81).

61. Foi então instaurado o PAD 53500.022583/2009 (peça 5, mídia anexa), figurando na qualidade de acusado o Superintendente de Serviços Públicos responsável pela elaboração e juntada dos informes que consignavam os estudos.

62. Concluídos os trabalhos, em 18/12/2009, a Comissão de PAD opinou pela ofensa ao art. 116, inciso I, da Lei 8.112/1990, ‘exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo’, falta essa punível com advertência ao agente público.

63. O relatório da Comissão foi encaminhado para análise pelo Corregedor da Anatel, que, por sua vez, no Parecer 9/2010/CRG/Anatel, de 8/7/2010, opinou pela total ausência de infração disciplinar por parte do ex-Superintendente, sob os argumentos de que: i) a requisição dos estudos encontrava-se dentro da sua esfera de competência; ii) o mérito dos informes não havia sido acolhido, nem considerado pelo agente nas suas decisões das multas e, portanto, não haviam gerado qualquer efeito; e iii) a procuradoria havia solicitado a retirada dos estudos apenas em momento posterior à investigação preliminar (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘Processo nº 535000225832009.vol.IV.pdf’, p. 89).

64. A PFE, instada a se manifestar no processo, opinou pela prática de ato de improbidade administrativa, ou, subsidiariamente, de desídia administrativa, ambas puníveis com demissão. Os Pareceres 890-2010/LBM/PAP/PGF/PFE/ANATEL, de 18/8/2010, e 1.066/2012/ACD/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 23/10/2012, trazem análise detalhada dos fatos e dos depoimentos constantes do PAD (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘Processo nº 535000225832009.vol.IV.pdf’, p. 103-163 e 191-206).

65. A decisão do processo disciplinar foi, então, consignada no Despacho 6.896/2012-PR, de 13/11/2012, do então Presidente da Anatel, que concluiu pela prática de ato de improbidade administrativa, com pena de demissão do ex-Superintendente. A sanção foi convertida em destituição de cargo em comissão, em função de já ter sido publicada sua exoneração a pedido, consoante disposto no art. 135 da Lei 8.112/1990, conforme trecho a seguir (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘Processo nº 535000225832009.vol.IV.pdf’, p. 407):

31. (...) é forçoso acompanhar as razões expostas no Parecer nº 1.066/2012/ACD/PFE-ANATEL/PGF/AGU (fls. 879/886), no sentido de **aplicar ao Acusado penalidade por improbidade administrativa por violação aos deveres de legalidade e lealdade à Anatel**, constantes do **art. 11, caput e inciso I, da Lei nº 8.429/92**.

(...)

33. Por tais razões, no exercício da competência que me foi outorgada pelo art. 46, inc. IX, do Decreto nº 2.338/1997, e pelo art. 179, inc. X, do Regimento Interno da Anatel, e nos termos do que dispõe o art. 135 da

Lei nº 8.112/90, e **considerando a natureza e a gravidade da infração cometida, bem como os danos provocados ao serviço público**, aplico ao Acusado, Sr. (...), **a pena de demissão** pela prática dos atos previstos no art. 132, inc. IV, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no art. 11, caput e inc. I, da Lei nº 8.429/1992, tendo em vista o descumprimento do art. 35, incisos I e XIII, do Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, e dos artigos 71, § 1º, e 175, I, todos do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001, penalidade que **deverá ser convertida em destituição de cargo em comissão e constar nos assentos individuais do ex-servidor**, conforme o art. 170 da Lei nº 8.112/90. (grifo nosso)

66. A penalidade foi mantida em sede de Pedido de Reconsideração e também em Recurso ao Conselho Diretor, com aprovação unânime da Análise 58/2014-GCRZ, de 15/4/2014, na 741ª Reunião (peça 5, mídia anexa, arquivo 'Processo nº 535000225832009. Vol. V.pdf', p. 131).

67. A vasta análise e argumentação apresentada na apuração disciplinar promovida pela Administração, em especial nos pareceres da PFE, no Despacho 6.896/2012-PR e na Análise 58/2014-GCRZ, demonstram de modo exaustivo a gravidade dos atos conscientemente praticados pelo então Superintendente da SPB, expondo a Anatel a consequências danosas, indo ao encontro das análises até aqui realizadas.

68. Resumidamente, esses documentos apontam que a conduta do Superintendente consistiu em afronta ao dever de lealdade do servidor público às instituições, um dos princípios da administração, em função da injustificada inserção e manutenção, nos autos dos processos sancionatórios, de elementos potencialmente prejudiciais aos casos e à própria Anatel, sem que fossem examinados e aprovados pela instância máxima da autarquia, mesmo ante manifestação contrária da Procuradoria.

69. Esse fato pôs em dúvida, de forma ampla e geral, a razoabilidade das sanções aplicadas pela Agência e forneceu argumentação às prestadoras para questionar, administrativa e judicialmente, as multas aplicadas, o que, segundo os documentos, afrontou ao dever de lealdade a que estão vinculados os servidores públicos.

70. À época, a juntada de tais estudos foi objeto de reportagens na imprensa especializada (a exemplo das matérias <https://teletime.com.br/04/03/2009/para-propria-anatel-multas-a-concessionarias-estao-altas-demaiss/>, <https://teletime.com.br/09/03/2009/apos-parecer-sobre-multas-altas-sancoes-da-anatel-ficam-mais-suaves/>, <https://teletime.com.br/06/04/2009/mpf-recorre-ao-tcu-contrainforme-sobre-multas-altas/>, <https://teletime.com.br/09/04/2009/informe-sobre-multas-foi-um-tiro-no-pe-diz-mpf/>, <https://teletime.com.br/14/04/2009/plinio-de-aguiar-diz-que-informe-sobre-multas-foi-uma-indisciplina/>) e de manifestações negativas em desfavor da Anatel, o que poderia macular de dúvidas a atuação da Agência em sua função precípua de organização, disciplinamento e fiscalização da exploração dos serviços de telecomunicações e, assim, de promoção do seu desenvolvimento, em especial, no exercício da atividade de repressão de infrações ao arcabouço normativo do setor.

71. Os documentos da apuração disciplinar apontam ainda a conduta dolosa do agente. Isso porque o ex-Superintendente, mesmo após ciência do conteúdo potencialmente danoso à política sancionatória da Agência de forma ampla e geral, manteve a ordem de juntada do documento aos Pados e como anexo aos despachos decisórios por ele subscritos – sendo inclusive citado como fundamentação da aplicação de sanções. Com isso, restou inafastável o reconhecimento, se não do dolo direto e consciente da produção de resultado danoso à atividade sancionatória deste órgão regulador, ao menos da assunção do risco de tais resultados, de forma geral.

72. Ainda de acordo com esses documentos, fortaleceu essa constatação o fato de tratar-se de servidor com mais de trinta anos de experiência no serviço público, que havia liderado por longo período a SPB, encarregando-se da instauração, instrução e aplicação de sanções em milhares de Pados, não sendo plausível a invocação, como justificativa de sua conduta, de suposto desconhecimento do impacto negativo da juntada de tais estudos aos processos sancionatórios. Destacam-se trechos da mencionada Análise 58/2014-GCRZ, do Conselheiro Relator do recurso:

4.2.4 Importa mencionar que **a improbidade administrativa pressupõe uma conduta dolosa do agente público, com a consciência da ilicitude da ação e a vontade livre e consciente de produzir o resultado ou a assunção do risco de produzi-lo.**

4.2.5 Segundo pude verificar nos autos, **o ex-servidor tinha mais de 30 (trinta) anos de experiência no serviço público, tendo liderado por longo período a Superintendência de Serviços Públicos** dessa Agência, onde se encarregou da instauração, instrução e aplicação de sanções de milhares de Pados, contexto em razão do qual não se afigura plausível a invocação, como justificativa de sua conduta, de suposto desconhecimento do impacto da juntada de tais estudos aos processos sancionatórios, tampouco de desconhecimento do teor da conclusão dos estudos, por ter sido a juntada determinada ao mesmo tempo em que os estudos foram por ele demandados.



4.2.6 Neste ponto, importante salientar que, dos depoimentos dos autos, **resta claramente demonstrado que a Assessoria do então Superintendente acompanhou todos os resultados do estudo realizado, ainda que não tenha interferido na sua elaboração**, de sorte que, de posse de tais informações, **a decisão de juntada do documento aos autos dos Pados poderia ter sido revertida.**

4.2.7 É certo que o Superintendente de Serviços Públicos, com anos de experiência nessa casa, tinha **total previsibilidade do potencial impacto negativo dos estudos, não só em relação aos processos em que foram juntados, mas, de forma catastrófica, sobre toda a política sancionatória da Anatel.**

4.2.8 Ainda que se suponha, a título de argumentação, que o teor da conclusão dos estudos não era de seu pleno conhecimento quando da demanda de realização - e aqui é forçoso reconhecer como absolutamente temerária a ordem de sua juntada sem ciência prévia do seu conteúdo -, sua Assessoria tinha plena ciência dos resultados do estudo, antes da sua divulgação, e **seu conteúdo passou a ser de conhecimento inequívoco do ex-servidor após a sua juntada aos autos dos processos, não tendo sido adotada nenhuma providência para seu desentranhamento.** Pelo contrário, **o documento contendo o estudo foi mantido acostado nos 98 Pados mencionados, e suas conclusões foram aludidas como razão de decidir nos respectivos Despachos de aplicação de sanções**, por ele subscritos nos seguintes termos:

Considerando o que apontou o estudo técnico formulado pela Gerência Geral de Competição (...)
(...)

4.2.10 Adernais, **é de conhecimento geral entre os servidores dessa Agência, inclusive entre os recém-ingressos, que somente devem ser autuados aos Pados elementos que dizem respeito às infrações** que se buscam apurar, ou ainda, documentos que tratem das sanções de modo individualizado **e, não, estudos abstratos que não guardam conexão com a sanção** em questão e que apenas seriam utilizados pelas empresas sancionadas para o questionamento das multas.

4.2.11 Desse modo, creio que **além de tipificada a conduta em relação à afronta ao dever de lealdade do servidor**, um dos princípios da administração, **restou caracterizado o dolo eventual, quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado verificado, qual seja a utilização pelas empresas sancionadas dos argumentos contidos nos estudos** para questionar a razoabilidade das multas aplicadas.

73. Os documentos concluem, então, pela prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a violação dos deveres de legalidade e de lealdade à Anatel, constantes no art. 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/1992, em relação ao art. 35, incisos I e XIII, do Decreto 2.338/1997, e aos arts. 71, §1º, e 175, inciso I, ambos do Regimento Interno da Anatel, anexo à Resolução 270/2001, *in verbis*:

Lei 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Decreto 2.338/1997:

Art.35. Compete ao Conselho Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas na Lei, neste Regulamento ou no Regimento Interno:

I - estabelecer as diretrizes funcionais, executivas e administrativas a serem seguidas pela Agência, zelando por seu efetivo cumprimento;

(...)

XIII - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

Regimento Interno da Anatel (Res. nº 270/2001):

Art. 71. As atividades de instrução processual destinadas a averiguar o descumprimento de obrigações por parte das prestadoras dos serviços, objetivando a tomada de decisão, pela autoridade competente, realizam-se de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante denúncia.

§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão.

(...)

Art. 175. Compete ao Conselho Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas na Lei Geral de Telecomunicações e no Regulamento da Agência:

I - aprovar propostas e relatórios da Agência sobre a sua política e as perspectivas para o setor de telecomunicações;



74. Por fim, determinam a pena ao servidor e o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Federal, para ajuizamento da competente ação de improbidade administrativa para fins de aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992.

75. Assim, considerando todo o exposto, com fundamento no art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, realizou-se, já no âmbito deste processo de acompanhamento, a audiência do então Superintendente de Serviços Públicos, para que apresentasse as razões de justificativa pelas irregularidades apontadas (peça 17).

IV. Exposição das razões de justificativa

76. Chamado em audiência, o então Superintendente de Serviços Públicos apresentou as razões de justificativa para as irregularidades apontadas, consubstanciadas nas peças 21 e 22, cujos pontos principais são destacados nos parágrafos a seguir.

77. Inicialmente, o gestor argumenta que havia vários atores envolvidos e, para cada um, deveriam ser estabelecidas as ações por eles praticadas. Entre os outros, foram listados como atores a PBCP, PFE e Presidência da Anatel.

78. Em consonância com o que é apontado nesta instrução, o então gestor afirmou que suas ações envolveram, por meio do Memorando 157/2008, o comando para que fossem elaborados estudos de impacto das sanções listadas de forma individual para cada pessoa jurídica, para serem posteriormente anexados aos respectivos processos sancionatórios e remetidos ao opinativo jurídico da PFE.

79. Informou também que, após manifestação da procuradoria, havia tomado conhecimento dos processos com a instrução técnica finalizada e, a partir disso, decidido em sua esfera de competência, notificado as partes e praticado demais atos processuais cabíveis aos Pados. Afirmou, ainda, que, no momento da decisão, havia considerado que o estudo apresentado pela área técnica se afastara do objetivo da solicitação que o motivara, propondo-se, por conta e risco da PBCP, a ‘contribuir para uma eventual revisão das metodologias de regulamentação, fiscalização’, como registrado no item 5.30 dos informes elaborados.

80. Em sua argumentação, expôs também que o Gerente Geral da PBCP teria alterado o escopo das multas a serem analisadas e o enfoque da avaliação, utilizando-se de uma metodologia de avaliação por meio de uma empresa global de referência; e acrescenta que, ao decidir em seu grau de competência, teria considerado que os estudos se afastaram do objetivo, escopo e alcance pretendido no memorando.

81. No que tange à PFE, o então SPB sustentou que o encaminhamento ao opinativo jurídico visava justamente obter sua manifestação acerca da evidente repercussão setorial, estabelecida no Regimento Interno, mas que a PFE não havia visto razões para se manifestar sobre o assunto. Considerando que, segundo o gestor, não se tratava de dúvida jurídica, mas de caso de repercussão setorial, teria considerado cumprido o mandamento regimental de consulta à PFE, dando-se seguimento ao processo.

82. Alega que as empresas teriam tido acesso aos estudos em função de um pedido de vista atendido pela Procuradoria em 22/9/2008, não em função das notificações expedidas, de modo que não se pode considerar que as notificações foram precipitadas. Expõem também que a PFE não havia determinado o desentranhamento dos estudos quando do retorno dos Pados à PBCP.

83. Relativamente ao então Presidente da Anatel, informa que sua participação se deu a partir do momento em que concedeu efeito suspensivo aos processos em que os estudos foram anexados, constando que, muitas vezes, a razão de pedir era exclusivamente a presença de tais estudos e as conclusões por eles apresentadas. Nesse sentido, tendo em vista que essa concessão deveria ser precedida de uma análise preliminar, o amplo deferimento desses pedidos pelo presidente denotava o entendimento sobre a regularidade da tramitação processual e mostrava que as alegadas falhas estruturais dos estudos ainda não tinham sido consideradas ou percebidas.

84. O então superintendente informa que, quando da solicitação para elaborar os estudos e juntá-los posteriormente para encaminhamento à PFE, não se conheciam as conclusões a que se chegaria e nem se os mesmos se prestariam ao cálculo de multas. De acordo com o exposto nas razões de justificativa, o que se esperava é que, ao fornecer informações sobre o impacto das multas, os estudos permitiriam decisões com maior grau de segurança e justiça.

85. Alega que a afirmação de que os estudos solicitados pelo Memorando 157/2008 resultariam sempre em ‘avaliações de caráter generalistas, não vinculadas a qualquer caso em especial’ teria um caráter de parcialidade por parte da unidade técnica, sob os seguintes argumentos:

Primeiro por restar comprovado, e aceito, que **a adoção de rubricas contábeis diferentes como critério de comparação, ou ainda que a comparação de multas e receitas do mesmo exercício poderia resultar em**



conclusão diferente da que se chegou. Em segundo por **parecer suficientemente claro que nos casos, por exemplo, de prestadoras listadas com apenas um PADO a resposta à pergunta sobre o impacto da sanção daquele Pado** sobre a evolução do serviço prestado por aquela prestadora **jamais deveria resultar em avaliação de caráter generalista** (grifo nosso).

86. Afirmou também que discorda do entendimento de que deveria ter submetido os estudos à aprovação do Conselho Diretor da Anatel, tendo em vista que resultaram em direcionamentos, premissas, abrangência e conclusões que fugiam ao determinado no Memorando 157/2008, de sua autoria, e que ele próprio não teria aprovado os informes elaborados pela PBCP.

87. Manifestou-se, ainda, no sentido de julgar equivocado considerar que os estudos foram utilizados na dosimetria das penas, uma vez que sua presença nos autos não teve o condão de alterar o valor das sanções, e que ‘consideração’ não deve ser entendido como ‘adoção’. Destacou, ainda, que a insistência para que a SPB submetesse os informes à aprovação do CD, quando já o renegara no seu nível de competência, ou que inadvertidamente retirasse os documentos dos autos, não encontrava guarida na forma de agir do Superintendente.

88. Por fim, no pedido, solicitou o reconhecimento da prescrição, na forma da lei 10.406/2002, art. 205, visto que o início do prazo prescricional iniciara-se em 2008 e a notificação da audiência pelo TCU ocorrera em 15/03/2018.

V. Análise das razões de justificativa

89. Sobre os esclarecimentos prestados, esclarece-se que, embora tenha havido vários atores envolvidos no processo, toda a controvérsia originou-se a partir de determinações contidas no Memorando 157/2008, de autoria do então Superintendente.

90. Ainda que o escopo dos estudos tenha sido ampliado quando da sua realização na PBCP, não foram apresentadas justificativas razoáveis para o ato de determinar que fossem juntados aos autos de procedimentos sancionatórios estudos que versassem sobre o impacto dessas mesmas penalidades às concessionárias do STFC.

91. Além de se mostrar absolutamente incoerente, o comando para que esses documentos fossem incluídos nos processos se deu antes mesmo da sua elaboração, por decisão exclusiva do SPB, de modo que não pode o gestor eximir-se da responsabilidade, alegando que o resultado dos estudos não foi o pretendido quando da sua solicitação, ou que julgava inadequada a metodologia adotada, tendo em vista que ele próprio assumiu esse risco ao não avaliar as conclusões obtidas previamente à determinação de que fossem incluídos nos processos.

92. Vale ressaltar que o entendimento anterior permanece inalterado, independentemente de ter sido aumentado o número de processos avaliados no estudo pela área técnica executora. Mantendo-se os 99 Pados originais, ainda assim estar-se-ia tratando de sanções vultosas, que somavam aproximadamente R\$ 800 milhões.

93. Também sobre essa temática, deve-se ressaltar que, tendo os processos retornado à PBCP em junho/2008, bem como havendo o SPB decidido pela aplicação das sanções em dezembro do mesmo ano, por meio dos despachos sancionatórios por ele expedidos nos autos, o então Superintendente já tinha conhecimento do escopo, resultados e conclusões dos estudos, de modo que, caso houvessem efetivamente sido objeto de tamanha estranheza e discrepância em relação ao pretendido, como alega o gestor, é plausível assumir que alguma ação deveria ter sido por ele adotada, no sentido de sanear os autos em que os documentos houvessem sido incluídos, o que não ocorreu.

94. Ao contrário disso, à decisão do processo no âmbito da SPB, sucedeu-se a notificação das empresas, também por ordem do Superintendente, dando-se extensa publicização dos informes a todas as operadoras envolvidas.

95. Sobre isso, o gestor afirma que as empresas teriam tomado conhecimento dos estudos a partir do deferimento de um pedido de vista pela PFE, não pela notificação promovida nos despachos. O argumento, contudo, não isenta o então SPB da responsabilidade pela divulgação dos estudos elaborados, considerando que, no âmbito da PFE, foi concedida vista para um único Pado envolvido nos informes (53500.002355/2004), referente à Telemar PA, como destacado na própria documentação encaminhada (peça 21, p. 29, 34 e 42).

96. Assim, considerando que haviam sido impactados mais de duzentos processos, relativos a nove companhias, não é razoável admitir que o acesso de uma delas a um dos informes produzidos teria sido o único fator determinante para a publicidade dos estudos a todas as demais concorrentes.

97. No que se refere à solicitação da PFE, o gestor argumenta que a remessa ao opinativo da procuradoria visava somente ao cumprimento do regimento interno e que não havia dúvida jurídica por parte da SPB que ensejasse nova consulta e, por isso, ter-se-ia dado seguimento ao processo.



98. Sobre isso, há que se pesar que, ainda que o gestor afirme que não havia motivo para encaminhar novamente os autos à PFE, no texto dos despachos que restituíram os processos à PBCP, é clara a indicação de que o estudo relacionava-se a matéria de caráter geral, que não se associava aos casos dos autos, tendo sido solicitada sua consolidação e reenvio em documento apartado.

99. Nesse sentido, é de se estranhar que a mensagem não tenha, no mínimo, suscitado qualquer tipo de interação ou dúvida por parte da SPB, no sentido de esclarecer a solicitação encaminhada pela procuradoria. Ainda, a manifestação é expressa ao afirmar que ‘não se tratava de caso de dúvida quanto à matéria jurídica específica e pertinente ao processo epigrafado’, restando inequívoco que os documentos não contribuíam para os casos em análise.

100. Sobre a concessão de efeito suspensivo pelo Presidente da Anatel, conforme estabelecido no antigo Regimento Interno da agência (Resolução 270/2001), vigente à época:

Art. 88. (...)

§ 2º A autoridade atribuirá efeito suspensivo ao recurso quando, da análise preliminar, forem **considerados relevantes os seus fundamentos e quando, da execução do ato recorrido, puder resultar ineficácia da decisão**.

101. Nota-se, portanto, que, conforme regramento interno, a concessão do efeito suspensivo não se relaciona à regularidade da instrução processual, como alega o gestor, mas à relevância dos fundamentos do pedido e à manutenção da eficácia da futura decisão. Tendo em vista que os estudos haviam sido efetivamente juntados aos autos, a petição e posterior concessão de efeito suspensivo com base nesses documentos não representa o aval do Presidente sobre as conclusões expostas nos documentos, tendo em vista não consubstanciar o julgamento do mérito.

102. Relativamente ao caráter generalista dos estudos solicitados pelo SPB e à necessidade de sua submissão à aprovação pelo Conselho Diretor, vale dizer que a solicitação contida no Memorando 157/2008 determinava a avaliação do impacto econômico de sanções que, combinadas, resultavam em valores superiores a R\$ 750 milhões. Apenas as empresas Telemar e BrasilTelecom respondiam por 85% desse valor, somando 48 e 31 Pados, respectivamente (80% do quantitativo total). Da listagem anexa ao memorando, apenas quatro empresas apresentavam menos de cinco processos (GVT, CTBC, Intelig e Sercontel), totalizando sete dos 99 casos enumerados. Ou seja, a alegação de suposta parcialidade por parte desta unidade técnica não encontra respaldo nos fatos, tendo em vista que o argumento utilizado, de que empresas com apenas um processo listado representariam análises específicas, consequentemente não gerais, não é representativa do universo da solicitação feita pelo SPB. O comando contido no memorando determinava a individualização das pessoas jurídicas envolvidas, não do rol de sanções anexado.

103. Ainda, mesmo que resultados diferentes pudessem ser obtidos a partir da adoção de metodologias de avaliação diferentes – que, vale dizer, não foram especificadas no memorando –, as conclusões obtidas não deixariam de ter um caráter generalista, considerando-se o montante de multas envolvido.

104. Nesse sentido, tanto a solicitação formulada pelo SPB, quanto os estudos elaborados, cujos resultados chegaram a seu conhecimento e, em momento algum, foram formalmente reprovados pelo SPB nos autos dos Pados, visavam avaliar o impacto que um grupo representativo de sanções de alto valor teria na evolução econômica da prestação dos serviços pelas concessionárias, com base no art. 179 da LGT.

105. Como já destacado nesta instrução, o dispositivo legal utilizado refere-se às sanções de forma individualizada, sendo esse o entendimento também manifestado pelo Conselho Diretor à época, de modo que o gestor inovou na interpretação da lei, além de adentrar em questões atinentes à atuação da Anatel como entidade reguladora, no exercício do seu poder fiscalizatório. O tratamento de questões dessa natureza, por força do Regimento Interno da agência, competia ao Conselho Diretor, de modo que os estudos não poderiam ter sido juntados aos autos sem sua prévia aprovação.

106. Por fim, afirmar que os estudos foram reprovados pelo SPB pelo simples motivo de não terem alterado o valor das sanções propostas não se mostra adequado. Novamente, os estudos constavam nos ‘considerandos’ que fundamentavam a decisão pela aplicação das sanções, tendo sido inclusive anexados. A interpretação ampliada do art. 179 da LGT é expressamente mencionada no despacho decisórios do SPB, de modo que é inegável sua concordância pelo então Superintendente. Transcreve-se novamente o respectivo trecho de um desses despachos sancionatórios, Despacho 5765/2008/PBOAC/PBOA/SPB, de 30/12/2008 (peça 82, p. 37 do TC 008.521/2009-8), que se repete nos demais:

Considerando o que apontou o estudo técnico formulado pela Gerência Geral de Competição desta Superintendência por **intermédio do Informe Técnico nº 121/2008/PBCPA/PBCP, de 26.05.2008, em anexo**, que aponta que a **razoabilidade dos sancionamentos impostos deve ter por base uma visão geral dos efeitos do processo sancionatório** e que este, no curto prazo, pode impactar fortemente a capacidade sistêmica, desde a capacidade de



investimentos, custeio e melhoria das próprias atividades hoje acompanhadas e sancionadas, até a atratividade da exploração dos serviços como um todo (grifo nosso)

107. Ou seja, não pode o gestor afirmar que discordou dos estudos elaborados pela PBCP e os reprovou em sua esfera de competência, sob o argumento de que teriam sido desvirtuados de seu propósito inicial pelo então Gerente Geral de Competição, prescindindo, portanto, de envio ao Conselho Diretor; e, simultaneamente, mencionar e anexar esses mesmos estudos aos despachos que decidiram pelas sanções aplicadas nos Pados e que seriam encaminhados às empresas.

108. É inequívoca, portanto, a conclusão de que, ainda que tenha sido ampliado o quantitativo de processos envolvidos nos estudos pela PBCP, esse fato foi posteriormente levado ao conhecimento do então Superintendente, que não se manifestou, nos autos, em sentido contrário às conclusões e entendimentos expostos naqueles documentos.

109. Forçoso ressaltar, por fim, que a tentativa de transferência de responsabilidade para o servidor a ele subordinado, Gerente Geral de Competição, que efetivamente elaborou os estudos e os incluiu aos processos, sob o argumento de que o escopo pretendido no Memorando 157/2008 teria sido por ele desvirtuado, alterando os resultados esperados, não pode ser aceita como justificativa, tendo em vista que a delegação de competência não afasta a responsabilidade do gestor pela fiscalização dos atos de seus subordinados, impondo-se, portanto, que os escolha bem e que assuma o risco de supervisioná-los, sob pena de responder por culpa *in eligendo*, ou por culpa *in vigilando*.

110. Vale destacar que é vasta a jurisprudência da Corte nesse sentido, citando-se, por exemplo, o Voto condutor do Acórdão nº 1.619/2004-Plenário, que estabeleceu:

É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992-Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999-Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001-Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. (grifo nosso)

111. Sobre isso, Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., 2000, p. 619) enumera como características da fiscalização hierárquica a permanência e a automaticidade, visto que exercitada de forma perene, sem descontinuidade e independentemente de ordem ou solicitação:

É um poder-dever de chefia e, como tal, o chefe que não a exerce comete inexecução funcional. Para o pleno desempenho da fiscalização hierárquica o superior deve **velar pelo cumprimento da lei e das normas internas, acompanhar a execução das atribuições de todo subalterno, verificar os atos e o recebimento do trabalho dos agentes e avaliar os resultados, para adotar ou propor as medidas convenientes** ao aprimoramento do serviço, no âmbito de cada órgão e nos limites de competência de cada chefia. (grifo nosso)

112. Como assinalou o Voto condutor do Acórdão 6.934/2015 – 1ª Câmara (relator ministro Benjamin Zymler):

A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, **sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato** que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada **sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa in vigilando)**, o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*). (grifo nosso)

113. No caso, os atos praticados pelo então gestor, de ordenar a juntada dos estudos aos autos dos Pados antes que pudesse, ao menos, avaliar os resultados obtidos, bem como impulsionar o processo por meio dos despachos decisórios e da notificação das empresas, após ter acesso aos informes elaborados pela PBCP e à manifestação da PFE, no sentido de que não se tratava de matéria jurídica atinente aos processos, evidenciam, entre outras coisas, falha no dever de fiscalização dos atos praticados por seu subordinado (culpa *in vigilando*), cabendo portanto a responsabilização do ex-Superintendente.

114. Relativamente à requisição apresentada pelo ex-servidor da incidência de prescrição no presente processo, ressalta-se que o Memorando 157/SPB, que determinou a elaboração e juntada dos informes aos processos, dando causa a toda a sucessão de fatos narrada nesta instrução, foi editado em 7/4/2008.

115. Sobre o instituto da prescrição, esta Corte apreciou incidente de uniformização de jurisprudência, em sessão plenária pública extraordinária no dia 8/6/2016, em que restou estabelecido, no Acórdão 1.441/2016–Plenário:

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

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida **recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte**, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

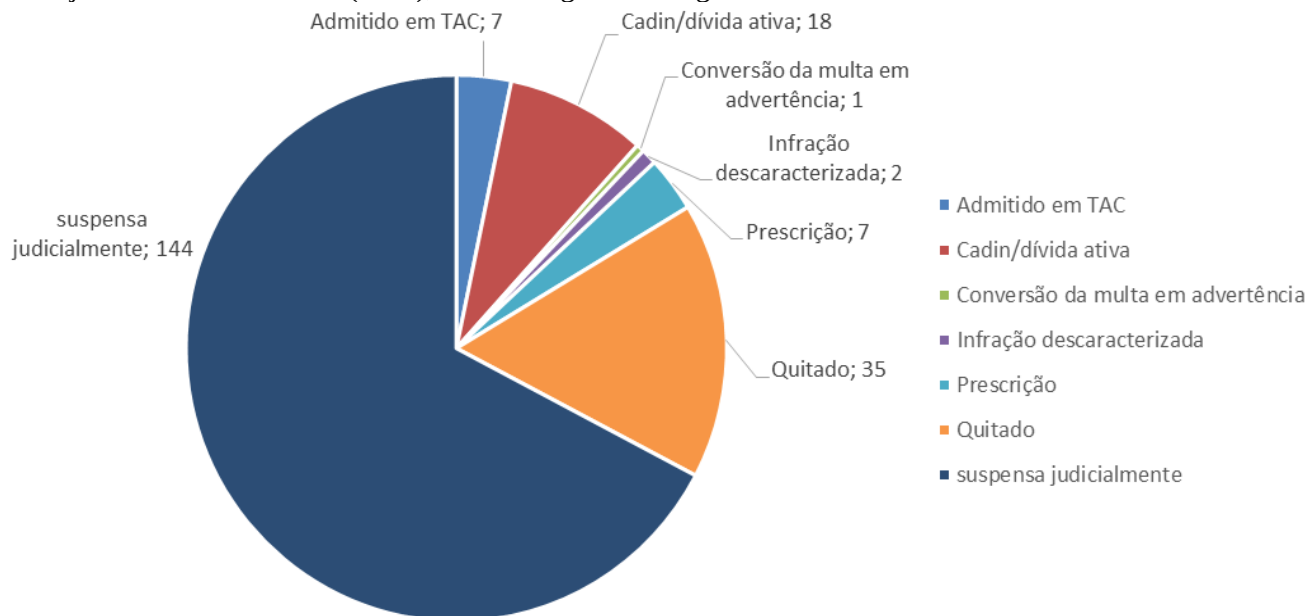
116. O art. 205 do Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece que 'a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor'. Assim, o prazo da pretensão punitiva no âmbito do TCU é de dez anos, a contar da data do ato irregular, havendo sua interrupção e recomeço com a audiência do responsável.

117. No presente processo, portanto, haveria a incidência da prescrição da pretensão punitiva na data de 7/4/2018, dez anos após a edição do Memorando 157/2008. Contudo, a notificação para audiência do interessado se deu em 15/3/2018, anterior ao encerramento do prazo prescricional, interrompendo a contagem desse prazo. Dessa forma, o pedido pela incidência de prescrição mostra-se improcedente.

118. Nos tópicos a seguir, passa-se à avaliação dos efeitos da juntada desses documentos aos processos sancionatórios da Anatel, no que se refere à ocorrência de eventual dano ao erário, com vistas a sua quantificação.

VI. Avaliação dos efeitos da juntada dos estudos de impacto econômico e financeiro aos Pados da Anatel

119. Segundo dados apresentados pela Anatel, anexos ao Informe 11/2017/SEI/SCO, de 8/6/2017, foram identificados 214 processos em que houve a concessão de efeito suspensivo pela Anatel fundamentado nos estudos de impacto econômico e financeiro elaborados pela SPB, totalizando R\$ 1,2 bilhão em multas aplicadas. Ainda de acordo com a agência, todos já foram encerrados na esfera administrativa, à exceção dos admitidos em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), conforme gráfico a seguir.



120. Inicialmente, sobre esses quantitativos, cumpre mencionar que, em diferentes oportunidades, a própria Anatel relatou deficiências na identificação e no controle dos documentos juntados aos processos de sua competência, de modo que pode haver processos não localizados que também tenham sofrido efeitos em razão dos estudos. Sobre isso, transcreve-se trecho da instrução da unidade técnica do TCU (peça 98 do TC 008.521/2009-8):

159. Em resposta à determinação do Conselho Diretor, a SPB, por meio do Memorando 313/2009-PBOAC/PBOA, de 14/9/2009 (peça 4, p. 50), informou que **não era possível identificar todos os Pados aos quais foram juntados os estudos** devido à precariedade dos sistemas informatizados e de apoio para controle

das informações. Assim, a SPB apresentou lista com processos aos quais havia certeza da juntada e outra com Pados aos quais possivelmente isso teria ocorrido, ressalvando que **outros poderiam não ter sido rastreados**.

170. (...) Ademais, a Anatel não pode precisar se houve juntada dos estudos em outros processos, de modo que não há como determinar o valor exato do total de multas aplicadas em Pados afetados pelos estudos.

121. No Voto do Ministro Relator José Jorge, é também informado pela agência que teriam sido instaurados 23.000 Pados desde a elaboração do Informe 149/2008 – PBCP, sendo que muitas empresas poderiam ter juntado os referidos estudos antes mesmo da data do informe, demonstrando a dificuldade operacional de identificar todos os casos que poderiam ter sido afetados pela juntada dos documentos:

25. (...) Assim, para proceder ao levantamento de todos os Pados aos quais os estudos foram juntados pelas prestadoras em sua defesa, teria que pesquisar, manualmente, ‘milhares de processos’.

26. Segundo ela, foram instaurados 23.000 Pados após a elaboração do Informe 149/2008 – PBCP, sendo que muitas empresas podem ter juntado os referidos estudos antes mesmo da data do informe.

122. Desse modo, há que se ressaltar a possibilidade de que tenham ocorrido danos não identificados em virtude da elaboração dos estudos de impacto econômico e financeiro e sua posterior juntada indevida aos processos de sanção que tramitavam na Anatel.

123. Isso posto, com vistas a verificar possíveis danos ao erário, passa-se à análise individual das situações identificadas, a partir dos dados encaminhados pela Anatel, que poderiam configurar prejuízos financeiros à União.

a. Análise das prescrições

124. Foi reportada pela Anatel a ocorrência de sete casos de prescrição entre os processos listados. Esses casos são identificados na tabela a seguir.

PADO	Empresa	Valor	Documento de análise da prescrição
535000042212001	Embratel	R\$ 1.756.832,92	Despacho 6.048/2010-SPB
535000045622003	BrT*	R\$ 20.000.000,00	Análise 540/2010-GCJV
535080009352002	Telemar	R\$ 12.500.000,00	Análise 539/2010-GCJV
535000025712003	BrT*	R\$ 3.380.960,00	Análise 541/2010-GCJV
535000070372000	BrT*	R\$ 4.573.361,97	Análise 394/2011-GCER
535000013152001	BrT*	R\$ 4.573.631,97	Análise 109/2011-GCJR
535000033462002	Telemar	R\$ 927.421,79	Análise 231/2011-GCJV
Total		R\$ 47.712.208,65	

*Embora os processos tivessem sido abertos em desfavor da empresa BrasilTelecom, foi anunciada, em 2009, a sua aquisição pela companhia Telemar. Assim, à época da declaração das prescrições, essas empresas já faziam parte do mesmo grupo.

125. Constatada a prescrição, houve apuração pela corregedoria quanto a eventuais faltas funcionais em cada um dos casos. Analisando-se a documentação encaminhada pela Anatel, em especial as Análises dos Conselheiros Relatores e os informes das áreas técnicas encaminhados à área de correição, constata-se que todos esses processos prescreveram em função de mudança de entendimento acerca da contagem dos prazos prescricionais manifestada pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE).

126. Conforme relatos contidos no Parecer 33-2011/CGR/Anatel (peça 5, p. 51) da Corregedoria da Anatel, até agosto de 2005, não havia, na agência, entendimento consolidado acerca de quais momentos e situações poderiam interromper, ou mesmo suspender, a ocorrência da prescrição quinquenal e intercorrente nos processos.

127. Em 18/8/2005, após consulta formulada pelo Conselho Diretor, foi elaborado o Parecer 239/2005-PGF/PFE-ADTB/Anatel sobre o assunto, que não especificou quais seriam os atos inequívocos que importassem em apuração dos fatos para fins de interrupção da prescrição quinquenal, em referência ao art. 2º, II, da Lei 9.873/99. Com isso, o entendimento na Anatel era de que documentos como os informes técnicos, seguramente, interrompem o prazo prescricional.

128. Esse entendimento foi, inclusive, corroborado pelo Superintendente de Serviços Públicos no Memorando 157/SPB, de 7/4/2008, que determinou à área técnica a elaboração de estudos do impacto das sanções sugeridas sobre a evolução econômica da prestação dos serviços e sua anexação aos respectivos processos, para remessa ao opinativo jurídico da PFE, *in verbis*:

Saliento que os informes técnicos constantes dos autos foram lavrados nos termos do art. 47 da lei nº



9.784/99 e consoante competências atribuídas pelo Manual de Redação desta Agência, aprovado pela Portaria nº 470, de 25 de abril de 2007, **possuindo o condão de obstar o prazo prescricional em face do que dispõe o Parecer Normativo nº 239-2005/PGF/PFE-ADTB/Anatel**, de 16 de agosto de 2005, item 38, II da Procuradoria Federal Especializada da Anatel. (grifo nosso)

129. Ademais, o Informe 214/2010-PBOAC/PBOA, de 8/7/2010 (peça 5, p. 45), expõe que esse entendimento foi também firmado na esfera judicial, no mandado de segurança impetrado pela Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) no Processo 2007 34 00 028418-8, da 8ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Distrito Federal, no qual se decidiu que:

Entendo, ademais, que inclusive **o Informe produzido pela Agência Reguladora pode ser considerado marco interruptivo**. Referido ato constitui a **preparação técnica do ato decisório** da Agência, a revelar que seu conteúdo, **além de configurar ato tendente à apuração dos fatos, é também espécie de pronunciamento do órgão administrativo**. (grifo nosso)

130. Passados quase quatro meses da elaboração do Memorando 157/SPB, foi editado o Parecer 419-2008/PGF/PFE-Anatel, em 2/10/2008, em que se enumeraram os expedientes que não teriam o condão de interromper a prescrição quinquenal, incluindo-se, entre eles, os informes e pareceres técnicos. Esse novo entendimento foi ratificado pelo Parecer 991-2009/PGF/PFE-Anatel, de 30/7/2009, passando-se à concepção de que apenas a prescrição intercorrente seria interrompida pelos informes técnicos, continuando a correr, inexoravelmente, o prazo de cinco anos para a prolação de decisão condenatória recorrível.

131. A partir da edição desse parecer, houve orientação expressa da SPB de que suas conclusões fossem adotadas pela área técnica, conforme relatado no Parecer 33-2011/CGR/Anatel. O Informe 214/2010-PBOAC/PBOA também expõe a divergência de entendimento e a decisão imposta ao corpo técnico da agência:

Não obstante nosso entendimento de que os referidos Informes estariam compreendidos naquilo que é determinado pelo art 2º, II, da lei 9.873, **a posição trazida pelo Parecer nº 991/2009/PGF/PFE-Anatel passa a ser adotada por esta Gerência em função de orientação hierarquicamente superior**.

132. Dessa forma, passou-se a adotar entendimento oposto ao anterior, aplicando-o subitamente a processos antigos em trâmite na Anatel, como é o caso dos sete processos prescritos na listagem encaminhada pela agência.

133. Esses processos foram instruídos, ao longo do tempo, acreditando-se que os informes que analisavam a defesa e sugeriam as sanções nos casos concretos seriam capazes de suspender o prazo prescricional.

134. Contudo, depois de todos já terem sido decididos no âmbito da SPB, foi declarado pelo Conselho Diretor, em sede de recurso, que sua prescrição ocorrera em momento anterior ao do despacho do superintendente, à luz do novo entendimento manifestado no Parecer 991/2009/PFE.

135. Essa postura vai de encontro ao que determina a Lei 9.784/1999, art. 2º, XIII, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação no âmbito dos processos administrativos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados**, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - **interpretação** da norma administrativa da forma que **melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação**.

136. Além disso, considerando a alteração substancial da forma de contagem dos prazos implementada pelos novos pareceres da Procuradoria, causa estranheza a baixa quantidade de processos prescritos, podendo indicar falhas nos controles internos da Anatel, ou apenas reforçar essa falta de padronização nas análises e nas decisões dos Pados quanto à prescrição quinquenal.

137. A título de exemplificação, considerando-se os processos com pelo menos 5 anos de trâmite entre a abertura e a decisão, haveria outros 47 casos que poderiam estar prescritos à luz dos Pareceres 419-2008 e 991/2009 na listagem encaminhada:

Período*	Processos
5	22
6	18
7	2



8	5
Total Geral	47

*Ano da Instauração - Ano da Decisão

138. Nesse sentido, vale destacar que, já em 2010, de acordo com documentos enviados pela Anatel, o Conselho Diretor voltou a adotar postura diversa, tendo por vezes decidido na linha de que informes técnicos estariam aptos a interromper o prazo de prescrição, sob a fundamentação contida no Parecer 239/2005/PFE; e, em outros momentos, de que não seriam, embasados pelo Parecer 911-2009, conforme trechos da Análise 539/2010-GCJV, no âmbito do Pado 53508.000935/2002, transcritos no Parecer 15-2011/CRG/Anatel (peça 5, p. 91):

10. É cediço, no âmbito da Anatel, **a indefinição jurídica quanto aos atos que possuem o condão de interromper o curso da prescrição** no âmbito dos PADOs. **Digno de nota trecho do Informe 79/2011/PBCPP/PBCP (fls. 187/192), o qual demonstra o conflito de entendimentos nas opiniões da Procuradoria e nas decisões do Conselho Diretor** desta Agência:

(...)

12. Contudo, **mesmo com o posicionamento do Conselho desta Agência esposado em 02/09/2010, no sentido de o Informe Técnico ser peça apta a interromper o curso da prescrição quinquenal, em 02/12/2010 o Informe nº 412/2006-PBCPP/PBCP/SPB (fls. 58/62) não foi considerado ato interruptivo da prescrição**. Cumpre destacar trecho da Análise nº 539/2010-GCJV (fls. 176/180), de lavra do Conselheiro Relator, Sr. Jarbas José Valente, o qual reconhece a mudança de entendimento do Conselho Diretor:

3.2.10. É importante salientar que **o Conselho Diretor já vinha, reiteradamente, se decidindo no sentido de que o Informe da área técnica, que demonstrasse inequívoca apuração do fato, teria o condão de interromper a prescrição quinquenal**.¹

¹Precedentes: Reunião nº 578 – Processo 53500.003351/2002 – O Conselho acompanhou por maioria de 4 votos a 1 a fundamentação do Conselheiro Relator contido na Análise nº 413/2010-GCAB. Reunião nº 581 – Processo nº 53500.005120/2003 – O Conselho acompanhou por maioria de 4 votos a 1 a fundamentação e o Voto do Conselheiro Relator contidos na Análise nº 397/2010-GCJR, com os acréscimos feitos no Voto nº 428/2010-GCJV. Reunião nº 583 – Processo nºs 53500.002355/2004; 53569.000890/2004; 53569.002960/2004; 53569.003560/2004 e 53569.003561/2004 – O Conselho acompanhou por unanimidade a fundamentação e o Voto do Conselheiro Relator contidos na Análise nº 508/2010-GCAB.

3.2.11. No entanto, **no presente caso, a Procuradoria apresentou posicionamento diverso**, em sua Nota Técnica nº 205/2010/PFS/PFE-Anatel, **de 21/09/2010**, exarado em resposta a esta relatoria.

(...)

3.2.12. *In casu*, da documentação constante dos autos e com base na posição derradeira da Procuradoria, conforme transcrita acima, não resta dúvidas de que **o presente processo encontra-se prescrito (...), não se observou nenhuma das causas interruptivas elencadas no Parecer nº 911-2009/PGF/PFE-ANATEL, de 03/07/2009**, que fundamentou o entendimento da PFE no presente caso.

139. Assim, no que tange aos estudos de impacto econômico em questão, dos documentos encaminhados, não se observou nexo de causalidade entre as prescrições identificadas pela Anatel na listagem encaminhada e a inclusão desses estudos aos autos dos processos. As prescrições dos casos elencados, portanto, se deram em virtude da mudança de entendimento, no âmbito da Anatel, acerca de quais documentos teriam o condão de interromper o prazo prescricional, o que não guarda relação com os estudos inseridos nos autos dos Pados em análise.

140. Embora não mantenha relação direta com o tema tratado no presente processo, não se pode deixar de observar os prejuízos causados pela ausência de uniformidade na atuação do Conselho Diretor, relativamente ao entendimento de quais instrumentos estariam aptos a interromper o prazo prescricional no âmbito da Anatel.

141. É evidente que a aplicação retroativa de novo entendimento fere os normativos que regem o devido processo administrativo, além de violar importantes princípios da Administração Pública, em especial a imparcialidade, a igualdade e a finalidade, tendo em vista que as decisões se mostram contraditórias, a depender da época em que são tomadas. Além disso, as mudanças de entendimento acerca do instituto da prescrição abrem espaço para que sejam privilegiados determinados atores em detrimento do interesse público, ante a atuação uniforme nos processos.

142. Nesse sentido, propõe-se recomendar à Anatel que formalize entendimento acerca dos instrumentos aptos a interromper o prazo prescricional em processos em trâmite na agência, a ser aplicado indistintamente na entidade, de modo a evitar a incidência de prescrições e questionamentos no Poder Judiciário acerca das

decisões do Conselho Diretor pertinentes a esse tema.

b. Casos de Cancelamento e conversão em advertência

143. Da listagem de processos encaminhada pela Anatel, notam-se 3 casos em que a multa aplicada em 1ª instância foi posteriormente cancelada na via recursal pelo Conselho Diretor:

o	Pado	Multa (Despacho SPB)	Situação da Multa
9	05 5354800154220	803.500,00	Conversão da multa em advertência
5	00 5350005601620	6.000.797,00	Infração descaracterizada
4	03 5350000408820	4.318.268,39	Infração descaracterizada

144. Sem adentrar o mérito das análises que levaram ao cancelamento das multas, nenhuma delas foi expressamente embasada no estudo de impacto econômico em questão.

145. Vale, contudo, apontar que o Pado 535000040882003 não foi adequadamente classificado pela entidade. Conforme disposto no Despacho 11.733/2010-CD, esse processo foi declarado prescrito na 566ª RDC, de 14/12/2010, pelas razões e fundamentos contidos na Análise 253/2010-GMER, de 1º/6/2010, embasada no já mencionado Parecer 919/2009-PFE-Anatel.

146. Verifica-se, com isso, falha nos controles internos da agência, reforçando a possibilidade de que existam outros processos prescritos na amostra enviada.

c. Casos de redução da multa aplicada.

147. Foi apresentada também a relação de 23 processos em que a multa aplicada foi posteriormente reduzida em sede de recurso.

148. Da leitura dos documentos disponibilizados, em nenhum desses casos a redução das multas foi expressamente embasada pelo estudo de impacto econômico da SPB. Elas ocorreram por motivos técnicos referentes à apuração e dosimetria das sanções, ou, novamente, pela prescrição de infrações motivadas pelo entendimento exposto no Parecer 919/2009-PFE-Anatel.

d. Efeitos na esfera judicial

149. O acostamento dos informes que continham os estudos de impacto econômico aos autos dos processos de sanção da entidade provocou uma intensa judicialização dos processos.

150. Segundo informações repassadas pela própria Anatel por meio do Ofício 60/2017/SEI/AUD-ANATEL, houve ação judicial em 145 dos 214 casos, representando o montante de R\$ 783.838.488,48 em multas aplicadas, 64,6% do total da listagem apresentada. Desses, 142 processos ainda se encontram suspensos judicialmente.

151. A agência expôs, em mais de uma oportunidade, que essas suspensões judiciais não se basearam exclusivamente nos estudos de impacto econômico e financeiro juntados pela Anatel, tendo como objeto de discussão outras questões ou fundamentos de mérito.

152. Além disso, afirmou que nenhum dos processos judicializados sofreram efeitos concretos em decorrência da inserção dos estudos, destacando que não tem conhecimento de que alguma penalidade aplicada pela Anatel tenha sido anulada pelo Poder Judiciário. Como evidência, foram anexadas três ações ajuizadas por operadoras de telecomunicação.

153. Sobre isso, vale inicialmente destacar que, em raras ocasiões, ações judiciais impetradas no âmbito de Pados abordam apenas um aspecto em sua petição. Comumente são utilizados diversos argumentos, no intuito de descaracterizar a suposta infração, ou sua punibilidade. Contudo, o fato de haver outras questões inseridas nos pedidos das ações judiciais, por si só, não é suficiente para descaracterizar a ocorrência de danos em função da juntada dos estudos aos processos.

154. Danos diretos ao erário poderiam ocorrer, por exemplo, em razão de decisões desfavoráveis à Agência que tivessem como fundamento alguma conclusão exposta nos estudos. Nesse sentido, embora a Anatel afirme que não houve efeitos concretos em decorrência dos informes e que não tem conhecimento de que alguma sanção por ela aplicada tenha sido anulada na esfera judicial, não foram encaminhados elementos probatórios suficientes que corroborassem a afirmação de que a juntada desses estudos não tenha servido de embasamento a alguma decisão contrária à Anatel, mesmo tendo sido expedida nova diligência por meio do Ofício 0209/2017-TCU/SeinfraCOM, de 19/5/2017.

155. Além disso, praticamente todos os processos ainda se encontram suspensos judicialmente, de acordo com as informações encaminhadas, sendo, portanto, possível que decisões ainda sejam proferidas em desfavor

da Anatel, tendo como base os estudos de impacto econômico.

156. No que se refere a danos indiretos, a alta judicialização gera, sem sombra de dúvidas, custos à União. Muito embora não se possa afirmar que esses processos não seriam questionados na via judicial caso não se juntassem os estudos aos autos dos Pados, é razoável pensar que alguns deles não o seriam. Dessa forma, apesar de esses danos não serem mensuráveis, não se pode negar que esses processos desnecessariamente consumiram recursos estatais que poderiam ter tido destinação diversa na ausência da propositura dessas ações. Mesmo assim, não se vislumbra possibilidade de apuração do débito exclusivamente decorrente da inserção desses estudos nos Pados e ressarcimento ao erário.

157. A sequência de fatos e análises da presente instrução demonstram a gravidade da conduta do antigo SPB, com consequências negativas à Anatel e, conseqüentemente, à União, bem como deixa claro não se tratar de mera negligência ou imperícia na condução dos seus trabalhos.

158. Pelo contrário, as ações foram tomadas de modo deliberado, tendo continuidade mesmo após a advertência da PFE e os inúmeros recursos e repercussões na mídia acerca dos informes anexados aos processos, encerrando-se apenas após atuação do Conselho Diretor.

VII. Da responsabilização

159. Não foram apresentadas justificativas razoáveis que esclarecessem os motivos da edição do Memorando 157/2008 pelo então Superintendente de Serviços Públicos, solicitando a elaboração de estudos que avaliassem o impacto das sanções da agência sobre a evolução econômica da prestação dos serviços, e ordenando sua juntada aos processos que apuravam justamente infrações dessas empresas, antes mesmo de ter acesso aos documentos elaborados.

160. Da mesma forma, não foram esclarecidos os motivos da manutenção desses estudos nos autos, após o conhecimento da ampliação do escopo de análise e da manifestação da PFE evidenciando a improcedência temática do seu conteúdo em relação às infrações em análise nos processos.

161. Ainda, os despachos decisórios adotados pelo então Superintendente promoveram a notificação das empresas e a publicização dos informes que continham os estudos, servindo de subsídio jurídico indevido para a interposição de recursos com pedido de efeito suspensivo e ações judiciais pelas concessionárias, gerando tumulto processual; custos administrativos, inclusive para o rastreamento e desentranhamento dos documentos dos processos; mora das decisões com risco de prescrição; e toda a gama de consequências a que a agência restou exposta, inclusive no que tange a sua imagem.

162. Além disso, o acesso aos mencionados informes pelas concessionárias expôs a Anatel a riscos que iam além dos Pados listados, envolvendo uma série de medidas relacionadas a infrações cuja apuração já havia sido encerrada no âmbito administrativo, que poderiam trazer graves impactos à atuação fiscalizatória da agência como um todo, por meio de pedidos de reabertura e revisão de processos, anulação de sanções aplicadas, contestação de cobranças judiciais, entre outras ações.

163. Tais reflexos eram facilmente previsíveis por qualquer indivíduo que detivesse conhecimento acerca dos processos fiscalizatórios instaurados no âmbito da agência reguladora, restando inequívoco que deveriam ser do conhecimento do então gestor responsável pela instauração e decisão dessas apurações na Anatel e caracterizando a ação dolosa do responsável, que, no mínimo, assumiu os riscos de que se produzisse o resultado.

164. As condutas irregulares do responsável consistiram, portanto, em:

a) determinar a juntada de estudos de impacto econômico de sanções em trâmite na Anatel, que concluíam pela sua falta de razoabilidade, questionando a atuação fiscalizatória da agência como um todo, aos autos de processos administrativos destinados a avaliar infrações específicas praticadas pelas empresas, envolvendo sanções que somavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas propostas, em afronta ao art. 29, §1º, da Lei 9.784/1999 c/c no art. 53, §2º, do Regimento Interno;

b) deixar de motivar a eventual discordância da área técnica em relação à solicitação da PFE, de consolidar e remeter em documento único e não apensado a processo os estudos de impacto econômico, em afronta ao art. 50, inciso VII, da Lei 9.784/1999;

c) fazer uso de estudos que tratavam de assunto de caráter geral e traziam críticas à política sancionatória da Anatel como um todo, dando-lhes publicidade, sem a prévia aprovação pelo Conselho Diretor, em afronta ao art. 175, inciso I, do antigo Regimento Interno da Anatel;

d) inovar na interpretação da LGT nos estudos produzidos e divulgados para além do âmbito interno da Anatel, divergindo do entendimento adotado pelo Conselho Diretor, sem sua prévia aprovação, em afronta ao art. 35, inciso XIII do Decreto 2.338/1997, Regulamento da Anatel.



165. Todas as irregularidades listadas partiram de ordens do então SPB, consubstanciadas no Memorando 157/2008 e nos despachos decisórios incluídos nos autos, que deram seguimento aos processos e ordenaram a notificação das empresas.

166. Embora não tenha sido identificado débito exclusivamente decorrente da ação do então gestor, isso não elide a culpa do responsável, propondo-se a aplicação de multa pela prática de ato com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, nos termos do art. 268, inciso II do Regimento Interno do TCU c/c art. 58, inciso II da Lei 8.443/1992.

167. Ressalta-se que a aplicação de multa pelo TCU não configura *bis in idem* em relação à punição sofrida pelo responsável em Processo Administrativo Disciplinar, como já estabelecido pelo TCU, a exemplo dos **Acórdãos 346/2015-TCU-Plenário e 4.464/2015-Primeira Câmara**:

As penalidades previstas na Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) podem ser aplicadas conjuntamente com outras previstas na legislação, a exemplo das estipuladas pelas Leis 8.112/1990 e 8.429/1992. O princípio do *non bis in idem* não veda a possibilidade de a legislação atribuir mais de uma sanção administrativa à mesma conduta.

168. Destaca-se ainda a ampliação do escopo dos estudos originalmente demandados, que terminou afetando um número ainda maior de processos, sem que isso fosse por ele questionado ou corrigido, de modo que também se verificar a culpa *in vigilando* do então gestor na supervisão das tarefas delegadas a seus subordinados.

169. O pedido de reconhecimento da prescrição do processo O art. 205 do Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece que ‘a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor’. Assim, o prazo da pretensão punitiva no âmbito do TCU é de dez anos, a contar da data do ato irregular, havendo sua interrupção e recomeço com a audiência do responsável.

170. No presente processo, portanto, haveria a incidência da prescrição da pretensão punitiva na data de 7/4/2018, dez anos após a edição do Memorando 157/2008. Contudo, a notificação para audiência do interessado se deu em 15/3/2018, anterior ao encerramento do prazo prescricional, interrompendo a contagem desse prazo. Dessa forma, o pedido pela incidência de prescrição mostra-se improcedente.

171. Vale, por fim, avaliar os atos praticados pelo Gerente-Geral de Competição, quais sejam: ampliar o escopo dos estudos solicitados pelo SPB, que se restringia originalmente a sanções superiores a R\$ 500 mil, e omitir-se frente à solicitação da PFE no sentido de reencaminhar os estudos apartados dos autos.

172. Relativamente à ampliação de escopo, embora note-se que ela ampliou o número de processos e valores diretamente envolvidos, vale dizer que ela não foi decisiva na produção dos impactos verificados, tendo em vista que abrangeram também os processos já encerrados na Anatel, ante a possibilidade de questionamentos judiciais pelo cancelamento de multas e revisão de processos, por exemplo.

173. Além disso, deve-se considerar que não partiu desse gestor a iniciativa de elaborar e juntar esses estudos aos processos, cabendo ao demandante a avaliação da sua pertinência, metodologia e dos resultados obtidos, bem como que os informes ganharam publicidade pela notificação das empresas pelo ex-superintendente, de modo que a ampliação de escopo, por si só, não mantém relação com as irregularidades praticadas.

174. Sobre a omissão frente ao pedido da PFE, embora fosse diligente que o gestor adotasse postura diversa, sua responsabilização não é cabível, tendo em vista que o efetivo responsável pela decisão dos processos e ratificação dos atos praticados era o Superintendente de Serviços Públicos, a quem o gerente era subordinado.

175. Em face da análise promovida nos itens II, V e VII da presente instrução, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilberto Alves, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a ele atribuídas. Propõe-se, ainda, com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, a aplicação da multa pela prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

VIII. Monitoramento do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário

176. A partir das informações prestadas pela Anatel, feitas as ressalvas acerca da possibilidade de ocorrências não identificadas pela entidade, consideram-se implementadas as determinações contidas no Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, especificamente:

9.3. determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, no prazo de 180 dias, apresente relação de todos os Pados que sofreram efeitos em razão da juntada do Informe nº 149/2008 – PBCP, indicando, em especial:



9.3.1. em quais processos ocorreu prescrição e os valores de multas aplicadas nestes processos, explicitando os motivos que justificaram a prescrição, bem como as medidas adotadas para apuração de responsabilidade para cada um dos processos prescritos;

9.3.2. em quais processos ocorreu redução dos valores de multas em função da juntada do Informe nº 149/2008 – PBCP;

9.3.3. o valor total de multas aplicadas, o valor total de multas transitadas em julgado e o valor total de multas recolhidas;

9.3.4. o estado processual em que se encontram os Pados e as datas de juntada do estudo; de concessão de efeito suspensivo; de revogação de efeito suspensivo; de desentranhamento do estudo; de interposição de recurso fundado no estudo; de julgamento de recurso fundado no estudo; de propositura de ação judicial fundada no estudo; de trânsito em julgado administrativo e de recolhimento de multa, quando cabíveis;

9.3.5. quais medidas têm sido ou foram adotadas com o fito de dar maior celeridade ao julgamento dos processos listados.

CONCLUSÃO

177. O processo em questão foi constituído em função de autorização expressa no item 9.4 do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, visando à apuração de eventuais responsabilidades quanto a irregularidades verificadas na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), relativas ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa

178. As irregularidades verificadas tiveram origem na elaboração de informes, contendo estudos confeccionados pela unidade técnica competente da Anatel, e sua posterior juntada a Processos Administrativos por Descumprimento de Obrigações (Pados) que tramitavam na Anatel por ordem do então Superintendente de Serviços Públicos da entidade. Os estudos traziam uma análise acerca da razoabilidade do montante global das multas aplicadas às concessionárias e concluíam que os valores seriam desarrazoados frente à capacidade econômica das empresas.

179. A par das inconsistências técnicas verificadas nos estudos e identificadas por este Tribunal no âmbito do TC 008.521/2009-8, que deu origem ao mencionado Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, por tratarem de tema global, sem relação com os processos e com potencial reflexo no procedimento sancionatório da agência como um todo, tais estudos não poderiam ter sido apensados a processos e tornados públicos sem a prévia aprovação do Conselho Diretor da entidade.

180. Além de ordenar a juntada desses estudos aos processos de apuração de infrações da Anatel, o então superintendente adotou despachos decisórios que promoveram a notificação das empresas e a publicização dos informes que continham os estudos, servindo de subsídio indevido para a interposição de recursos com pedido de efeito suspensivo e ações judiciais pelas concessionárias, gerando tumulto processual; custos administrativos, inclusive para o rastreamento e desentranhamento dos documentos dos processos; mora das decisões com risco de prescrição; e toda a gama de consequências a que a agência restou exposta. Produziram também atraso considerável no andamento dos Pados, tendo transcorrido prazo superior a um ano exclusivamente atribuível à juntada dos estudos aos autos.

181. Houve, ainda, danos à imagem da agência reguladora, decorrentes da intensa repercussão dos fatos na mídia, que questionavam a atuação e a idoneidade da autarquia no cumprimento de suas funções.

182. O acesso aos mencionados informes pelas concessionárias expôs a Anatel a riscos que iam além dos Pados listados, envolvendo uma série de medidas relacionadas a infrações cuja apuração já havia sido encerrada no âmbito administrativo, que poderiam trazer graves impactos à atuação fiscalizatória da agência como um todo, por meio de pedidos de reabertura e revisão de processos, anulação de sanções aplicadas, contestação de cobranças judiciais, entre outras ações.

183. Restou evidenciado que os atos foram praticados pelo então Superintendente de modo deliberado e foram remediados apenas a partir da atuação do Conselho Diretor, após representação da PFE, evitando prejuízos maiores à Anatel. Vale destacar que a listagem encaminhada pela entidade envolvia valores superiores a R\$ 1 bilhão em multas em andamento na agência, cujos processos foram diretamente impactados pela juntada dos mencionados estudos.

184. As condutas irregulares do responsável consistiram em:

a) determinar a juntada de estudos de impacto econômico de sanções em trâmite na Anatel, que concluíam pela sua falta de razoabilidade, questionando a atuação fiscalizatória da agência como um todo, aos autos de processos administrativos destinados a avaliar infrações específicas praticadas pelas empresas, envolvendo sanções que somavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas propostas, em afronta ao art. 29, §1º, da



Lei 9.784/1999 c/c no art. 53, §2º, do Regimento Interno;

b) deixar de motivar a eventual discordância da área técnica em relação à solicitação da PFE, de consolidar e remeter em documento único e não apensado a processo os estudos de impacto econômico, em afronta ao art. 50, inciso VII, da Lei 9.784/1999;

c) fazer uso de estudos que tratavam de assunto de caráter geral e traziam críticas à política sancionatória da Anatel como um todo, dando-lhes publicidade, sem a prévia aprovação pelo Conselho Diretor, em afronta ao art. 175, inciso I, do antigo Regimento Interno da Anatel;

d) inovar na interpretação da LGT nos estudos produzidos e divulgados para além do âmbito interno da Anatel, divergindo do entendimento adotado pelo Conselho Diretor, sem sua prévia aprovação, em afronta ao art. 35, inciso XIII do Decreto 2.338/1997, Regulamento da Anatel.

185. Todas as irregularidades listadas partiram de ordens do então SPB, consubstanciadas no Memorando 157/2008 e nos despachos decisórios incluídos nos autos, que deram seguimento aos processos e ordenaram a notificação das empresas.

186. Destaca-se ainda que não houve adequada supervisão das tarefas delegadas a seu subordinado, então Gerente Geral de Competição, incidindo a culpa *in vigilando* do então gestor na condução dos seus trabalhos.

187. Relativamente a danos ao erário, feitas as considerações acerca da possível existência de casos não identificados, não foram verificados, nos documentos disponibilizados pela Anatel, danos diretos decorrentes da juntada dos estudos aos Pados, no que se refere especificamente à ocorrência de prescrição, cancelamento ou redução de multas fundamentados nas conclusões dos informes.

188. No que tange à esfera judicial, a agência alega não ter conhecimento de decisões contrárias à Anatel, tomadas com base nos estudos juntados aos processos. Apesar disso, não foi possível avaliar sua procedência, em função da insuficiência de evidências que corroborassem essa afirmação, mesmo após diligências à entidade.

189. Em relação a danos indiretos, a alta judicialização gera, sem sombra de dúvidas, custos à União. Muito embora não se possa afirmar que esses processos não seriam questionados na via judicial caso não se juntassem os estudos aos autos dos Pados, é razoável pensar que alguns deles não o seriam. Dessa forma, apesar de esses danos não serem mensuráveis, não se pode negar que esses processos desnecessariamente consumiram recursos estatais que poderiam ter tido destinação diversa na ausência da propositura dessas ações. Mesmo assim, não se vislumbra possibilidade de apuração de débito e ressarcimento ao erário.

190. No âmbito de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado pela Anatel em 2009, a partir de intervenção da CGU, decidiu-se pela prática de ato de improbidade administrativa, com pena de demissão do ex-Superintendente, convertida em destituição de cargo em comissão.

191. Embora não tenha sido identificado débito exclusivamente decorrente da ação do então gestor, isso não elide a culpa do responsável em relação às irregularidades praticadas. Em face da análise promovida nos itens II, V e VII da presente instrução, portanto, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilberto Alves, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a ele atribuídas. Propõe-se, ainda, com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, a aplicação da multa pela prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

192. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) aplicar ao Sr. Gilberto Alves, CPF 120.076.501-00, Superintendente de Serviços Públicos da Anatel entre 2006 e 2009, individualmente, a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, em face de:

i. determinar a juntada de estudos de impacto econômico de sanções em trâmite na Anatel, que concluía pela sua falta de razoabilidade, questionando a atuação fiscalizatória da agência como um todo, aos autos de processos administrativos destinados a avaliar infrações específicas praticadas pelas empresas, envolvendo sanções que somavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas propostas, em afronta ao art. 29, §1º, da Lei 9.784/1999 c/c no art. 53, §2º, do Regimento Interno;

ii. deixar de motivar a eventual discordância da área técnica em relação à solicitação da PFE, de consolidar e remeter em documento único e não apensado a processo os estudos de impacto econômico, em afronta ao art. 50, inciso VII, da LPA;



iii. fazer uso de estudos que tratavam de assunto de caráter geral e traziam críticas à política sancionatória da Anatel como um todo, dando-lhes publicidade, sem a prévia aprovação pelo Conselho Diretor, em afronta ao art. 175, inciso I, do antigo Regimento Interno da Anatel;

iv. inovar na interpretação da LGT nos estudos produzidos e divulgados para além do âmbito interno da Anatel, divergindo do entendimento adotado pelo Conselho Diretor, sem sua prévia aprovação, em afronta ao art. 35, inciso XIII do Decreto 2.338/1997, Regulamento da Anatel;

b) recomendar à Anatel que formalize entendimento acerca dos instrumentos aptos a interromper o prazo prescricional em processos em trâmite na agência, a ser aplicado indistintamente na entidade, de modo a evitar a incidência de prescrições e questionamentos no Poder Judiciário acerca das decisões do Conselho Diretor pertinentes a esse tema;

c) considerar cumpridas as determinações contidas nos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.023/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge;

d) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, à Anatel e à Controladoria Geral da União;

e) arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

É o relatório.

VOTO

Este processo cuida de acompanhamento autuado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCOM, constituído em função de autorização expressa no subitem 9.4 do Acórdão 3.023/2014-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge, com o fito de apurar eventuais responsabilidades quanto às irregularidades verificadas na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) relativas ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa.

2. Referido *decisum* tratou de representação formulada pelo Ministério Público Federal (MPF) quanto à necessidade de se apurar a legalidade e a legitimidade de atos cometidos na Anatel relativos à elaboração de estudos sobre as sanções proferidas pela agência em face das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

3. Os estudos foram realizados em 2008 com o objetivo de verificar a razoabilidade do montante das sanções até então aplicadas pela antiga Superintendência de Serviços Públicos (SPB) e indicaram, entre outras coisas, que o volume global das multas aplicadas às concessionárias seria desarrazoado frente à capacidade econômica das empresas.

4. O MPF considerou que tais estudos careceram de embasamento técnico e que sua juntada aos Processos Administrativos por Descumprimento de Obrigações (Pados) acabou servindo de fundamento para propositura de medidas judiciais e administrativas com vistas a questionar as multas aplicadas pela agência reguladora, o que poderia trazer danos à Anatel.

5. No âmbito do TCU, foi autuado o presente acompanhamento, a fim de apurar a responsabilidade do então superintendente de Serviços Públicos, Gilberto Alves, decorrente da elaboração do Memorando 157/SPB, de 7/4/2008 (peça 51, p. 35, do TC 008.521/2009-8), determinando expressamente à área técnica competente, Gerência Geral de Competição (PBCP), a ele subordinada, que procedesse à elaboração de estudos sobre o impacto das sanções da Anatel na evolução econômica dos serviços prestados pelas empresas concessionárias. No mesmo documento, o responsável determinou que tais estudos fossem incluídos nos processos sancionatórios relacionados.

6. Após realizadas diligências, a unidade técnica concluiu que, embora não tenha sido possível verificar a ocorrência de dano ao erário, foram identificadas, em breve síntese, as seguintes irregularidades na conduta do responsável: (i) determinar a juntada de estudos que concluíam acerca da falta de razoabilidade do valor das multas da Anatel aos autos de processos administrativos destinados a avaliar infrações específicas praticadas pelas empresas, dando publicidade aos informes e inovando na interpretação da legislação, sem a prévia aprovação pelo Conselho Diretor; e (ii) deixar de motivar a eventual discordância em relação à solicitação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel



(PFE) de consolidar os estudos de impacto econômico e remetê-los em documento único e não apensado a processo.

7. Em decorrência, a SeinfraCOM propôs rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Gilberto Alves, ex-superintendente da agência, uma vez que considerara não serem suficientes para sanear as irregularidades àquele atribuídas, e aplicar-lhe multa pela prática de ato com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992.

8. Com as vênias, divirjo das conclusões e do encaminhamento proposto, pelas razões que passo a apresentar.

II

9. Primeiramente, destaco que não é objeto do presente acompanhamento avaliar as eventuais falhas técnicas e premissas equivocadas do estudo que concluiu que o volume global de sanções aplicadas pela Anatel era desarrazoado em relação à capacidade econômica das empresas, tendo em vista que o assunto já foi tratado no âmbito do TC 008.521/2009-8.

10. O ponto central dos autos se refere à conduta do responsável, apontada como irregular pela unidade técnica, de determinar a juntada dos referidos estudos aos processos administrativos destinados a avaliar infrações específicas praticadas pelas empresas, envolvendo sanções que somavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas propostas, em afronta ao art. 29, §1º, da Lei 9.784/1999 c/c o art. 53, §2º, do antigo Regimento Interno da agência.

11. Como bem destacado pela SeinfraCOM, não há que se falar em ausência de competência em relação às ações do responsável, tendo em vista que a Superintendência de Serviços Públicos detinha atribuição geral para tratar e avaliar aspectos econômicos afetos à prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado em regime público, nos termos do art. 135 do antigo Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução 270/2001.

12. Em relação à motivação para realização dos estudos, o Memorando 157/SPB informava que um dos objetivos era atender ao art. 179, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei 9.472/1997), o qual estabelece que na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

13. Observo que, em atendimento às disposições do memorando, que estabelecia fosse feito o estudo para cada pessoa jurídica listada no documento, foram elaborados diversos informes. Esses estudos foram então juntados aos respectivos Pados, de forma individualizados para cada empresa.

14. Considerando o disposto na LGT e o objetivo de cada estudo, que seria justamente avaliar a razoabilidade dos montantes de multas impostos a cada prestadora, a par de eventuais inconsistências nos informes, considero não ser possível atribuir a existência de dolo ou erro grosseiro à conduta do responsável, para fins de sua responsabilização, mormente em face do disposto no art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942),

15. Ademais, considerando ser o ato que solicitou a realização dos estudos o mesmo que determinou a juntada dos resultados a cada processo, não considero razoável exigir que o responsável possuísse a capacidade de antecipar os possíveis efeitos dos informes, sendo que sequer havia ainda conhecimento acerca de suas conclusões.

16. Quanto à abrangência das ações do responsável, cabe destacar que os estudos a serem realizados, com base no memorando, deveriam envolver a análise do impacto econômico e financeiro causado por 99 Pados, no montante de R\$ 764.598.492,37 (peça 21, p. 19).

17. Porém, por decisão do então gerente-geral de Competição da PBCP, houve ampliação do escopo dos estudos, passando a incluir o universo de todos os Pados instaurados até dezembro de 2007, resultando em no quantitativo de 203 processos. A ampliação resultou em análise que incluía mais de R\$ 2,5 bilhões em multa, valor muito superior ao escopo inicialmente pretendido pela deliberação cuja regularidade é objeto de análise no presente processo (peça 25, p.3).

18. Por esse motivo, considerando ainda a existência de outros atores que também contribuíram para a extensão dos problemas apontados no presente acompanhamento, mas que sequer foram

chamados aos autos, discordo da unidade técnica ao mencionar que a determinação do responsável impactou processos envolvendo sanções que somavam mais de R\$ 2,5 bilhões em multas propostas.

19. Quanto ao fato de se dar publicidade indevida aos estudos, resultando em prejuízos à agência, há que se observar que, conforme informações acostadas nos autos, a Procuradoria Federal Especializada já havia deferido pedidos de vista de processos contendo os estudos em questão e autorizado cópias de forma a torná-los públicos.

20. Além disso, há que se lembrar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a teor das disposições estabelecidas na Lei de Acesso a Informações (Lei 12.527/2011), a publicidade das informações produzidas pelas entidades da administração pública é preceito geral, sendo o sigilo uma exceção; nesse mesmo sentido, a LGT estabelece que as atividades da agência serão juridicamente condicionadas, entre outros princípios, pelos da razoabilidade e publicidade.

21. Dessa forma, considerando que nem mesmo a procuradoria da agência, a quem cabia se pronunciar em casos de repercussão setorial, atribuiu a chancela de sigilo aos estudos, também divirjo da proposta da unidade técnica de considerar irregular o fato de se dar publicidade aos informes.

22. Também merece destaque o fato de que a própria Anatel, conforme apresentado no Informe 08/2015-SCO (peça 5, p. 8), destacou que **“nenhum dos processos que ocorreu concessão de efeito suspensivo fundamentado nos estudos de impacto econômico e financeiro sofreu efeitos concretos em decorrência da inserção desse material em seu bojo, tendo em vista que as conclusões dos citados estudos não foram acolhidas pelo Conselho Diretor da agência”**.

23. Nesse caso, não vislumbro a possibilidade de se aplicar a sanção proposta pela unidade técnica com fundamento no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992, que trata da aplicação de multa por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

24. Considerando a ausência de quaisquer “efeitos concretos” decorrentes da ação do responsável e que foi contestada a regularidade de um expediente interno da agência reguladora, supostamente em face de “afronta ao dever de lealdade do servidor público à instituição”, entendo que eventuais medidas de apuração e responsabilização sequer deveriam ultrapassar a esfera de atuação hierárquica e disciplinar da própria agência.

25. Tanto é que a conduta do responsável já foi objeto de processo administrativo disciplinar e, conforme informações acostadas nos autos, o processo concluiu pela prática de ato de improbidade administrativa, com pena de demissão do ex-superintendente, convertida em destituição de cargo em comissão, em função de já ter sido publicada sua exoneração a pedido (peça 5, mídia anexa, arquivo “Processo nº 535000225832009.vol.IV.pdf”, p. 407).

III

26. A SeinfraCOM também concluiu que foi irregular a conduta do responsável de deixar de motivar a eventual discordância da área técnica em relação à solicitação da PFE de consolidar os estudos de impacto econômico e remetê-los em documento único e não apensado aos Pados.

27. O antigo Regimento Interno da Anatel estabelecia no at. 34, § 1º, que a procuradoria, de ofício ou por consulta devidamente formalizada, deveria se pronunciar nas seguintes hipóteses: (i) repercussão setorial; (ii) dúvida quanto à matéria jurídica; ou (iii) a critério do Conselho Diretor ou de um de seus membros.

28. Em respeito ao dispositivo, o parágrafo 4º do Memorando 157/SPB fez expressa menção para que os autos fossem remetidos para o opinativo jurídico (peça 21, p. 16). Por sua vez, o Memorando 56/SPB, ao encaminhar o processo, fez menção ao § 2º do dispositivo do Regimento Interno, que tratava dos casos em que se caracterizariam “efeitos de repercussão setorial”, indicando ser esse o motivo para que a procuradoria se manifestasse (peça 21, p. 21).

29. Ocorre que tais processos foram devolvidos pela PFE por não tratarem de dúvida quanto à “matéria jurídica” ou remessa a “critério do Conselho Diretor ou um de seus membros”. Em adição, a procuradoria solicitou que, havendo a possibilidade de se tratar de “dúvida quanto à matéria”, a SPB



deveria consolidar e remeter o processo novamente para sua análise (peça 7, p. 20, do TC 008.521/2009-8).

30. Em suas alegações de defesa, o responsável argumentou que a consulta direcionada à procuradoria era justamente a respeito de “repercussão geral”, conforme se pode observar pela motivação descrita no Memorando 56/SPB. Por isso, afirmou que recebeu com surpresa o fato de a PFE não externar entendimento sobre o assunto. Complementou dizendo que, “como o assunto não estava relacionado à existência de dúvida jurídica, considerou como cumprida a obrigação de consulta e deu seguimento ao processo sancionatório”.

31. Ao contrário do que foi dito pela unidade técnica, não está clara a manifestação feita pela procuradoria.

32. As provas acostadas aos autos novamente me levam a entender que não se pode concluir acerca de dolo ou erro grosseiro do agente, considerando que a sua ação foi de acordo com o que estava expressamente dito na comunicação da procuradoria.

33. Cabe destacar que o dispositivo que ordenava o encaminhamento dos processos para apreciação da PGE entrou em vigor a partir de dezembro de 2007 e o memorando foi expedido pelo responsável em abril de 2008, ou seja, apenas quatro meses após o novo procedimento ser instituído, o que reforça não ser razoável concluir pela má-fé do agente, que, apesar das falhas de comunicação, expediu determinação para que o disposto no antigo regimento interno fosse atendido.

34. De fato, novamente faço referência ao Informe 08/2015-SCO (peça 5, p. 8), no qual a própria Anatel relatou que a inserção do estudo aos Pados não acarretou diminuição do valor da multa nem constituiu fato apto a ensejar a reforma ou a anulação da decisão recorrida, concluindo que a juntada dos estudos não trouxe qualquer consequência financeira ou mesmo danos à administração pública.

35. Por fim, em concordância com a unidade técnica, verifico que a falta de padronização nas análises e nas decisões dos Pados quanto aos instrumentos que interrompem a prescrição quinquenal indica deficiências de controle interno da agência e gera prejuízos na gestão dos processos, motivo que justifica a adoção de ciência à Anatel acerca da necessidade de uniformizar o assunto.

Ante todo o exposto, deixo de acompanhar a proposta de aplicação de multa ao responsável e VOTO por que o Colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à sua deliberação.

ACÓRDÃO Nº 2095/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 004.527/2017-8
2. Grupo II – Classe V – Acompanhamento.
3. Responsável: Gilberto Alves (CPF 120.076.501-00).
4. Unidade: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCOM.
8. Representação legal: Mauro Porto (OAB/DF 12.878) e outros representando Gilberto Alves; Varlone Batista Sampaio (CPF 699.097.171-15) e outros representando a Anatel.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido o processo de acompanhamento autuado em função de autorização expressa no subitem 9.4 do Acórdão 3.023/2014-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge, com o fito de apurar eventuais responsabilidades quanto às irregularidades verificadas na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) relativas ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa e quantificar o débito, se for o caso.



ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 169, inciso V, 241, 242 e 250, inciso I, do Regimento Interno, em:

- 9.1. acolher as razões de justificativas de Gilberto Alves;
- 9.2. dar ciência à Anatel de que a falta de uniformidade acerca dos instrumentos aptos a interromper o prazo prescricional em processos que lá tramitam pode acarretar prejuízos na condução dos processos da agência e riscos de inconformidades/irregularidades relacionados à prescrição da pretensão punitiva;
- 9.3. considerar cumpridas as determinações contidas nos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.023/2014-Plenário, de relatoria do ministro José Jorge;
- 9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, à Anatel e à Controladoria-Geral da União;
- 9.5. arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2095-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 007.253/2007-4 [Apenso: TC 023.192/2015-1]

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade: Ministério do Desenvolvimento Regional.

Recorrente: Wilson Felicíssimo de Lima (CPF 461.731.291-91).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. REALIZAÇÃO DE EVENTOS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA MODIFICAR O JUÍZO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir a instrução elaborada na Secretaria de Recursos - Serur, que contou com a anuência do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU (peças 315, 316 e 319):

“HISTÓRICO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Wilson Felicíssimo de Lima (peça 128) contra o Acórdão 671/2015-Plenário (peça 60), alterado pelo Acórdão 1482/2017-Plenário (recurso de reconsideração - peça 201) e mantido pelo Acórdão 2531/2017-Plenário (embargos de declaração - peça 230) e pelo Acórdão 2211/2018-Plenário (embargos de declaração - peça 272).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, 19, **caput**,



23, inciso III, 28, inciso II, 57, 58, inciso II, e 60 da Lei nº 8.443/1992, c/c com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III e §§ 5 e 7º, 214, inciso III, 267, 268, inciso II, e 270 do Regimento Interno, em:

9.1. excluir do polo passivo processual o Centro de Apoio a Atividades Sociais, Educativas e Culturais – Casec e a Federação dos Trabalhadores na Agricultura Familiar da Região Sul – Fetraf-Sul;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo (ex-Secretário Executivo do Ministério das Cidades), Magda Oliveira de Myron Cardoso (ex-Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração), Renato Stoppa Cândido (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos) e Jaqueline Souto Mangabeira Binicheski (ex-Chefe de Divisão da Coordenação de Licitação e Contratos);

9.3. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis abaixo arrolados, condenando-os solidariamente em débito, pelas importâncias a seguir discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a efetiva quitação dos débitos, na forma prevista na legislação em vigor, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional:

9.3.1. II Encontro de Habitação da Agricultura Familiar em Chapecó/SC: 9.3.1.1. no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em 10/7/2006: Cooperativa de Habitação dos Agricultores Familiares - Cooperhaf, Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido e José Maria Martins (fiscal da execução dos serviços realizados pela Aplauso); [redação dada pelo Acórdão 1482/2017-Plenário]

9.3.1.2. no valor de R\$ 20.020,00 (vinte mil e vinte reais), em 10/7/2006: Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido e José Maria Martins (fiscal da execução dos serviços realizados pela Aplauso); [redação dada pelo Acórdão 1482/2017-Plenário]

9.3.2. Congresso Rio São Francisco Sustentável, no montante de R\$ 185.149,60 (cento e oitenta e cinco mil, cento e quarenta e nove reais e sessenta centavos), em 13/11/2006, e Congresso Municípios e Desenvolvimento – Planejamento e Estratégias Empreendedoras, no valor de R\$ 555.448,30 (quinhentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta centavos), em 14/12/2006: Inteligência Digital Brasil, Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido e José Maria Martins;

9.3.3. Seminário de Agroenergia, no valor de R\$ 163.283,60 (cento e sessenta e três mil, duzentos e oitenta e três reais e sessenta centavos), em 29/11/2006: Royal Court, Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido e José Maria Martins;

9.3.4. Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social, no montante de R\$ 250.029,00 (duzentos e cinquenta mil, vinte e nove reais), em 20/11/2006: Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicação do Distrito Federal, Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido, José Maria Martins, **Wilson Felicíssimo de Lima (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos substituto)** e Francisco Cavalcanti Bizerra (fiscal da execução dos serviços substituto);

9.3.5. Congresso Redução da Pobreza Urbana através de Pequenas Obras, no montante de R\$ 293.727,00 (duzentos e noventa e três mil, setecentos e vinte e sete reais), em 4/4/2007: Instituto Nelly de Faro Pires, Aplauso Organização de Eventos Ltda., Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso, Renato Stoppa Cândido, José Maria Martins, **Wilson Felicíssimo de Lima** e Francisco Cavalcanti Bizerra;

9.4. aplicar multa aos responsáveis abaixo relacionados, nos valores individuais a seguir detalhados, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas 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:

9.4.1. Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso e Renato Stoppa Cândido – R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais);

9.4.2. José Maria Martins – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

9.4.3. **Wilson Felicíssimo de Lima** e Francisco Cavalcanti Bizerra – **R\$ 10.000,00** (dez mil reais); [pelo Acórdão 1482/2017-Plenário, o valor da multa de Francisco Cavalcanti Bizerra foi reduzido para R\$ 5.000,00]



- 9.4.4. Jaqueline Souto Mangabeira Binicheski – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);
- 9.4.5. Cooperativa de Habitação dos Agricultores Familiares dos Três Estados do Sul – Cooperhaf – R\$ 6.000,00 (seis mil reais);
- 9.4.6. Inteligência Digital Brasil – R\$ 74.000,00 (setenta e quatro mil reais);
- 9.4.7. Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicação do Distrito Federal – R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais);
- 9.4.8. Instituto Nelly de Faro Pires – R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais);
- 9.4.9. Aplauso Organização de Eventos Ltda. – R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);
- 9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;
- 9.6. declarar Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo, Magda Oliveira de Myron Cardoso e Renato Stoppa Cândido inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de 8 (oito) anos, bem como José Maria Martins, pelo prazo de 5 (cinco) anos;
- 9.7. remeter cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, para as providências que entender cabíveis;
- 9.8. juntar cópia da presente deliberação aos processos de contas anuais da Secretaria Executiva do Ministério das Cidades, referentes aos exercícios de 2006 (TC 018.750/2007-8) e 2007 (TC 020.491/2008-0).

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

2. Trata-se de tomada de contas especial originada de conversão de representação formulada por equipe de auditoria deste Tribunal, em decorrência de irregularidades detectadas na realização de eventos pelo Ministério das Cidades (MCidades), mediante a contratação da Aplauso Organização de Eventos Ltda.

2.1. Celebrada a adesão à Ata de Registro de Preços – Pregão nº 16/2005-MS, o MCidades passou a demandar a organização e a execução de uma série de eventos para a Aplauso, efetuando os pagamentos dos serviços por meio de notas de empenho, sem a formalização de instrumento contratual.

2.2. Nos trabalhos de inspeção, verificou-se que a Aplauso organizava eventos oriundos tanto de demandas internas do MCidades quanto de pedidos externos encaminhados por inúmeras entidades. Constatou-se que os pagamentos se deram com inobservância das normas que disciplinam o repasse de recursos federais.

2.3. No âmbito do TCU, a unidade técnica observou que não existe amparo legal para a utilização da contratação com a Aplauso para a realização de interesses de terceiros, referentes a solicitações externas de apoio ao Ministério das Cidades, sendo obrigatória a formalização de termos de convênios para o repasse de recursos federais, a exigência de contrapartida e de prestação de contas pelas entidades receptoras do dinheiro público quanto à regularidade de sua aplicação.

2.4. Por meio do Acórdão 3.673/2007-TCU-1ª Câmara, este Tribunal autorizou a citação dos responsáveis para apresentarem alegações de defesa ou recolherem as importâncias indicadas na presente TCE.

2.5. As irregularidades que ensejaram a apuração dos débitos foram as seguintes:

- i) não comprovação da efetiva realização dos eventos custeados com recursos federais do MCidades; e
- ii) caracterização de desvio de finalidade, sobretudo em razão da utilização de verbas públicas com objetos que não se coadunavam com a missão institucional do órgão, agravadas pela falta de celebração dos termos de ajuste, de previsão orçamentária ou legal que amparasse a concessão dos recursos.

2.6. A responsabilização dos agentes públicos resulta da autorização da concessão dos recursos para os pagamentos das despesas sem: i) amparo legal; ii) previsão orçamentária; iii) formalização da motivação do gasto; iv) termo de ajuste; v) exigência da apresentação da prestação de contas em momento posterior aos eventos.

2.7. Diante disso, foram citados, solidariamente, Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo (ex-Secretário Executivo do MCidades), Magda Oliveira de Myron Cardoso (ex-Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração), Renato Stoppa Cândido (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos), José Maria Martins (fiscal da execução dos serviços pela Aplauso), Wilson Felícissimo de Lima (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos substituto), Francisco Cavalcanti Bizerra (fiscal da execução dos serviços substituto), a empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda. e as entidades abaixo indicadas, para apresentarem alegações de defesa ou recolherem os seguintes débitos:

- a) Inteligência Digital Brasil: Congresso Rio São Francisco Sustentável (R\$ 185.149,60, em 13/11/2006);
- b) Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicação do Distrito Federal: Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social (R\$ 250.029,00, em 20/11/2006);
- c) Royal Court: Seminário de Agroenergia (R\$ 163.283,60, em 29/11/2006);



d) Instituto Nelly de Faro Pires: Congresso Redução da Pobreza Urbana Através de Pequenas Obras (R\$ 292.727,90, em 4/4/2007);

e) Inteligência Digital Brasil: confecção de cartazes, folders, convites, e outros, para o Congresso Municípios e Desenvolvimento – Planejamento e Estratégias Empreendedoras (R\$ 555.448,30, em 14/12/2006);

f) Cooperativa de Habitação dos Agricultores Familiares dos Três Estados do Sul – Cooperhaf: II Encontro de Habitação da Agricultura Familiar em Chapecó/SC (R\$ 70.020,00, em 10/7/2006).

2.8. Relativamente à execução do II Encontro de Habitação da Agricultura Familiar em Chapecó/SC, o Relator *a quo* entendeu que a adoção da sistemática de descentralização de recursos pelo MCidades, utilizando a Aplauso como intermediadora entre a Administração Pública e os beneficiários, redundou em dispensa indevida de: i) celebração de termos de ajustes adequados à descentralização de recursos; ii) prestação de contas da utilização dos repasses; iii) avaliação dos custos e dos benefícios advindos das ações financiadas para o Ministério; e iv) exigência de contrapartida em serviços ou bens/obrigações por parte do beneficiário. Isso trouxe como consequência a impossibilidade do reconhecimento da regularidade das despesas, haja vista a ruptura do elo entre o órgão repassador e o tomador de recursos.

2.9. Quanto à responsabilidade dos servidores públicos que praticaram atos relacionados com a contratação da Aplauso para a execução das demandas externas, o Relator *a quo* entendeu que tal responsabilidade decorreu da concessão de recursos para os pagamentos de despesas de terceiros interessados sem amparo legal, previsão orçamentária, formalização da motivação do gasto, termo de ajuste e exigência de apresentação da prestação de contas dos eventos intermediados pela Aplauso.

2.10. Nesse sentido, foram responsabilizados pelo débito, além das entidades beneficiadas, o então Secretário-Executivo, Rodrigo José Pereira Leite Figueiredo; a então Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração, Magda Oliveira de Myron Cardoso; Renato Stoppa Cândido, então Coordenador Geral de Recursos Logísticos; Wilson Felicíssimo de Lima, então Coordenador Geral de Recursos Logísticos substituto; José Maria Martins, encarregado do acompanhamento e da fiscalização da execução dos serviços prestados pela Aplauso; e seu substituto, Francisco Cavalcante Bizerra.

2.11. Jaqueline Souto Mangabeira Binicheski, então Chefe de Divisão da Coordenação de Licitação e Contratos, foi responsabilizada por ter solicitado o encaminhamento para a emissão de empenho relativo ao processo de contratação da Aplauso para a realização da 2ª Conferência Nacional das Cidades, sem adotar as providências adequadas à formalização do contrato.

2.12. Tendo os responsáveis interposto recurso de reconsideração, este Tribunal, por meio do Acórdão 1482/2017-Plenário (peça 201), deu provimento parcial àquele interposto pela Cooperativa de Habitação dos Agricultores Familiares – Cooperhaf e negou provimento aos interpostos por Magda Oliveira de Myron Cardoso, Jaqueline Souto Mangabeira Binicheski, Francisco Cavalcante Bizerra e Aplauso Organização de Eventos Ltda.

2.13. Contra essa decisão, Cooperhaf e Magda Oliveira de Myron Cardoso opuseram embargos de declaração, os quais foram rejeitados por meio do Acórdão 2531/2017-Plenário (peça 230).

2.14. Contra essa decisão, a Cooperhaf opôs novos embargos declaratórios, os quais foram rejeitados por meio do Acórdão 2211/2018-Plenário (peça 272).

ADMISSIBILIDADE

3. No exame preliminar de admissibilidade à peça 286 – acolhido pela Relatora *ad quem* em despacho à peça 288 – concluiu-se pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se o efeito dos itens 9.3.4, 9.3.5, 9.4, 9.4.3 e 9.5.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar se resta configurada a responsabilidade do recorrente e se sua condenação foi desproporcional e injusta, conforme alega.

5. Ausência de proporcionalidade

5.1. O recorrente alega ausência de proporcionalidade da decisão recorrida, aduzindo que:

a) o recurso é motivado pela ausência de proporcionalidade da decisão recorrida; (peça 128, p. 1)

b) a pena imposta ao recorrente (multa de R\$ 10.000,00) foi cruel e desproporcional; e a dosimetria, injusta; (peça 128, p. 10)

c) a condenação do recorrente se deu por ter subscrito e encaminhado os processos em que constavam as notas fiscais para o pagamento dos serviços prestados pela empresa Aplauso, sem se certificar da efetiva prestação de serviços por parte da organizadora; (peça 128, p. 11)



d) o recorrente, ao assinar e encaminhar os documentos para pagamento, o fez em substituição ao titular da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos, e por considerar que havia um setor específico para fiscalizar e acompanhar a prestação dos serviços, com a designação formal de servidor titular e substituto; (peça 128, p. 11)

e) conforme consta no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 58, p. 36, itens 305-307), foi encaminhado ofício à Aplauso, solicitando as informações e a imediata apresentação dos documentos comprobatórios das despesas, que não foram confirmados ou comprovados; (peça 128, p. 11-12)

f) inicialmente os processos não eram instruídos com os documentos comprobatórios da realização dos serviços, o que somente passou a ser exigido a partir da decisão do TCU, que passou a servir de embasamento para a exigência; (peça 128, p. 12)

g) o recorrente sempre orientou seus subordinados e superiores à boa prática, respeitando os princípios que regem a Administração e os direitos individuais, e jamais usou de má fé, motivos pelos quais solicita a reconsideração da decisão. (peça 128, p. 12)

Análise

5.2. Inicialmente, traz-se à colação os fundamentos que levaram à apenação do ora recorrente com multa, conforme consta no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 58):

Responsável: Wilson Felicíssimo de Lima, ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos substituto (fls. 413/423 do volume 2)

300. O responsável foi chamado a compor o polo passivo da presente TCE em razão de duas situações. A primeira, refere-se à manifestação de sua concordância, em 3/4/2007, quanto aos serviços prestados pela Aplauso, com a autorização do pagamento de R\$ 292.727,90 (Nota Fiscal nº 2378, de 30/3/2007 – Processo nº 80000.006.569/2007-01), pela realização do Congresso Redução da Pobreza Urbana através de Pequenas Obras (fl. 150 do anexo 3), nas datas de 26 a 28/3/2007, na cidade de Rio Verde/GO, sem que houvesse a comprovação da efetiva realização do evento. Consequentemente, o gestor foi citado solidariamente com o Instituto Nelly de Faro Pires, consoante instrução complementar à fl. 387 do volume 1.

301. A segunda situação relaciona-se ao Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social (Processo nº 80000.029879/2006-12 – fls. 41/58 do anexo 3), em função do qual a Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicações do Distrito Federal – Sucesu solicitou ao MCidades a concessão de patrocínio, no valor de R\$ 250.000,00, para a realização do evento, na cidade de Goiânia, nas datas de 16 a 18/11/2006 (fls. 51/58 do anexo 3). 302. Conforme atesto da Nota Fiscal nº 1762, no valor de R\$ 250.029,00, e o Memorando nº 84/CGLOG/Contrato Aplauso, de 20/11/2006, que encaminhou o documento fiscal para pagamento ao Chefe de Divisão Orçamentária e Financeira – DIORF/CGLOG do MCidades, os documentos foram subscritos pelo responsável conjuntamente com Francisco Cavalcante Bizerra, fiscal da execução dos serviços substituto (fls. 52-verso e 53 do anexo 3).

303. Ante a não comprovação da efetiva realização do Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social, ambos foram citados, solidariamente, consoante o Ofício nº 197/2010-TCU/SECEX-6, de 4/3/2010 (fls. 401/402 do volume 1) e o Ofício nº 196/2010-TCU/SECEX-6, de 4/3/2010 (fls. 399/400 do volume 1), respectivamente.

5.3. No voto condutor da decisão recorrida, a responsabilidade do ora recorrente foi assim delineada (peça 59, p. 5):

39. Já Wilson Felicíssimo de Lima (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos substituto) assumiu expressamente, em suas alegações de defesa, a subscrição e o encaminhamento de notas fiscais para o pagamento, sem se certificar da efetiva prestação de serviços pela Aplauso, ainda mais que se tratava de solicitações externas de apoio ao MCidades, que exigiam a celebração de instrumentos próprios de repasse de recursos federais e de prestação de contas por parte dos beneficiários.

40. Reconheceu que a Aplauso em nada contribuiu para comprovar a efetiva realização dos eventos quando indagada pelo MCidades, em decorrência da inspeção realizada pelo TCU. Na correspondência subscrita pelo escritório Consultores & Jacoby Fernandes Advogados Associados, a empresa recusou-se a atender ao solicitado, sob a alegação de que a informação requerida referia-se a papéis particulares e a Administração não teria poder coercitivo para determinar a exibição de documentos comerciais. Finalizou defendendo que as notas fiscais emitidas pela Aplauso contra o MCidades seriam de domínio público e estavam sob guarda dos órgãos contratantes, enquanto as emitidas por seus fornecedores seriam documentações fiscais próprias, excetuadas do controle exercido pelo TCU.

41. Dispõem os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 que o pagamento de despesas pela Administração Pública deve ser feito após sua regular liquidação, por meio da apresentação dos títulos que demonstrem a



efetiva prestação dos serviços contratados e o seu respectivo recebimento. Ora, integrar a cadeia causal da despesa e não comprovar a execução do objeto impõe a obrigação de recompor os cofres públicos.

5.4. Assim, verifica-se que a responsabilização do recorrente se deu em razão de ter integrado a cadeia causal que levou à realização de pagamentos sem a devida comprovação da realização dos eventos, gerando dano ao erário e consequente débito imputado ao recorrente, solidariamente com outros responsáveis.

5.5. As alegações de que orientava seus subordinados e de que não agiu com má fé não são suficientes para afastar sua responsabilidade no caso vertente.

5.6. No tocante à dosimetria e alegada desproporcionalidade da multa aplicada ao recorrente, tem-se que, ‘na aplicação de sanções, o TCU deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que delas provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, nos termos do art. 22, § 2º, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)’ (Acórdão 2463/2019-1ª Câmara, relator: Bruno Dantas). Além disso, ‘no âmbito do TCU, a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. A aplicação da sanção guarda relação com a materialidade dos fatos e a culpabilidade do responsável, não com sua capacidade financeira em quitar a dívida’ Acórdão 1137/2019-1ª Câmara, relator: Vital do Rêgo).

5.7. No caso vertente, o recorrente foi apenado com multa no valor de R\$ 10.000,00, que corresponde a apenas 20,19% do valor máximo da multa prevista no artigo 58, *caput*, da Lei 8.443/1992, tal como regulamentado na Portaria 20/2015 (R\$ 49.535,41); e corresponde a apenas 1,14% do valor do débito atualizado até a data da prolação do acórdão recorrido, na forma prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992.

5.8. Ante o exposto, uma vez que não se verifica a alegada desproporcionalidade da multa, deve-se negar provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

6. Conclui-se que as alegações do recorrente não são suficientes para alterar o juízo de mérito que levou à sua condenação e que não se verifica as alegadas desproporcionalidade ou injustiça do valor da multa imposta ao recorrente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento no artigo 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar ciência da decisão ao recorrente e aos demais interessados.”

2. Reproduzo, na sequência, o parecer concordante do MPTCU:

“Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Wilson Felicíssimo de Lima (peça 128) contra o Acórdão 671/2015-Plenário (peça 60), alterado pelo Acórdão 1482/2017-Plenário (recurso de reconsideração - peça 201) e mantido pelo Acórdão 2531/2017-Plenário (embargos de declaração - peça 230) e pelo Acórdão 2211/2018-Plenário (embargos de declaração - peça 272).

Após Vossa Excelência admitir o recurso por intermédio do despacho acostado à peça 288, foram os autos restituídos à Secretaria de Recursos (Serur), ocasião na qual o auditor instrutor elaborou a instrução acostada à peça 315, por meio da qual avaliou os argumentos recursais, tendo proposto, com a anuência do corpo diretivo daquela unidade técnica especializada, que o Tribunal conheça do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

II

O Ministério Público de Contas, pelos motivos que passa a declinar, endossa essa proposta de encaminhamento.

Inicialmente, convém memorar que o Tribunal, por intermédio da deliberação ora combatida, julgou irregulares as contas do recorrente e de diversos outros responsáveis em virtude de impropriedades detectadas na realização de eventos pelo Ministério das Cidades (MCidades), mediante a contratação da Aplauso Organização de Eventos Ltda.

A responsabilização desses agentes públicos decorreu, conforme sintetizou a Serur, da autorização da concessão dos recursos para os pagamentos das despesas sem: i) amparo legal; ii) previsão orçamentária; iii) formalização da motivação do gasto; iv) termo de ajuste; v) exigência da apresentação da prestação de contas em momento posterior aos eventos.



Especificamente quanto ao recorrente, foram atribuídas as seguintes condutas (peça 58):

‘300. O responsável foi chamado a compor o polo passivo da presente TCE em razão de duas situações. A primeira, refere-se à manifestação de sua concordância, em 3/4/2007, quanto aos serviços prestados pela Aplauso, com a autorização do pagamento de R\$ 292.727,90 (Nota Fiscal nº 2378, de 30/3/2007 – Processo nº 80000.006.569/2007-01), pela realização do Congresso Redução da Pobreza Urbana através de Pequenas Obras (fl. 150 do anexo 3), nas datas de 26 a 28/3/2007, na cidade de Rio Verde/GO, sem que houvesse a comprovação da efetiva realização do evento. Consequentemente, o gestor foi citado solidariamente com o Instituto Nelly de Faro Pires, consoante instrução complementar à fl. 387 do volume 1.

301. A segunda situação relaciona-se ao Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social (Processo nº 80000.029879/2006-12 – fls. 41/58 do anexo 3), em função do qual a Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicações do Distrito Federal – Sucesu solicitou ao MCidades a concessão de patrocínio, no valor de R\$ 250.000,00, para a realização do evento, na cidade de Goiânia, nas datas de 16 a 18/11/2006 (fls. 51/58 do anexo 3). 302. Conforme atesto da Nota Fiscal nº 1762, no valor de R\$ 250.029,00, e o Memorando nº 84/CGLOG/Contrato Aplauso, de 20/11/2006, que encaminhou o documento fiscal para pagamento ao Chefe de Divisão Orçamentária e Financeira – DIORF/CGLOG do MCidades, os documentos foram subscritos pelo responsável conjuntamente com Francisco Cavalcante Bizerra, fiscal da execução dos serviços substituto (fls. 52-verso e 53 do anexo 3).

303. Ante a não comprovação da efetiva realização do Congresso Tecnologia da Informação, Cidadania, Integração e Desenvolvimento Social, ambos foram citados, solidariamente, consoante o Ofício nº 197/2010-TCU/SECEX-6, de 4/3/2010 (fls. 401/402 do volume 1) e o Ofício nº 196/2010-TCU/SECEX-6, de 4/3/2010 (fls. 399/400 do volume 1), respectivamente.’

Como alegações recursais, o recorrente ressalta, em síntese, que a sanção aplicada por intermédio da deliberação vergastada (multa no valor de R\$ 10.000,00) teria sido desproporcional. Suscita, ademais, que (a) sua condenação teria decorrido da *‘subscrição e o encaminhamento que constavam as notas fiscais para o pagamento dos serviços prestados pela empresa Aplauso’*, na condição de substituto do titular da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos; (b) considerava haver *‘um setor específico para fiscalizar e acompanhar a prestação dos serviços, com designação formal de servidor titular e substituto’*; (c) foi encaminhado ofício à Aplauso, solicitando as informações e a imediata apresentação dos documentos comprobatórios das despesas, que não foram confirmados ou comprovados.

Não obstante tais ponderações, o exame empreendido pela Serur foi adequado, demonstrando a proporcionalidade da sanção outrora imposta pelo Tribunal, bem como o nexos existente entre as ações/omissões do recorrente e o dano ao erário verificado nos autos. Por aplicável, o MP de Contas transcreve excerto da análise empreendida no âmbito daquela Secretaria especializada. Veja-se:

‘5.3. No voto condutor da decisão recorrida, a responsabilidade do ora recorrente foi assim delineada (peça 59, p. 5):

39. Já Wilson Felicíssimo de Lima (ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos substituto) assumiu expressamente, em suas alegações de defesa, a subscrição e o encaminhamento de notas fiscais para o pagamento, sem se certificar da efetiva prestação de serviços pela Aplauso, ainda mais que se tratava de solicitações externas de apoio ao MCidades, que exigiam a celebração de instrumentos próprios de repasse de recursos federais e de prestação de contas por parte dos beneficiários.

40. Reconheceu que a Aplauso em nada contribuiu para comprovar a efetiva realização dos eventos quando indagada pelo MCidades, em decorrência da inspeção realizada pelo TCU. Na correspondência subscrita pelo escritório Consultores & Jacoby Fernandes Advogados Associados, a empresa recusou-se a atender ao solicitado, sob a alegação de que a informação requerida referia-se a papéis particulares e a Administração não teria poder coercitivo para determinar a exibição de documentos comerciais. Finalizou defendendo que as notas fiscais emitidas pela Aplauso contra o MCidades seriam de domínio público e estavam sob guarda dos órgãos contratantes, enquanto as emitidas por seus fornecedores seriam documentações fiscais próprias, excetuadas do controle exercido pelo TCU.

41. Dispõem os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964 que o pagamento de despesas pela Administração Pública deve ser feito após sua regular liquidação, por meio da apresentação dos títulos que demonstrem a efetiva prestação dos serviços contratados e o seu respectivo recebimento. Ora, integrar a cadeia causal da despesa e não comprovar a execução do objeto impõe a obrigação de recompor os cofres públicos.



5.4. Assim, verifica-se que a responsabilização do recorrente se deu em razão de ter integrado a cadeia causal que levou à realização de pagamentos sem a devida comprovação da realização dos eventos, gerando dano ao erário e consequente débito imputado ao recorrente, solidariamente com outros responsáveis.

5.5. As alegações de que orientava seus subordinados e de que não agiu com má fé não são suficientes para afastar sua responsabilidade no caso vertente.

5.6. No tocante à dosimetria e alegada desproporcionalidade da multa aplicada ao recorrente, tem-se que, ‘na aplicação de sanções, o TCU deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que delas provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, nos termos do art. 22, § 2º, do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)’ (Acórdão 2463/2019-1ª Câmara, relator: Bruno Dantas). Além disso, ‘no âmbito do TCU, a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. A aplicação da sanção guarda relação com a materialidade dos fatos e a culpabilidade do responsável, não com sua capacidade financeira em quitar a dívida’ (Acórdão 1137/2019-1ª Câmara, relator: Vital do Rêgo).

5.7. No caso vertente, o recorrente foi apenado com multa no valor de R\$ 10.000,00, que corresponde a apenas 20,19% do valor máximo da multa prevista no artigo 58, *caput*, da Lei 8.443/1992, tal como regulamentado na Portaria 20/2015 (R\$ 49.535,41); e corresponde a apenas 1,14% do valor do débito atualizado até a data da prolação do acórdão recorrido, na forma prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992 [8.443/1992].

5.8. Ante o exposto, uma vez que não se verifica a alegada desproporcionalidade da multa, deve-se negar provimento ao recurso.’

Conforme se verifica no excerto alhures transcrito, o recorrente integrou a cadeia causal que levou à realização de pagamentos sem a devida comprovação da realização dos eventos, sendo corresponsável pelo dano vislumbrado nos autos.

III

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento elaborada no âmbito da Serur, no sentido de o Tribunal conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo sr. Wilson Felicíssimo de Lima para, no mérito, negar-lhe provimento.”

É o relatório.

VOTO

Examina-se recurso de reconsideração interposto por Wilson Felicíssimo de Lima, ex-coordenador-geral de Recursos Logísticos substituto do então Ministério das Cidades, contra o Acórdão 671/2015-Plenário, alterado pelo Acórdão 1.482/2017-Plenário, que tratou de recurso de reconsideração, e mantido pelos Acórdãos 2.531/2017 e 2.211/2018, ambos do Plenário, que apreciaram embargos de declaração.

2. A decisão recorrida julgou irregulares as contas do recorrente e de diversos outros responsáveis, condenando-os em débito e multa, em virtude de impropriedades detectadas na realização de eventos pelo extinto Ministério das Cidades por meio da contratação da empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.

3. Em síntese, a responsabilização desses agentes públicos decorreu de autorizarem a concessão de recursos para pagamento das despesas sem: i) amparo legal; ii) previsão orçamentária; iii) formalização da motivação do gasto; iv) termo de ajuste; v) exigência da apresentação da prestação de contas em momento posterior aos eventos.

4. Preliminarmente, no que tange à admissibilidade, ratifico os termos do despacho à peça 288 e, ao acolher a análise empreendida pela Secretaria de Recursos - Serur, conheço do recurso de reconsideração, porquanto se encontram preenchidos os requisitos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU.

5. Quanto ao mérito, em síntese, Wilson Felicíssimo de Lima trouxe em seu recurso os seguintes argumentos:

(i) sua condenação decorreu da subscrição e do encaminhamento dos processos em que constavam as notas fiscais para o pagamento dos serviços prestados pela empresa Aplauso, na



qualidade de coordenador-geral de Recursos Logísticos em substituição, sem se certificar da efetiva prestação de serviços por parte da organizadora;

(ii) considerava haver um setor específico para fiscalizar e acompanhar a prestação dos serviços, com designação formal de servidor titular e substituto;

(iii) foi encaminhado ofício à Aplauso para solicitar informações e a imediata apresentação dos documentos comprobatórios das despesas, sem sucesso;

(iv) a multa de R\$ 10.000,00, que lhe foi imputada pelo TCU, é desproporcional.

6. A Serur (peças 315 e 316) e o Ministério Público junto ao TCU - MPTCU (peça 319) propuseram negar provimento ao recurso, por avaliarem que os argumentos de Wilson Felicíssimo de Lima não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas.

7. Manifesto-me de acordo com os pareceres.

8. De fato, o recorrente integrou a cadeia causal que levou à efetivação de pagamentos sem a devida comprovação da realização dos eventos, o que gerou dano ao erário e impõe a obrigação de recompor os cofres públicos.

9 Como a multa a ele imposta corresponde a apenas 20,19% do máximo da prevista no artigo 58, *caput*, da Lei 8.443/1992, tal como disciplina a Portaria 20/2015 (R\$ 49.535,41), e corresponde a apenas 1,14% do valor do débito atualizado até a data da prolação do acórdão recorrido, na forma prevista no artigo 57 da Lei 8.443/1992, não se verifica a alegada desproporcionalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso de reconsideração e VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que submeto a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2096/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.253/2007-4

1.1. Apenso: TC 023.192/2015-1

2. Grupo I – Classe I – Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

3. Recorrente: Wilson Felicíssimo de Lima (CPF 461.731.291-91).

4. Unidade: Ministério do Desenvolvimento Regional.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro José Mucio Monteiro.

6. Representante do Ministério Público: procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.

8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este recurso de reconsideração, interposto por Wilson Felicíssimo de Lima, ex-coordenador-geral de Recursos Logísticos substituto do então Ministério das Cidades, contra o Acórdão 671/2015-Plenário, que julgou tomada de contas especial oriunda da conversão de representação de equipe de auditoria deste Tribunal acerca de irregularidades na realização de eventos daquele ministério pela empresa Aplauso Organização de Eventos Ltda.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do recurso de reconsideração e negar-lhe provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2096-34/19-P.



13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes (Relatora), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC 011.849/2016-9 [Apenso: TC 018.756/2014-0]

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Entidade: Universidade Federal de Roraima.

Recorrente: Ana Zuleide Barroso da Silva (382.277.032-91).

Representação legal: Paulo Nicholas de Freitas Nunes (OAB-AL 5.076) e outros, representando Ana Zuleide Barroso da Silva.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DE CONVERSÃO DE REPRESENTAÇÃO. PROFESSORA QUE SE AFASTOU DE SEU CARGO EFETIVO PARA PARTICIPAR DE CURSO DE DOUTORADO. TÍTULO ANULADO POR PLÁGIO NA TESE. DANO AO ERÁRIO. IRREGULARIDADE NAS CONTAS, COM DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. INVALIDAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ANULOU O TÍTULO ACADÊMICO DA RECORRENTE PELA JUSTIÇA FEDERAL. INSUBSISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO QUE ENSEJOU A CONDENAÇÃO DA RECORRENTE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO PARA ANULAR A DECISÃO A QUO. SOBRESTAMENTO DOS AUTOS ATÉ QUE HAJA DECISÃO DEFINITIVA E IMUTÁVEL ACERCA DA VALIDADE OU NÃO DO DOUTORADO DA RECORRENTE.

1. A independência das instâncias se aplica quando mais de um órgão tem competência para julgar, sob enfoques diferentes, os mesmos fatos e condutas.

2. Não cabe invocar o princípio da independência das instâncias quando a resolução de questão que compete a outro órgão apreciar é um pressuposto para a atuação do TCU.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto por Ana Zuleide Barroso da Silva (peça 56), professora da Universidade Federal de Roraima (UFRR), contra o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário (peça 38), ratificado, em sede de embargos de declaração, pelo Acórdão 2.408/2018-TCU-Plenário (peça 50).

2. A presente Tomada de Contas Especial foi instaurada em cumprimento ao Acórdão 659/2016-TCU-Plenário, proferido no bojo do processo de Representação (TC-018.756/2014-0, apenso), em razão de prejuízo ao erário decorrente do afastamento da recorrente de suas atividades na UFRR para participar de curso de doutorado na Universidade de Brasília (UnB) cuja titulação foi anulada administrativamente, por plágio da tese doutorado.

3. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, apresentou o seguinte teor:

“9.1. com base nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas b e c, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas de Ana Zuleide Barroso da Silva, condenando-a ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das correspondentes datas até a data da efetiva quitação, nos termos da legislação em vigor, fixando-lhe o prazo de



15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida à Universidade Federal de Roraima:

Valor (R\$)	Data de ocorrência
4.157,13	1º/9/2008
4.157,13	1º/10/2008
4.157,13	3/11/2008
3.246,68	1º/4/2009
4.638,12	4/5/2009
4.638,12	1º/6/2009
7.735,06	1º/7/2009
7.256,62	1º/7/2010
5.289,00	2/8/2010
5.289,00	1º/9/2010
5.289,00	1º/10/2010
5.289,00	1º/11/2010
10.274,00	1º/12/2010
7.781,50	3/1/2011
5.289,00	1º/2/2011
5.574,75	1º/3/2011
3.531,55	1º/4/2011

9.2. aplicar a Ana Zuleide Barroso da Silva a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), atualizada monetariamente desde a data deste Acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, o parcelamento das dívidas indicadas nos subitens 9.1 e 9.2 acima em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão os correspondentes acréscimos legais (débito: atualização monetária e juros de mora; multa: atualização monetária), esclarecendo à responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas a que se refere este Acórdão, caso não atendida a notificação, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.5. remeter cópia deste Acórdão à Procuradoria da República no Estado de Roraima, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU (grifos acrescidos).

1.2. Contra o acórdão *supra*, foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados (Acórdão 2.408/2018-TCU-Plenário)."



4. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 33 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do acórdão recorrido em (peça 64).

5. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 71), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peça 72) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 73):

“EXAME DE MÉRITO

Delimitação

4. Constitui objeto do recurso definir se:

a) não houve afastamento integral da recorrente;

b) a existência de recurso administrativo na UnB implica no sobrestamento do trâmite deste processo no TCU.

6. Do afastamento integral da recorrente

6.1. A recorrente aduz que não houve seu afastamento integral da UFRR, com base nos seguintes argumentos:

6.2. Segundo o acórdão recorrido, houve o afastamento integral da recorrente na UFRR, para cursar doutorado, nos seguintes períodos:

Tipo de Afastamento	Período	1. Portaria
Integral	1º/8/2008 a 30/11/2008	Portaria 039/2008/PRPPG, de 18 de junho de 2008 (peça 16, p. 57)
Integral	9/4/2009 a 30/7/2009	Portaria 27/2009/PRPPG, de 26 de março de 2009 (peça 16, p. 58)
Integral	1º/7/2010 a 8/4/2011	Portaria 77/2010/PRPPG, de 27 de julho de 2010 (peça 16, p. 59)

6.3. Quanto ao período de 1º/8/2008 a 30/11/2008, a recorrente observa que foi designada para missão de trabalho para os dias compreendidos entre 5/8/2008 a 7/8/2008.

6.4. Demais disso, observa que o aludido período foi postergado para o ano de 2009, nos termos da Portaria 27/2009. Contudo, tal afastamento também não ocorreu na realidade, nos termos da Portaria 77/2010, a qual alterou este afastamento para 2010.

6.5. Por fim, quanto ao período entre 1º/7/2010 a 8/4/2010, este também não deve prosperar, isto porque a recorrente permaneceu executando suas funções normalmente, razão pela qual se tem irretorquível o fato de jamais ter gozado afastamento integral.

6.6. Assim, o argumento de ressarcir o Erário pelo período de afastamento integral cai por terra, e, por via de consequência, deve ser afastada qualquer multa ou imposição de pena para a pessoa do recorrente.

Análise:

6.7. O certo é que existem as Portarias de Afastamento 039/2008/PRPPG, de 18 de junho de 2008 (peça 16, p. 57), 27/2009/PRPPG, de 26 de março de 2009 (peça 16, p. 58) e 77/2010/PRPPG, de 27 de julho de 2010 (peça 16, p. 59).

6.8. Pois bem. O fato de constar a autorização (e não a designação) de afastamento para missão de trabalho entre os dias 5/8/2008 a 7/8/2008 (peça 56, p. 9) não infirma o teor da Portaria de Afastamento 039/2008/PRPPG, que é cristalina e expressa ao conferir afastamento integral à recorrente no período de 1º/8/2008 a 30/11/2008.

6.9. Quanto ao argumento de que a Portaria 27/2009 teria postergado para o ano de 2009 o afastamento previsto na Portaria 039/2008, observa-se que não assiste razão à recorrente. De fato, aquela portaria prorrogou (e não postergou) o afastamento anterior. É dizer: ao afastamento anterior, foi acrescido novo afastamento integral de 9/4/2009 a 30/7/2009.

6.10. A Portaria 77/2010 não alterou o período do afastamento da recorrente para 2010, mas, isto sim, alterou o caráter do afastamento, que passou a ser integral de 1º/7/2010 a 8/4/2011.



6.11. Demais disso, se, no período de 1º/7/2010 a 8/4/2011, a recorrente permaneceu exercendo suas funções normalmente, cabe observar que todos os atos praticados no aludido período foram ilegítimos, eis que a interessada estava afastada integralmente de suas funções na UFRR, conforme portarias de afastamento encaminhadas pela própria Universidade.

6.12. Nesse sentir, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pela recorrente.

7. Da existência de recurso administrativo na UnB

7.1. A recorrente aduz que a existência de recurso na UnB implicaria no sobrestamento do feito no TCU, com base nos seguintes argumentos:

7.2. Em diversas oportunidades a recorrente advogou a tese de que a presente demanda deve ser sobrestada, em razão da inexistência de trânsito em julgado tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Assim, não se pode dizer que existe decisão conclusiva por parte da UnB.

Análise:

7.3. Conforme aduzido pela recorrente, o argumento apresentado não é novo, já tendo sido enfrentado por esta Corte de Contas no seguinte sentido (voto do Acórdão 2.408/2018-TCU-Plenário):

29. A embargante reiterou ainda a necessidade de sobrestar esta Tomada de Contas Especial até o julgamento da ação originária 0001352-47.2014.4. 01.4200. Como sói ocorrer neste processo, esse requerimento não passou desavisado na decisão atacada. Ao contrário, recebeu a negativa de forma exaustivamente motivada, conforme se depreende do Voto que sustentou o Acórdão 2.102/2018 - Plenário:

‘27. A servidora aduz ainda que este processo de Tomada de Contas Especial deveria ser sobrestado até que haja o trânsito em julgado de decisões judiciais por ela propostas.

28. Preliminarmente, ressalto que a tese da independência das instâncias está pacificada no magistério jurisprudencial desta Corte ao assentar que não haveria litispendência entre processos em curso neste Tribunal e aqueles que estão em andamento na Justiça, haja vista que o TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência constitucional e legal. Essa interpretação acerca da independência de instâncias tem sido acolhida pelo Poder Judiciário (v. Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF, todos do STF; MS 7080-DF, MS 7138-DF e MS 7042-DF, do STJ).

29. Em específico, esclareço que o Mandado de Segurança 0002068-40.2015.4.01.4200, com pedido liminar, foi impetrado pela professora contra ato supostamente abusivo e ilegal de lavra da Reitora da UFRR, relativo à expedição da Portaria 202/GR da UFRR, que a exonerou do Cargo de Diretora do Centro de Ciências Administrativas e Econômicas daquela Universidade. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido, tendo a servidora interposto o Agravo de Instrumento 0030582-90.2015.4.01.0000/RR contra essa decisão (peça 23, p. 8-9).

30. Consulta realizada ao sítio eletrônico do TRF/1ª, por parte da minha assessoria, informa que: a) o Agravo de Instrumento 0030582-90.2015.4.01.0000/RR não foi conhecido (Decisão de 20/3/2017); b) em 7/7/2016, a segurança foi denegada, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

31. O outro processo judicial de autoria da servidora que toca o tema em análise refere-se aos autos 1352-47.2014.4.01.4200, que cuida da Ação Ordinária ajuizada por Ana Zuleide Barroso da Silva, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em face da Fundação Universidade de Brasília - FUB, com pedido liminar de imediata suspensão dos efeitos da decisão proferida no procedimento administrativo UnB, instituído para apurar denúncia de plágio em tese de doutorado apresentada pela autora. A decisão inicial negou a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela requerente (peça 19).

32. Irresignada, a servidora interpôs o Agravo de Instrumento 0029290-07.2014.4.01.0000, em 29/5/2014, que foi indeferido nos termos da decisão de 4/3/2015, inserta à peça 18.

33. Nada obstante, a servidora manejou outro recurso, o Agravo de Instrumento 012812-84.2015.4.01.0000, autuado em 19/3/2015, em que alega supostos fatos novos referentes à competência da comissão sindicante para cassação do seu diploma de doutoramento. O recurso não foi conhecido pelo desembargador integrante do TRF/1ª Região, conforme decisão de 17/3/2017.

34. Ainda no processo 1352-47.2014.4.01.4200, foi proferida a seguinte decisão de mérito em 30/1/2017 (grifos acrescidos):

‘II - FUNDAMENTOS

(...)

Não cabe a este Juízo, que sequer tem capacidade técnica para tal, adentrar no mérito do ato administrativo e na própria autonomia universitária, proferindo juízo de valor acerca do ato de cassação do diploma, especialmente quando não constatada ilegalidade ou abuso de poder na prática do ato administrativo.



(...)

Ocorre que a cassação definitiva do diploma dependia da ratificação do ato pelo Reitor, conferindo eficácia no plano executivo à deliberação colegiada da CPP, órgão de competência deliberativa, como elucidado no Parecer 00010/2015/CONT/PFFUB/PGF/AGU (fls. 414/416). Sendo assim, não conhecer do recurso interposto pela autora, configura, ao meu entender, cerceamento ao direito de defesa, pois como reconhecido pela própria FUB, o ato administrativo de cassação do diploma somente se perfectibilizou com a manifestação de vontade do Magnífico Reitor.

Contudo, em que pese a argumentação trazida na exordial, tal circunstância vigorosamente não tem o condão de macular todo o procedimento administrativo, cuja tramitação, como já ressaltado, obedeceu ao devido processo legal.

III - Dispositivo

Diante do exposto julgo parcialmente procedente o pedido e extingo o feito com resolução de mérito nos termos do art. 487, I, do CPC, para determinar que a FUB, superando o óbice da preclusão/intempestividade, conheça do recurso interposto pela autora em face da Resolução da Reitoria n 0128/2015 e prossiga em seu exame como bem de direito. Ficam, pois, válidos os atos praticados até a interposição do recurso, inclusive o ato do Magnífico Reitor da UNB que deliberou pela cassação do diploma outrora outorgado.

35. Contra essa decisão, a servidora opôs embargos de declaração, que foram conhecidos e parcialmente providos (em 31/7/2017), para ‘esclarecer que o recurso a ser analisado deve ser aquele interposto pela autora em face da Resolução da Reitoria 0128/2015 (fls. 417/432), respeitado o disposto no Estatuto e Regimento Interno da FUB, bem como na Lei 9.784/99.’

36. Como se percebe, apesar de determinar que o Reitor apreciasse o recurso da servidora, manteve-se hígido o ato de cassação do diploma da interessada e assentou-se não caber àquele Juízo adentrar o mérito do ato administrativo, fazendo deferência ainda à regra da autonomia universitária.

37. Diante desse contexto, creio que não seja o caso de arquivar e tampouco sobrestar o julgamento desta Tomada de Contas Especial, porquanto ato de cassação do diploma de doutora da responsável permanece em vigor, não tendo sido revogado ou invalidado pela reitoria da UnB, até este momento processual, ou ainda anulado pelo Poder Judiciário.

38. De mais a mais, em deferência à tese da independência das instâncias já assentada alhures, não se afigura razoável que o processo desta Corte fique sobrestado aguardando a solução de diversos processos e recursos aviados pela servidora junto ao Poder Judiciário.’

7.4. Nesse quadro, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pela recorrente, eis que, conforme lição *supra*, não é o caso de arquivar e tampouco sobrestar o julgamento desta Tomada de Contas Especial, porquanto o ato de cassação do diploma de doutora da responsável permanece em vigor, não tendo sido revogado ou invalidado pela reitoria da UnB, até este momento processual, ou ainda anulado pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

8. *Ex positis*, conclui-se que:

- a) houve afastamento integral da recorrente;
- b) a existência de recurso administrativo na UnB não implica no sobrestamento do trâmite deste processo no TCU.

8.1. Assim, é de se opinar pela negativa de provimento do presente recurso de reconsideração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Isto posto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fulcro no art. 32, I, da Lei 8.443/1992, que esta Corte de Contas:

- a) conheça do recurso de reconsideração e, no mérito, negue-lhe provimento;
- b) cientifique a recorrente e os demais interessados do acórdão que vier a ser prolatado, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

É o relatório.

VOTO



Em julgamento, recurso de reconsideração interposto por Ana Zuleide Barroso da Silva, professora da Universidade Federal de Roraima (UFRR), contra o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o tribunal julgou suas contas irregulares e a condenou ao pagamento de débito e multa em razão de prejuízo ao erário decorrente do seu afastamento da UFRR para participar de curso de doutorado na Universidade de Brasília (UnB) cuja titulação foi anulada administrativamente, por plágio da tese doutorado.

2. Nesta oportunidade, a recorrente alega que: a) a existência de recurso administrativo na UnB, ainda pendente de julgamento, bem como de ações judiciais não transitadas em julgado implicaria o sobrestamento do trâmite deste processo; b) nunca teria se afastado integralmente das suas atividades na UFRR.

3. Após examinar as razões recursais, a Secretaria de Recursos (Serur) concluiu que não foram trazidos elementos suficientes para alterar a deliberação recorrida, razão pela qual, com a concordância do Ministério Público junto ao TCU, propõe o conhecimento e o não provimento do apelo recursal.

4. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o presente recurso merece ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992.

5. Quanto ao mérito, discordo da análise empreendida pela secretaria especializada e corroborada pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), pelos motivos que passo a expor.

6. Noto que, em suas diversas manifestações nos autos, a recorrente sempre arguiu a necessidade de sobrestamento destes autos até o trânsito em julgado da decisão administrativa da UnB que caçou seu título de doutorado e dos processos judiciais por ela ajuizados para discutir essa decisão.

7. Em todas elas, inclusive na manifestação da Serur, tal alegação foi refutada, com base, essencialmente, em dois argumentos: a suposta incidência do princípio da independência das instâncias e o fato de que, a despeito de estar pendente a análise de recurso pela UnB, a decisão que anulou o título de doutorado da recorrente não havia sido suspensa ou anulada por decisão judicial ou administrativa.

8. Nesse sentido, transcrevo as seguintes considerações do relator *a quo*, consignadas no voto condutor do *decisum* recorrido:

“27. A servidora aduz ainda que este processo de Tomada de Contas Especial deveria ser sobrestado até que haja o trânsito em julgado de decisões judiciais por ela propostas.

28. Preliminarmente, ressalto que a tese da independência das instâncias está pacificada no magistério jurisprudencial desta Corte ao assentar que não haveria litispendência entre processos em curso neste Tribunal e aqueles que estão em andamento na Justiça, haja vista que o TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência constitucional e legal. Essa interpretação acerca da independência de instâncias tem sido acolhida pelo Poder Judiciário (v. Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF, todos do STF; MS 7080-DF, MS 7138-DF e MS 7042-DF, do STJ).

29. Em específico, esclareço que o Mandado de Segurança 0002068-40.2015.4.01.4200, com pedido liminar, foi impetrado pela professora contra ato supostamente abusivo e ilegal de lavra da Reitora da UFRR, relativo à expedição da Portaria 202/GR da UFRR, que a exonerou do Cargo de Diretora do Centro de Ciências Administrativas e Econômicas daquela Universidade. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido, tendo a servidora interposto o Agravo de Instrumento 0030582-90.2015.4.01.0000/RR contra essa decisão (peça 23, p. 8-9).

30. Consulta realizada ao sítio eletrônico do TRF/1ª, por parte da minha assessoria, informa que: a) o Agravo de Instrumento 0030582-90.2015.4.01.0000/RR não foi conhecido (Decisão de 20/3/2017); b) em 7/7/2016, a segurança foi denegada, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

31. O outro processo judicial de autoria da servidora que toca o tema em análise refere-se aos autos 1352-47.2014.4.01.4200, que cuida da Ação Ordinária ajuizada pela Sra. Ana Zuleide Barroso da Silva, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, em face da Fundação Universidade de Brasília – FUB, com pedido liminar de imediata suspensão dos efeitos da decisão proferida no procedimento administrativo UnB, instituído para apurar denúncia de plágio em tese de doutorado apresentada pela autora. A decisão inicial negou a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela requerente (peça 19).



32. Irresignada, a servidora interpôs o Agravo de Instrumento 0029290-07.2014.4.01.0000, em 29/5/2014, que foi indeferido nos termos da decisão de 4/3/2015, inserta à peça 18.

33. Nada obstante, a servidora manejou outro recurso, o Agravo de Instrumento 012812-84.2015.4.01.0000, autuado em 19/3/2015, em que alega supostos fatos novos referentes à competência da comissão sindicante para cassação do seu diploma de doutoramento. O recurso não foi conhecido pelo desembargador integrante do TRF/1ª Região, conforme decisão de 17/3/2017.

34. Ainda no processo 1352-47.2014.4.01.4200, foi proferida a seguinte decisão de mérito em 30/1/2017 (grifos acrescidos):

‘II - FUNDAMENTOS

(...)

Não cabe a este Juízo, que sequer tem capacidade técnica para tal, adentrar no mérito do ato administrativo e na própria autonomia universitária, proferindo juízo de valor acerca do ato de cassação do diploma, especialmente quando não constatada ilegalidade ou abuso de poder na prática do ato administrativo.

(...)

Ocorre que a cassação definitiva do diploma dependia da ratificação do ato pelo Reitor, conferindo eficácia no plano executivo à deliberação colegiada da CPP, órgão de competência deliberativa, como elucidado no Parecer n. 00010/2015/CONT/PFFUB/PGF/AGU (fls. 414/416). Sendo assim, não conhecer do recurso interposto pela autora, configura, ao meu entender, cerceamento ao direito de defesa, pois como reconhecido pela própria FUB, o ato administrativo de cassação do diploma somente se perfectibilizou com a manifestação de vontade do Magnífico Reitor.

Contudo, em que pese a argumentação trazida na exordial, tal circunstância vigorosamente não tem o condão de macular todo o procedimento administrativo, cuja tramitação, como já ressaltado, obedeceu ao devido processo legal.

III - Dispositivo

Diante do exposto julgo parcialmente procedente o pedido e extingo o feito com resolução de mérito nos termos do art. 487, I, do CPC, para determinar que a FUB, superando o óbice da preclusão/intempestividade, conheça do recurso interposto pela autora em face da Resolução da Reitoria n 0128/2015 e prossiga em seu exame como bem de direito. Ficam, pois, válidos os atos praticados até a interposição do recurso, inclusive o ato do Magnífico Reitor da UNB que deliberou pela cassação do diploma outrora outorgado.’

35. Contra essa decisão, a servidora opôs embargos de declaração, que foram conhecidos e parcialmente providos (em 31/7/2017), para ‘esclarecer que o recurso a ser analisado deve ser aquele interposto pela autora em face da Resolução da Reitoria n. 0128/2015 (fls. 417/432), respeitado o disposto no Estatuto e Regimento Interno da FUB, bem como na Lei 9.784/99.’

36. Como se percebe, apesar de determinar que o Reitor apreciasse o recurso da servidora, manteve-se hígido o ato de cassação do diploma da interessada e assentou-se não caber àquele Juízo adentrar o mérito do ato administrativo, fazendo deferência ainda à regra da autonomia universitária.

37. Diante desse contexto, creio que não seja o caso de arquivar e tampouco sobrestar o julgamento desta Tomada de Contas Especial, porquanto ato de cassação do diploma de doutora da responsável permanece em vigor, não tendo sido revogado ou invalidado pela reitoria da UnB, até este momento processual, ou ainda anulado pelo Poder Judiciário.

38. De mais a mais, em deferência à tese da independência das instâncias já assentada alhures, não se afigura razoável que o processo desta Corte fique sobrestado aguardando a solução de diversos processos e recursos aviados pela servidora junto ao Poder Judiciário.”

9. Considero equivocados, todavia, ambos os argumentos utilizados para afastar a alegação em comento.

10. No que diz respeito à independência das instâncias, trata-se de princípio que estabelece, basicamente, que uma mesma conduta pode ser apreciada nas esferas penal, civil e administrativa de forma independente, não havendo, em regra, vinculação entre essas três esferas, uma vez que a perspectiva e o bem jurídico tutelado por cada uma delas é diferente.

11. O princípio em questão deve ser invocado, portanto, quando mais de um órgão tem competência para julgar os mesmos fatos sob enfoques diferentes. Essa não é a situação do caso em análise, no qual cabe à UnB decidir sobre a validade do doutorado da recorrente e, uma vez invalidado



o título acadêmico, compete ao TCU avaliar a repercussão dessa decisão no que diz respeito aos afastamentos remunerados concedidos à servidora.

12. A decisão administrativa da UnB no sentido de anular o título da recorrente, matéria sobre a qual não compete ao TCU se pronunciar, traz, como efeitos jurídicos indiretos, o dever de reparar o prejuízo ao erário decorrente da remuneração recebida durante o afastamento para participar do curso de doutorado. Esse prejuízo é pressuposto, nos termos do art. 5º da Instrução Normativa-TCU 71/2012, para a instauração da Tomada de Contas Especial. Por decorrência lógica, se a decisão administrativa for reformada, com a consequente insubsistência da anulação do título acadêmico, não haverá dano nem, por conseguinte, razão para o seguimento destes autos.

13. Assim, a atuação do TCU neste caso está diretamente atrelada ao deslinde do processo administrativo da UnB, sendo incabível a invocação do princípio da independência das instâncias para justificar o prosseguimento desta TCE enquanto a anulação do título de doutorado da recorrente estiver sendo objeto de discussão em processo judicial ou administrativo.

14. Quanto ao fundamento de que, até o momento, a decisão não teria sido suspensa ou anulada, entendo que, por segurança jurídica e até por bom senso, tal fato não seria suficiente para justificar o prosseguimento desta TCE.

15. Ora, enquanto a invalidação do título de doutorado da recorrente ainda estiver sendo questionada administrativa ou judicialmente, o pressuposto para a continuidade desta TCE não estará formado. Isso porque havendo a possibilidade de alteração ou anulação da decisão da UnB, corre-se o risco da própria razão de existir destes autos simplesmente desaparecer, não fazendo sentido nos pronunciarmos sobre as consequências de uma decisão que não é definitiva e imutável.

16. Ainda que assim não fosse, conforme a ementa abaixo transcrita, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em recente decisão proferida em 19/6/2019 nos autos do processo 1352-47.2014.4.01.4200 (peça 74), deu provimento à apelação interposta pela ora recorrente para anular a cassação do seu título doutorado:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROGRAMA DE DOUTORADO INTER-INSTITUCIONAL. RELAÇÕES INTERNACIONAIS. DENÚNCIA DE PLÁGIO ACADÊMICO. CASSAÇÃO DO DIPLOMA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMISSÃO PROCESSANTE. AUSÊNCIA DE AFINIDADE COM O TEMA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SENTENÇA REFORMADA.

1. À semelhança do que ocorre nas questões relativas a concurso público, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para fins de substituição meritória do ato administrativo referente à avaliação da validade e qualidade do trabalho elaborado em tese de doutoramento deve ficar restrita a hipóteses excepcionais, nas quais se verifique a manifesta ilegalidade da decisão substituída.

2. Demonstrada ocorrência de vício insanável na constituição da comissão instituída para apurar a ocorrência de plágio acadêmico na obra da autora, porquanto integrada por profissionais que não possuem qualificação acadêmica na área objeto de estudo da tese de doutorado ora questionada (Relações Internacionais), deve ser reconhecida a nulidade do processo administrativo, por inobservância do devido processo legal.

3. Apelação da parte autora a que se dá provimento para determinar à Fundação Universidade de Brasília que constitua nova comissão, integrada por profissionais com competência bastante para avaliar a tese da autora, observando-se o contraditório e a ampla defesa.”

17. Diante disso, até que sobrevenha nova decisão da UnB, não se tem mais o pressuposto que ensejou a condenação da recorrente por meio do Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, o qual deve ser anulado.

18. Por oportuno, aproveito para consignar que, mesmo que confirmada a invalidação do título de doutorado da recorrente, tenho dúvidas acerca da correção da decisão recorrida, pois, a princípio, considero que não foi dada nestes autos a melhor interpretação para o art. 96-A, §§ 5º e 6º, da Lei 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 96-A. O servidor poderá, no interesse da Administração, e desde que a participação não possa ocorrer simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, afastar-se do exercício



do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, para participar em programa de pós-graduação stricto sensu em instituição de ensino superior no País.

(...)

§ 5º Caso o servidor venha a solicitar exoneração do cargo ou aposentadoria, antes de cumprido o período de permanência previsto no § 4º deste artigo, deverá ressarcir o órgão ou entidade, na forma do art. 47 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, **dos gastos com seu aperfeiçoamento**.

§ 6º Caso o servidor não obtenha o título ou grau que justificou seu afastamento no período previsto, aplica-se o disposto no § 5º deste artigo, salvo na hipótese comprovada de força maior ou de caso fortuito, a critério do dirigente máximo do órgão ou entidade.”

19. Com base nesses dispositivos, instaurou-se a presente TCE com vistas a devolução das remunerações mensais percebidas pela professora durante os períodos em que ficou afastada de suas atividades para cursar o doutorado. No entanto, a meu ver, não está claro que tais dispositivos deem margem para essa interpretação.

20. Os §§ 5º e 6º acima transcritos, ao estabelecerem a obrigatoriedade de ressarcimento dos **gastos com o aperfeiçoamento**, não determinam a devolução da remuneração recebida pelo servidor com o afastamento, o que seria totalmente desarrazoado, dado, inclusive, ao caráter alimentar dessa verba. Parece-me claro que, na realidade, a norma se refere a despesas relacionadas diretamente com o custeio do aperfeiçoamento, como bolsas ou ajudas de custo. Não fosse assim, o legislador teria dito expressamente que o servidor deverá ressarcir os “gastos com a sua remuneração” em vez de dizer “os gastos com seu aperfeiçoamento”.

21. De qualquer sorte, tal questão poderá ser melhor avaliada no futuro, caso haja a confirmação da anulação do título, hipótese na qual entendo cabível avaliar a possibilidade de levantar se a UFRR incorreu em algum gasto com o curso de doutorado da recorrente, providência sobre a qual caberá ao relator *a quo* decidir, considerando eventualmente as ponderações ora consignadas.

22. Nesse contexto, cabe dar provimento ao presente recurso, para anular o acórdão impugnado, retornando os autos ao relator *a quo*, e determinar o sobrestamento desta TCE até o trânsito em julgado dos processos que discutem a validade do título de doutorado da recorrente nas esferas judicial e administrativa.

23. Outrossim, cabe solicitar à UnB que informe ao TCU o resultado da nova comissão instituída para apurar a ocorrência de plágio na tese de doutorado da recorrente em cumprimento à decisão da justiça federal, bem como ordenar à unidade de origem que adote as providências necessárias ao acompanhamento dos processos administrativo e judicial que tratam da matéria, com vistas ao prosseguimento do presente feito tão logo eles sejam concluídos.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2097/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.849/2016-9.
- 1.1. Apenso: 018.756/2014-0.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).
3. Recorrente: Ana Zuleide Barroso da Silva (382.277.032-91).
4. Entidade: Universidade Federal de Roraima.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE).
8. Representação legal:



8.1. Paulo Nicholas de Freitas Nunes (OAB-AL 5.076) e outros e outros, representando Ana Zuleide Barroso da Silva.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia recurso de reconsideração interposto por Ana Zuleide Barroso da Silva, professora da Universidade Federal de Roraima (UFRR), contra o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o tribunal julgou suas contas irregulares e a condenou ao pagamento de débito e multa em razão de prejuízo ao erário decorrente do seu afastamento da UFRR para participar de curso de doutorado na Universidade de Brasília (UnB) cuja titulação foi anulada administrativamente, por plágio da tese doutorado;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento ao presente recurso de reconsideração, para:

9.1.1. anular o Acórdão 2.102/2018-TCU-Plenário, retornando os autos ao relator *a quo*;

9.1.2. determinar o sobrestamento desta TCE até o trânsito em julgado dos processos que discutem a validade do título de doutorado da recorrente nas esferas judicial e administrativa;

9.1.3. solicitar à UnB que informe ao TCU o resultado da nova comissão instituída por determinação da justiça federal, no âmbito do processo 0001352-47.2014.4.01.4200/RR, para apurar a ocorrência de plágio na tese de doutorado defendida por Ana Zuleide Barroso da Silva;

9.1.4. determinar à unidade de origem que adote as providências necessárias ao acompanhamento dos processos administrativo e judicial que tratam da matéria, com vistas ao prosseguimento do presente feito tão logo eles sejam concluídos

9.2. dar ciência deste acórdão à recorrente.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2097-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 018.509/2018-5

Natureza: Representação

Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero.

Interessado: Município de Uberlândia - MG (18.431.312/0001-15)

Representação legal: Ana Carolina Abdala Lavrador (96.881/OAB-MG) e outros, representando Município de Uberlândia - MG; Alex Zeidan dos Santos (19.546/OAB-DF) e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DE USO DE ÁREA NO AEROPORTO DE UBERLÂNDIA/MG. OITIVA PRÉVIA DA INFRAERO. EXIGÊNCIA INJUSTIFICADA DE ATESTADO DE VISITA DO LICITANTE. INEXISTÊNCIA DE



RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME NO CASO CONCRETO. INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. PROSSEGUIMENTO DA LICITAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo município de Uberlândia/MG a respeito de supostas irregularidades no edital de licitação 016/LALI-2/SBUL/2018, promovido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), cujo objeto é a concessão de uso de área, com investimento, para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto de Uberlândia/MG.

2. Em síntese, o representante apresenta os seguintes indícios de irregularidade: 1) incompetência da Infraero para deflagrar processo licitatório com fins de concessão de serviço público e de transferência de atividade-fim transvestida de concessão de uso de área pública, em desacordo com o art. 21, inciso XII, alínea “c”, da CF/1988; 2) impropriedade do regime licitatório estabelecido pela Lei 13.303/2016, em face do disposto no art. 175 da CF/1988 e nas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, bem como em toda regulamentação da própria Infraero; 3) insegurança jurídica derivada da concessão de serviço público segmentada, decorrente de licitação “fora da curva” do caminho da Secretaria Nacional de Aviação Civil e da Agência Nacional de Aviação Civil, além da redução da concorrência, em desacordo com a política federal de concessões referente aos sítios aeroportuários; e 4) incapacidade da Infraero em face dos desafios da nova economia e da sociedade tecnológica, além de adoção do modelo à revelia do município, em desacordo tanto com o Termo de Cooperação 002/2006/0038, firmado entre o município de Uberlândia/MG e a Infraero, quanto com o Plano Diretor de Uberlândia/MG.

3. Diante disso, o representante requer que o TCU suspenda o mencionado edital e declare como nulos todos os atos já praticados.

4. Em um primeiro momento, julguei mais prudente realizar a oitiva prévia da Infraero para decidir sobre a adoção de medida cautelar, a fim de possibilitar um exame mais acurado das irregularidades alegadas pelo representante, já que, dessa forma, mais informações imprescindíveis à confirmação da existência do *fumus boni iuris* e também do *periculum in mora* (inclusive o reverso para a Administração) estariam disponíveis (peça 35).

5. De posse da resposta da Infraero, a Secex-MG, unidade até então responsável pela instrução processual, formulou proposta de mérito pela improcedência da representação (peças 47-48), especialmente em face da seguinte conclusão:

“(...) considerando que as manifestações e documentos apresentados pela Infraero, inclusive do posicionamento favorável da ANAC (peça 31, p. 17-21), que demonstram a correção dos procedimentos adotados, no que diz respeito ao lançamento Edital de Licitação 016/LALI-2/SBUL/2018, considerando que a Infraero detém a administração da Infraestrutura aeroportuária do município de Uberlândia, portanto, pode e deve dispor sobre o respectivo patrimônio, sem que seja delegado seu mister principal, que é administração desse patrimônio, com objetivo de prover receitas necessárias a sua manutenção e crescimento, nos termos da Lei 5.862, de 12/12/1972.”

6. Após o parecer da Secex-MG, o município de Uberlândia/MG protocolizou uma manifestação “em face de novos fatos ocorridos após o protocolo da inicial da presente representação”, os quais reforçariam “a alegação na inicial de impropriedade do procedimento licitatório, restringindo a participação e direcionando o certame” (peças 49-63).

7. Em suma, o representante listou 11 licitações realizadas pela Infraero com o mesmo objeto, das quais 8 teriam tido apenas uma única licitante concorrente e todas teriam sido vencidas, individualmente ou em consórcio, pela mesma empresa, qual seja, Ponta Negra Soluções, Logísticas e Transportes Ltda. (06.522.265/0001-36), a indicar possível falha no modelo de negócio utilizado.



8. Além disso, o representante apontou que poderia haver conflito de interesse e dúvidas a respeito da real execução do objeto licitado, considerando a existência de lastro entre a empresa Porto Seco do Triângulo Ltda. (16.712.516/0001-07), administradora/gestora da Estação Aduaneira do Interior com sede no vizinho município de Uberaba/MG, e a precitada empresa Ponta Negra, uma vez que teriam sido parceiras em consórcio em outras licitações.

9. A seu turno, a Infraero também apresentou nova manifestação em relação ao teor da petição apresentada pelo representante *“com a finalidade de comprovar a regularidade do procedimento de Licitação 016/LALI2/SBUL/2018”* (peça 64).

10. Nesse ínterim, chegou ao meu conhecimento a existência do TC 015.498/2018-2, inicialmente autuado como consulta, decorrente de aprovação do requerimento 19/2018-CDR, de autoria do Senador Antônio Anastasia, o qual pede que o Tribunal esclareça *“se a Lei 8.987/1995, o Decreto 7.624/2011 e o Plano Geral de Outorga consubstanciam marco normativo suficiente para a assinatura de convênio entre a Secretaria Nacional de Aviação Civil e a Prefeitura de Uberlândia visando à concessão do Aeroporto Ten. Cel. Mário César Bombonato”*.

11. Ante essas considerações, acatando sugestão do Exmo. Min. Raimundo Carreiro, então presidente desta Corte, determinei a remessa dos autos à SeinfraRodoviaAviação para manifestação quanto ao pedido de medida cautelar, bem como da possível relação de dependência, conexão ou continência do presente processo com o mencionado TC 015.498/2018-2.

12. A secretaria especializada, em instrução à peça 71, manifesta entendimento integralmente alinhado ao da unidade que instruiu o feito anteriormente, no sentido da improcedência da representação no que tange aos fatos aduzidos pela representante na inicial.

13. Todavia, no que se refere à manifestação posterior da prefeitura de Uberlândia à peça 49, a unidade instrutora concluiu que, apesar de a Infraero ter dado ampla publicidade ao Edital em epígrafe, foi constatada a existência de cláusula editalícia supostamente restritiva à competitividade do certame, qual seja a obrigatoriedade injustificada de atestado de visita do licitante, o que, segundo ampla jurisprudência deste Tribunal, pode ensejar a anulação do processo licitatório, restando configurado o requisito do *fumus boni iuris*.

14. Por sua vez, entendeu que o *periculum in mora* reside no fato de que o objeto do certame poderia ser adjudicado a qualquer momento à empresa Ponta Negra, única proponente da referida licitação, que pode ter acontecido com restrição indevida à competitividade do processo.

15. Assim sendo, propôs determinar cautelarmente à Infraero que suspendesse o processo de licitação objeto do Edital 016/LALI-2/SBUL/2018 até decisão de mérito do TCU sobre os indícios de restrição indevida da concorrência do certame acima relatados, além de realização de oitiva da estatal para que se manifestasse sobre a exigência injustificada do atestado de visita das licitantes ao aeroporto.

16. No que tange aos demais fatos aduzidos pelo representante (preterição do Município de Uberlândia em favor do Município de Uberaba e possível direcionamento dos certames à empresa Ponta Negra), a SeinfraRodoviaAviação avaliou que não há subsídios que permitam chegar a tais conclusões.

17. Outrossim, quanto à demanda de análise da possível relação de dependência, conexão ou continência deste feito com o TC 015.498/2018-2, por mim aventada no bojo do despacho à peça 65, a SeinfraRodoviaAviação concluiu que, tanto em relação ao Novo Código de Processo Civil, quanto à Resolução TCU 259/2014, os processos não são conexos, não permitindo, portanto, o apensamento entre si.

18. Por meio de despacho à peça 74, manifestei-me de maneira integralmente aquiescente com a análise da unidade instrutora, à exceção da conclusão a respeito das novas informações trazidas pelo representante, pois entendi necessária a oitiva prévia da Infraero para que se esclarecesse a respeito da mencionada exigência de atestado de visita das licitantes ao aeroporto, uma vez que ainda não havia tido a oportunidade de se manifestar a respeito desse fato no bojo do presente processo.

19. Dessa forma, a Infraero apresentou resposta à oitiva prévia às peças 77 a 81.



20. O auditor responsável pela análise da oitiva apresentou manifestação à peça 82, na qual conclui pela presença dos pressupostos para a concessão de medida cautelar, com a anuência do titular da subunidade (peça 83), nos termos a seguir, com os devidos ajustes de forma:

“EXAME TÉCNICO

Argumentos da Infraero

14. Em resposta ao Ofício 0189/2019-TCU/SeinfraRodoviaAviação, a Infraero encaminhou o memorando SEDE-MEMO-2019/02736 (peça 78) e anexos, elaborado pela Superintendência de Desenvolvimento de Negócios em Soluções Logísticas, no qual esclarece que a referida exigência foi justificada e decidida por meio dos Memorandos 12473/DCSL(SLDP)/2017, de 20/12/2017, e 165/DCSL/2018, de 10/1/2018, bem como a Nota Jurídica 001/DJCN/2018, de 9/1/2018.

15. O Memorando 12473/DCSL(SLDP)/2017 solicitou a alteração nos editais de concessão dos Terminais de Carga à época já encaminhados à Superintendência para instauração do processo licitatório, bem como nos demais processos com o mesmo objeto, excluindo a possibilidade de se declinar da visita ao local objeto da licitação, passando então a ser critério obrigatório a apresentação do atestado de visita por parte dos licitantes.

16. Justificou que se fazia necessária tal regra por conta da necessidade de se tomar conhecimento das condições físicas e operacionais da área, eliminando eventual alegação futura de desconhecimento de adequações necessárias por parte dos licitantes.

17. Usou como exemplo o então concessionário do TECA de SBGO (Goiânia), que recentemente notificou a Superintendência a respeito de não concordância de realização de adequações necessárias ao cumprimento de requisitos de alfandegamento das áreas, o que certamente acarretaria em desgaste administrativo, com riscos de judicialização.

18. Por meio da Nota Jurídica 01/DJCN/2018 foi realizada a análise jurídica da possibilidade da obrigatoriedade do atestado de visita por parte dos licitantes, sem a possibilidade de substituição por declaração de que conhece as especificidades do objeto.

19. A conclusão foi de que tal exigência é considerada, pelo TCU, como medida excepcional, devendo ser objeto de exauriente exame e justificativa pela Administração.

20. Por fim, o Memorando 165/DCSL/2018, após considerar as conclusões dos documentos supracitados, ratificou e reiterou as informações contidas no Memorando 12473/DCSL(SLDP)/2017, considerando ser imprescindível a obrigatoriedade da apresentação do atestado de visita em epígrafe.

21. Assim, a Infraero concluiu que a obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita se justifica, considerando que atividades de logística de cargas em terminais alfandegados detêm processos de extrema peculiaridade, devido aos requisitos de alfandegamento dos recintos objetos de concessão, envolvendo o conhecimento das condições físicas e operacionais relativos à atividade.

Análise

22. Da análise dos documentos enviados pela Infraero, percebe-se que não há embasamento técnico e nem jurídico apto a justificar a implementação da obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita, sem a possibilidade de substituição por declaração de que conhece as especificidades do objeto licitado.

23. A Infraero argumenta que a ‘obrigatoriedade de apresentação do atestado se justifica, considerando que atividade de logística de cargas em terminais alfandegados detêm processos de extrema peculiaridade devido aos requisitos de alfandegamento dos recintos objetos de concessão’ (peça 79, p. 3) sem, no entanto, especificar quais processos seriam esses, e o porquê desses processos não poderem ser descritos no próprio edital, tendo o licitante que se deslocar até o local por uma exigência aparentemente injustificada.

24. Quanto à futura alegação de desconhecimento de adequações necessárias por parte dos licitantes, a declaração de que conhece as especificidades do objeto licitado tem justamente esse propósito, não podendo o licitante, após apresentar tal declaração, tentar se esquivar de obrigações alegando a falta de conhecimento.

25. Nesse sentido, a própria Nota Jurídica enviada pela Infraero traz jurisprudência do TCU que contradiz essa posição da infraero (peça 79, p. 9), e conclui:

‘Nota-se, assim, que o TCU admite a exigência apenas em situações excepcionais, devidamente avaliadas e fundamentadas nos autos.’

26. Tal jurisprudência foi amplamente demonstrada na instrução anterior desta unidade técnica (peça 71, p. 16 e 17):

‘92. A exigência indevida do atestado de visita foi assim abordada pelo Tribunal por meio do Acórdão 1.823/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues:



9.7. dar ciência à (...) :

9.7.1. De que são irregularidades que podem ensejar a anulação do certame as seguintes:

(...)

9.7.4. A exigência de ‘atestado de visita técnica’ sem a devida motivação e sem franquear às licitantes a alternativa de apresentação de declaração de opção de não realizar a vistoria, sem prejuízo da consecução do objeto, em desacordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal; com o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993 e com a Jurisprudência do TCU (Acórdãos 655/2016, 656/2016, 234/2015, 1.955/2014, 1.604/2014, 714/2014, 1.731/2008, todos do Plenário do TCU)

93. Assim como no Acórdão 212/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro José Mucio Monteiro:

A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos.

94. Tal entendimento também está exposto no voto condutor do Acórdão 2.672/2016-TCU Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

50. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não como uma obrigação imposta pela Administração. Essa é a melhor interpretação do art. 30, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos. Tais visitas devem ser facultadas aos participantes do certame, pois têm por objetivo servir de subsídio à elaboração da proposta de preços e dirimir eventuais dúvidas acerca dos projetos e demais elementos que compõem o edital.’

27. Conclui-se então que não há justificativa para a existência de tal cláusula editalícia restritiva de concorrência. Dessa forma, estão presentes os pressupostos para concessão da medida cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

28. A fumaça do bom direito está caracterizada pela cláusula que gerou limitação na concorrência do certame e que, conforme farta jurisprudência do TCU, pode ensejar anulação do edital.

29. Já o perigo da demora está presente, uma vez que o objeto do Edital 016/LALI-2/SBUL/2018 pode ser adjudicado a qualquer momento à empresa Ponta Negra, única proponente da referida licitação, que pode ter ocorrido com restrição indevida à competitividade do processo.

30. Propõe-se assim, com fundamento no art. 276 do Regimento interno do TCU, determinar cautelarmente à Infraero que que suspenda os atos decorrentes do processo licitatório objeto do Edital 016/LALI-2/SBUL/2018 até a decisão de mérito do TCU.

CONCLUSÃO

31. A presente representação já foi conhecida pelo Ministro relator (peça 35), com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso III e parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

32. A justificativa da Infraero não foi apta a demonstrar a necessidade da introdução da cláusula de obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita, sem possibilidade de substituição por declaração de conhecimento do objeto, restringindo assim a concorrência e em clara afronta à jurisprudência consolidada deste Tribunal.

33. Não havendo justificativa para tal cláusula, e considerando que o objeto pode ser adjudicado a qualquer momento à empresa Ponta Negra, estão presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar. Propõe-se assim determinar cautelarmente à Infraero que suspenda os atos decorrentes do processo licitatório objeto do Edital 016/LALI-2/SBUL/2018 até a decisão de mérito do TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

34. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU, determinar cautelarmente à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) que suspenda os atos decorrentes do processo licitatório objeto do Edital 016/LALI-2/SBUL/2018, até a decisão de mérito desta representação;

b) com fundamento no § 3º do art. 276 do Regimento Interno do TCU, determinar a oitiva da Infraero, para que se pronuncie, em até quinze dias, sobre a exigência injustificada constante no Edital 016/LALI-2/SBUL/2018, por parte da estatal, do atestado de visita das licitantes ao aeroporto de Uberlândia/MG, em afronta à Constituição Federal, art. 37, inciso XXI; à Lei 8.666/1993, art. 3º, §1º; e à farta Jurisprudência do TCU, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação dos atos decorrentes do referido certame, caso não seja apresentada manifestação ou esta não seja acolhida;

c) encaminhar cópias da presente instrução, do relatório, voto e acórdão que vierem a ser prolatados à



Infraero, a fim de subsidiar as manifestações a serem requeridas;

d) comunicar ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.”

21. Por sua vez, o secretário da SeinfraRodoviaAviação espousa opinião diversa, uma vez que entende que o estado do processo já comporta formulação de proposta de mérito, *in verbis*:

“A instrução lançada à peça 83 analisou a resposta da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) à oitiva prévia prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno do TCU, determinada pelo relator à peça 74. A empresa foi instada a se manifestar acerca das possíveis irregularidades identificadas nos atos referentes à licitação 016/LALI-2/SBUL/2018, certame visando a concessão de uso de área, com investimento, para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto de Uberlândia.

Na ocasião, solicitou-se que a Infraero abordasse os fatos tratados nos parágrafos 82 a 112 da instrução à peça 71 e no despacho à peça 74, acompanhados da devida comprovação documental, **especialmente no que tange à suposta restrição indevida da concorrência na aludida licitação.**

Para maior clareza, a peça 71 trata de instrução de auditor desta unidade técnica em que, no trecho mencionado, aborda as ‘Novas informações da representante - o histórico de licitações realizadas pela Infraero referente ao mesmo objeto demonstrou a participação e êxito, quase que exclusivo, da empresa Ponta Negra Soluções, Logísticas e Transportes LTDA’. Após analisar os argumentos do representante e da empresa pública, com foco na existência de cláusula restritiva de concorrência, propôs a adoção de medida cautelar para suspensão do certame. Por seu turno, o relator decidiu por realizar oitiva prévia da Infraero.

Em síntese, a análise da resposta apresentada concluiu que a justificativa da Infraero **não** foi ‘apta a demonstrar a necessidade da introdução da cláusula de obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita, sem possibilidade de substituição por declaração de conhecimento do objeto, restringindo assim a concorrência e em clara afronta à jurisprudência consolidada deste Tribunal’.

Manifesto-me de acordo com a primeira parte da conclusão, uma vez que a Infraero considerou que sua manifestação (peças 78 a 81) deveria se restringir sobre a exigência de atestado de visita. Nesse diapasão, avaliou que tal exigência já havia sido justificada e decidida por meio do Memorando Nº 12473/DCSL(SLDP)/2017, de 20/12/2017, e Memorando Nº 165/DCSL/2018, de 10/1/2108.

Compulsando tais documentos, verifica-se que o primeiro assevera que a apresentação do atestado de visita passa a ser critério obrigatório uma vez que seria necessário o conhecimento, por parte dos licitantes, das condições físicas e operacionais da área, em especial aos requisitos de alfandegamento exigidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que eliminaria eventual alegação futura de desconhecimento de adequações necessárias por parte dos licitantes. E, nessa linha, para exemplificar, cita caso do concessionário do Terminal de Carga (TECA) do aeroporto de Goiânia.

Já o segundo argumenta que a obrigatoriedade se justifica, pois a atividade de logística de cargas em terminais alfandegados detém ‘processos de extrema peculiaridade devido aos requisitos de alfandegamentos dos recintos objetos de concessão, envolvendo o conhecimento das condições físicas e operacionais relativos a atividade’.

Como abordado na análise do auditor, os documentos não especificam quais seriam os requisitos de alfandegamento que demandariam processos de extrema peculiaridade, nem o porquê desses processos não poderem ser descritos no próprio edital. Assim, não atendem à necessidade de a exigência de visita ser devidamente fundamentada nos autos, como havia sido alertado inclusive pela própria consultoria jurídica da empresa (peça 79, p. 9).

Vale notar que, conforme o croqui disponibilizado aos licitantes (peça 6), a área a ser concedida não possui qualquer benfeitoria, tratando-se de terreno com vegetação baixa, tendo em vista situar-se dentro de sítio aeroportuário. Tal fato corrobora a ideia de que a visita ao local não teria o condão de esclarecer aos licitantes eventuais dúvidas sobre os alegados processos de extrema peculiaridade a serem atendidos.

Ademais, o caso do aeroporto de Goiânia não socorre a Infraero, pois o mencionado pleito da concessionária do TECA carece de embasamento, uma vez que o edital de licitação 009/LALI/SBGO/2016 (http://licitacao.infraero.gov.br/arquivos_licitacao/2016/SEDE/009_LALI_SBGO_2016_LI/Edital.pdf) foi claro ao solicitar a apresentação de atestado de visita ou, alternativamente, declaração da licitante ‘assumindo, incondicionalmente, a RESPONSABILIDADE de executar a atividade, bem como, se for o caso, as adequações necessárias na área sob concessão para o pleno desenvolvimento da mesma, em conformidade com todas as condições e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos’.

Em consulta ao sítio eletrônico de licitações da Infraero, verifica-se que a empresa vencedora do certame

goiano declinou da visita, comprometendo-se e assumindo ‘incondicionalmente a responsabilidade de executar atividade objeto da licitação e as adequações necessárias em conformidade com todas as condições e exigências estabelecidas no Edital e seus Anexos’.

Quanto à restrição da concorrência, conforme já abordado na instrução à peça 71, apesar da divulgação dada ao certame pela estatal, houve apenas uma licitante que ocorreu ao chamamento. Assim, não se pode descartar a possibilidade de que efetivamente tenha havido mácula ao procedimento. Também digno de nota que a empresa vencedora do certame de Uberlândia sagrou-se vencedora em oito das treze licitações em que a obrigatoriedade do atestado constou como cláusula editalícia.

No que tange ao entendimento deste Tribunal de Contas, é remansosa a jurisprudência no sentido de considerar indevida a exigência exclusiva de atestado de visita, como os já citados Acórdãos 1.823/2017 (Ministro Walton Alencar), 212/2017 (Ministro José Múcio) e 2.672/2016 (Ministro Benjamin Zymler), todos do Plenário, entre outros.

Ocorre que a restrição à competitividade decorrente da inserção da cláusula em comento é uma possibilidade. Materializa-se no momento em que um interessado deixa de participar do certame tendo em vista não ocorrer previamente ao local de execução dos serviços, ou é desclassificado por não apresentar o atestado considerado imprescindível.

Com esse pensamento, e conforme indica a já aduzida jurisprudência do TCU, a restrição estaria mitigada com a possibilidade de apresentação da retrocitada declaração por parte das licitantes. Como a instrução pretérita (peça 71, § 96) citou que a Infraero anteriormente aceitava essa declaração, buscou-se avaliar o resultado não só dos certames comentados pelo representante, como também dos mais antigos. Nessa senda, analisando as licitações publicadas pela Infraero para concessões semelhantes em diversos aeroportos brasileiros, no período de 2016 a 2018 - 22 certames - pode-se elaborar o quadro a seguir, ordenado pela data de abertura das propostas, da mais recente para a mais antiga:

Nº do Processo	Localidade	Data da Abertura	Obrigatoriedade de Visita	Participantes
030/LALI-2/SBBE/2017	Belém	29/10/2018	Sim	2
017/LALI-2/SBUG/2018	Uruguaiana	01/10/2018	Sim	1
016/LALI-2/SBUL/2018	Uberlândia	18/06/2018	Sim	1
013/LALI-2/SBPJ/2018	Palmas	16/05/2018	Sim	1
010/LALI-2/SBSL/2018	São Luís	15/05/2018	Sim	1
001/LALI-2/SBMT/2018	Campo Marte/SP	17/04/2018	Sim	Adiada
004/LALI-2/SBJV/2018	Joinville	01/03/2018	Sim	3
003/LALI-2/SBNF/2018	Navegantes	28/02/2018	Sim	1
024/LALI-2/SBTE/2017	Teresina	07/02/2018	Não	3 **
025/LALI-2/SBJP/2017	João Pessoa	05/02/2018	Sim	3 *
041/LALI-2/SBBV/2017	Boa Vista	02/02/2018	Sim	3 **
032/LALI-2/SBMQ/2017	Macapá	31/01/2018	Sim	1
028/LALI-2/SBLO/2017	Londrina	25/01/2018	Sim	2 **
026/LALI-2/SBPL/2017	Petrolina	23/01/2018	Sim	2 **
010/LALI-2/SBEG/2017	Manaus	23/08/2017	Não	3 *
009/LALI-2/SBJV/2017	Joinville	14/08/2017	Não	Revogada



007/LALI/SBNF /2017	Navegant es	22/06/2 017	Não	Desert a
006/LALI/SBRF /2017	Recife	02/06/2 017	Não	1
005/LALI/SBSJ/ 2017	São José dos Campos	24/03/2 017	Não	1
004/LALI/SBVT /2017	Vitória	24/03/2 017	Não	1
001/LALI/SBCT /2017	Curitiba	24/02/2 017	Não	2
009/LALI/SBG O/2016	Goiânia	07/02/2 017	Não	1

* - apesar de abertas as propostas, a licitação foi revogada posteriormente

** - o número de participantes, obtido em consulta às atas existentes no sítio eletrônico licitações-e do Banco Brasil, plataforma de realização dos certames, difere do apresentado pelo representante em sua documentação complementar (peça 49, p. 2)

Percebe-se que, tanto nos treze certames em que houve a obrigatoriedade de visita, quanto nos outros nove em que foi facultado apresentar declaração, a participação de empresas foi pequena, com média de 1,74 licitantes por certame (total de 33 participantes em dezenove disputas) e com no máximo três participantes em cada. Ademais, a atuação maior de licitantes - dois ou três - ocorreu em ambos os casos. Assim, não se consegue identificar comportamentos diferentes dos licitantes frente aos dois casos, não sendo possível concluir, no caso concreto, que a adoção da cláusula em comento tenha efetivamente levado à combatida restrição.

Por outro lado, considerando que a Infraero já se manifestou sobre a obrigação de apresentação de atestado, esclarecendo que considerava a exigência justificada e decidida por meio dos memorandos citados alhures, avalio que o estado do processo já comporta formulação de proposta de mérito.

Do exposto, encaminham-se os autos ao gabinete do relator, Exmo. Sr. Ministro Bruno Dantas, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la improcedente;

b) indeferir a medida cautelar proposta anteriormente, com fulcro no art. 276, § 6º, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista a ausência dos seus fundamentos no caso concreto;

c) determinar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que, doravante, em seus editais de licitação, abstenha-se de exigir apresentação de atestado de visita ao local de execução das obras ou serviços, facultando aos licitantes apresentarem declaração de que conhecem as condições sob as quais o objeto será executado, assumindo total responsabilidade por sua realização, em observância ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/93;

d) comunicar ao representante e à Infraero a decisão que vier a ser adotada; e

e) arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação formulada pelo município de Uberlândia/MG a respeito de supostas irregularidades no edital de licitação 016/LALI-2/SBUL/2018, promovido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), cujo objeto é a concessão de uso de área, com investimento, para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto de Uberlândia/MG.

22. Em um primeiro momento, o representante apresenta uma série de indícios de irregularidades, as quais, resumidamente, se referem à: i) incompetência da Infraero para deflagrar processo licitatório com fins de concessão de serviço público e de transferência de atividade-fim transvestida de concessão de uso de área pública; ii) impropriedade do regime licitatório estabelecido pela Lei 13.303/2016; iii) insegurança jurídica derivada da concessão de serviço público segmentada, decorrente de licitação “fora da curva” do caminho da Secretaria Nacional de Aviação Civil e da



Agência Nacional de Aviação Civil, além da redução da concorrência, em desacordo com a política federal de concessões referente aos sítios aeroportuários; e iv) incapacidade da Infraero em face dos desafios da nova economia e da sociedade tecnológica, além de adoção do modelo à revelia do município, em desacordo tanto com o Termo de Cooperação 002/2006/0038, firmado entre o Município de Uberlândia/MG e a Infraero, quanto com o Plano Diretor de Uberlândia/MG.

23. Diante desse quadro, o representante requer que o TCU suspenda o mencionado edital e declare como nulos todos os atos já praticados.

24. Após oitiva prévia da Infraero e manifestação da Secex/MG pela improcedência da representação, o Município de Uberlândia acostou aos autos novas informações em razão de ocorrências que reforçariam o argumento de impropriedade do procedimento licitatório, restringindo a participação e direcionando o certame.

25. Entre outras alegações, o representante listou 11 licitações realizadas pela Infraero com o mesmo objeto, das quais 8 teriam tido apenas uma única licitante concorrente e todas teriam sido vencidas, individualmente ou em consórcio, pela mesma empresa, qual seja, Ponta Negra Soluções, Logísticas e Transportes Ltda. (06.522.265/0001-36), a indicar possível falha no modelo de negócio utilizado.

26. Em face da aparente mudança de cenário, determinei a remessa dos autos à SeinfraRodoviaAviação para manifestação quanto ao pedido de medida cautelar, bem como quanto aos demais pontos aventados na inicial e, ainda, no que se refere à possível relação de dependência, conexão ou continência do presente processo com o TC 015.498/2018-2, que também versa sobre o aeroporto da cidade mineira.

27. Assim, a unidade instrutora, ao passo que aquiesceu à proposta da Secex/MG quanto às circunstâncias trazidas pela representante na inicial, entendeu que os fatos posteriores apresentados pela prefeitura de Uberlândia ensejariam a adoção de medida cautelar de suspensão do processo licitatório, uma vez constatada a existência de cláusula editalícia supostamente restritiva à competitividade do certame, qual seja a obrigatoriedade injustificada de atestado de visita do licitante, restando configurado o requisito do *fumus boni iuris*.

28. Por sua vez, entendeu que o *periculum in mora* reside no fato de que o objeto do certame poderia ser adjudicado a qualquer momento à empresa Ponta Negra, única proponente da referida licitação, que pode ter acontecido com restrição indevida à competitividade do processo.

29. No que tange aos demais fatos aduzidos pelo representante, a SeinfraRodoviaAviação avaliou que não há subsídios que permitam chegar a tais conclusões.

30. Outrossim, quanto à demanda de análise da possível relação de dependência, conexão ou continência deste feito com o TC 015.498/2018-2, a SeinfraRodoviaAviação concluiu que, tanto em relação ao Novo Código de Processo Civil, quanto à Resolução TCU 259/2014, os processos não são conexos, não permitindo, portanto, o apensamento entre si.

31. Por meio de despacho à peça 74, manifestei-me de maneira integralmente aquiescente com a análise da unidade instrutora, à exceção da conclusão a respeito das novas informações trazidas pelo representante, pois entendi necessária a oitiva prévia da Infraero para que se esclarecesse a respeito da mencionada exigência de atestado de visita das licitantes ao aeroporto, uma vez que ainda não havia tido a oportunidade de se manifestar a respeito desse fato no bojo do presente processo.

II

32. De posse da resposta da Infraero, o auditor responsável pela instrução do feito apresentou manifestação na qual entende que os argumentos da estatal não foram capazes de demonstrar a necessidade da introdução da cláusula de obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita, sem possibilidade de substituição por declaração de conhecimento do objeto, o que seguramente gera restrição da concorrência, claramente em afronta à jurisprudência consolidada deste Tribunal.

33. Em face da ausência de justificativa para tal cláusula, e considerando que o objeto pode ser adjudicado a qualquer momento à empresa Ponta Negra, o auditor conclui pela presença dos

pressupostos para a concessão de medida cautelar de suspensão dos atos decorrentes do processo licitatório em epígrafe até a decisão de mérito do TCU.

34. O titular da secretaria especializada, por sua vez, a despeito de concordar que é de fato indevida a exigência **exclusiva** de atestado de visita, em linha com a vasta jurisprudência desta Corte, perfilha entendimento de que a restrição à competitividade decorrente da inserção da cláusula em comento é uma possibilidade, materializando-se no momento em que um interessado deixa de participar do certame tendo em vista não acorrer previamente ao local de execução dos serviços, ou é desclassificado por não apresentar o atestado considerado imprescindível.

35. Mitiga-se tal limitação com a possibilidade de apresentação da declaração, por parte das licitantes, de conhecimento do objeto, o que ocorreu em 9 das 22 licitações publicadas pela Infraero para concessões semelhantes em diversos aeroportos brasileiros, no período de 2016 a 2018.

36. Assim, não obstante tal alternativa de apresentação da mencionada declaração ter sido facultada aos licitantes nesses nove certames, a baixa média de participação de empresas foi aproximadamente a mesma dos demais treze procedimentos licitatórios que contaram com a exigência **exclusiva** de atestado de visita. Além disso, a participação máxima de licitantes (três) ocorreu em ambos os casos.

37. Isso posto, conclui que não foram identificados comportamentos diferentes dos licitantes frente aos dois casos, não sendo possível afirmar, no caso concreto, que a adoção da cláusula em comento tenha efetivamente levado à combatida restrição.

38. Nesse contexto, entende que o estado do processo já comporta formulação de proposta de mérito, no sentido de indeferir a medida cautelar proposta anteriormente, tendo em vista a ausência dos seus fundamentos no caso concreto, além de determinar à Infraero que se abstenha de exigir apresentação de atestado de visita ao local de execução das obras ou serviços nos próximos certames, possibilitando aos licitantes, alternativamente, a apresentação de declaração de que conhecem as condições sob as quais o objeto será executado, assumindo total responsabilidade por sua realização.

III

39. Corroboro integralmente a análise empreendida pelo titular da unidade instrutora, razão pela qual incorporo os fundamentos apresentados às minhas razões de decidir, sem prejuízo das breves considerações que a seguir exponho.

40. Primeiramente, e em linha com ambas as análises (auditor e titular da unidade), de fato os argumentos da Infraero não logram justificar a implementação da obrigatoriedade de apresentação do atestado de visita, sem a possibilidade de substituição por declaração de conhecimento das especificidades do objeto licitado.

41. Com efeito, a exigência de atestado de visita técnica sem a devida motivação e sem franquear às licitantes a alternativa de apresentação de declaração de opção de não realizar a vistoria está em desacordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal; com o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993 e com a Jurisprudência do TCU, a exemplos dos Acórdãos 1.823/2017, 212/2017, 2.672/2016, 655/2016, entre outros.

42. Ademais, vale trazer o enunciado do Acórdão 2.441/2017 – Plenário, que afirma que as cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica.

43. No caso em exame, os documentos que, de acordo com a Infraero, conteriam as justificativas para tal exigência são os Memorandos 12473/DCSL (SLDP)/2017, de 20/12/2017 e 165/DCSL/2018, de 10/1/2108. Segundo a consultoria jurídica da estatal (peça 79), o conteúdo dos mencionados documentos não atende à necessidade de a exigência de visita ser devidamente motivada nos autos, devendo a área gestora interessada refletir sobre as alternativas de complementação da fundamentação ou retirada da imposição contratual.

44. A unidade instrutora espousa o entendimento da consultoria jurídica da Infraero, concluindo que a visita ao local não teria o condão de esclarecer aos licitantes eventuais dúvidas sobre os alegados

processos de extrema especialização a serem atendidos, tendo em vista, principalmente, as peculiaridades da área a ser concedida (terreno com vegetação baixa, sem qualquer benfeitoria, tendo em vista situar-se dentro de sítio aeroportuário).

45. A despeito dessa impropriedade, vislumbro que a hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada sob a ótica exclusivamente jurídica e teórica, mas deve ser avaliada com base nos parâmetros do caso concreto, cabendo apurar, na prática, se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame, exatamente como procedeu o secretário da SeinfraRodoviaAviação em sua análise.

46. Tal constatação encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2.066/2016, 3.306/2014 e 481/2008, todos do Plenário.

47. Assim sendo, estou de acordo com o posicionamento do titular da unidade, o qual concluiu que não há como afirmar que a adoção da cláusula de exigência de visita técnica tenha efetivamente levado à combatida restrição, motivo pelo qual entendo razoável o prosseguimento do certame licitatório, uma vez que os pressupostos que ensejaram a sua suspensão cautelar não mais subsistem, sem prejuízo da determinação proposta.

48. Por fim, muito embora aquiesça ao encaminhamento da SeinfraRodoviaAviação no caso concreto, reputo relevante que a mencionada secretaria, em conjunto com o Relator dos processos envolvendo a unidade jurisdicionada em análise, avalie a conveniência e oportunidade de instituir ação de controle específica com o intuito de verificar os fatos aqui tratados de maneira mais abrangente, tendo em vista a opção governamental de conceder a exploração dos aeroportos e o fato de uma mesma empresa (Ponta Negra) ter vencido todas as onze licitações realizadas pela Infraero com o mesmo objeto, das quais oito tiveram uma única licitante concorrendo.

49. Com isso, espera-se averiguar possível lacuna no modelo de negócio adotado, além de aprimorar os certames cujo objeto englobe a concessão de uso de área nos aeroportos operados pela empresa pública.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado, registrando que o Plenário acolheu proposta do Ministro Raimundo Carreiro dando nova redação para o subitem 9.4 da deliberação.

ACÓRDÃO Nº 2098/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 018.509/2018-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Município de Uberlândia - MG (18.431.312/0001-15).
4. Entidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação).
8. Representação legal:
 - 8.1. Ana Carolina Abdala Lavrador (96.881/OAB-MG) e outros, representando Município de Uberlândia - MG.
 - 8.2. Alex Zeidan dos Santos (19.546/OAB-DF) e outros, representando Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero).
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo município de Uberlândia/MG a respeito de supostas irregularidades no edital de licitação 016/LALI-2/SBUL/2018,



promovido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), cujo objeto é a concessão de uso de área, com investimento, para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto de Uberlândia/MG.

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

9.1. considerar improcedente a presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014,

9.2. indeferir a medida cautelar proposta anteriormente, com fulcro no art. 276, § 6º, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista a ausência dos seus fundamentos no caso concreto;

9.3. determinar à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que, doravante, em seus editais de licitação, abstenha-se de exigir apresentação de atestado de visita ao local de execução das obras ou serviços, facultando aos licitantes apresentarem declaração de que conhecem as condições sob as quais o objeto será executado, assumindo total responsabilidade por sua realização, em observância ao art. 30, inciso III, da Lei 8.666/93;

9.4. orientar a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil que autue ação de controle específica com o intuito de verificar de maneira mais abrangente os fatos constatados nestes autos;

9.5. dar ciência deste acórdão ao representante e à Infraero; e

9.6. arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2098-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 017.107/2015-6 [Aposos: TC 033.954/2018-6, TC 008.835/2018-7]

Natureza: Embargos de Declaração (Relatório de Auditoria).

Recorrentes: Luiz Roberto Giugni (047.367.558-73), Andrew George William Parsons (052.420.207-92) e Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68).

Representação Legal: Wladimir Vinycius de Moraes Camargos (OAB/DF 39.918) e Pedro Henrique Rebello de Mendonça (OAB/RJ 149.272).

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RELATÓRIO DE AUDITORIA. CONHECIMENTO. ACOLHIMENTO DE UM DOS EMBARGOS. ACOLHIMENTO PARCIAL DE OUTROS DOIS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO



Cuida-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, presidente da Confederação Brasileira de Hipismo/CBH, Andrew George William Parsons, presidente do Comitê Paralímpico Brasileiro/CPB e Marcela Frias Pimentel Parsons, executora de convênios no âmbito da CBH, em face do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário.

2. O referido *decisum* (peça 174), ao apreciar relatório de auditoria realizada na CBH com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos provenientes da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), alterada pela Lei 10.264/2001 (Lei Agnelo/Piva), aplicou multa aos embargantes, em razão:

(a) Luiz Roberto Giugni: contratação de empresas ligadas a empregados; contratação e pagamento de serviços/produtos contratados e entregues insuficientemente detalhados; prática de ato antieconômico na aquisição de material de premiação e irregularidades na contratação e execução contratual de empresa de turismo;

(b) Andrew George William Parsons: pela celebração de convênios com o CPB, cuja executora foi sua cônjuge;

(c) Marcela Frias Pimentel Parsons: pela gestão de convênios celebrados entre a CBH e o CPB, cujo dirigente era seu cônjuge, bem assim pela utilização de recursos de convênios para arcar com viagem em classe executiva (duas viagens).

3. O Sr. Giugni alega a existência de omissão e contradição no acórdão embargado, nos seguintes termos (peça 203):

(...)

A contradição se consubstancia na medida em que o voto condutor invoca o art. 160, § 3º para deixar de acolher os elementos acostados às peças 166 a 171, quando tal dispositivo tem como essência fundamentar justamente o seu acolhimento. Em consequência disso, constata-se a omissão: o acórdão deixou de considerar diversos documentos e razões presentes nas referidas peças, e que certamente são fundamentais ao deslinde do processo.

Essa omissão se agrava à luz de dois dos princípios fundamentais consagrados por esse egrégio Tribunal de Contas da União: a verdade material e o formalismo moderado. A conjunção de ambos autoriza e até recomenda o acolhimento de todos os documentos acostados pelas partes aos autos. Nesta linha, vale trazer à baila o ensinamento de Jacoby Fernandes: "Entre esses dois extremos, de considerar apenas o que foi trazido para os autos no momento oportuno à satisfação do ônus da prova e aceitar a verdade provada a qualquer tempo, o processo administrativo adotou o segundo princípio (...)".

No mesmo sentido consolidou-se a jurisprudência dessa colenda Corte de Contas, admitindo até mesmo a apresentação de defesas intempestivas - o que, diga-se, não foi o caso no presente processo.

(...)

Ademais, a descon sideração da documentação apresentada também consubstancia afronta ao princípio da ampla defesa, consagrado como direito fundamental pelo art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Afinal, negou-se ao Recorrente o direito de ter examinados por essa egrégia Corte documentos indispensáveis à resolução do mérito, e que contribuiriam decisivamente para demonstrar a regularidade de seus atos. Destarte, fica desde já prequestionada esta matéria constitucional, para fins de aplicação do art. 1.025 do CPC.

Não se justifica sob nenhum prisma, pois, a omissão do acórdão embargado em relação aos elementos acostados às peças 166 a 171. Mais do que isso: a supressão de tal omissão faz-se absolutamente necessária para o adequado deslinde processual em busca da verdade material dos fatos, que certamente ensejará a modificação do acórdão (...).

(...)

O item 9.5 do acórdão, que embasa a aplicação da multa prevista no item 9.10, também indica a rejeição das razões de justificativa do Embargante quanto a suposto fracionamento de despesas. Contudo, essa disposição não encontra supedâneo no voto exarado pelo Ministro Relator, que asseverou o seguinte:

60. Apesar de o fracionamento, com fuga à licitação, ser condenável e configurar, como ressaltou o órgão instrutivo, no mínimo, falta de adequado planejamento, pondero que o entendimento esposado pelo responsável não é desarrazoado, quando se trata de vários convênios, não obstante a previsão de mesma despesa. Não se configura, no caso, s.m.j., o fracionamento de despesa clássico. (...)

61. Desta forma, divirjo da aplicação da multa proposta em relação ao fato, mas propugno a expedição de recomendação à CBH para que adote as providências necessárias para que, quando na gestão de recursos públicos, ainda que atinentes a convênios distintos, as aquisições de mesmo produtos/serviços sejam realizados

a partir de uma licitação única, a não ser que fique demonstrado que o parcelamento seja hipótese mais vantajosa (com a manutenção do ganho em estala, por exemplo). (grifos nossos)

O trecho acima transcrito não deixa dúvidas de que o voto condutor do acórdão acolheu as razões de justificativa apresentadas pelo Embargante, reconhecendo-as expressamente como razoáveis. Mais: afirma textualmente não ter se configurado o "fracionamento de despesa clássico". Por conseguinte, o relator divergiu da unidade técnica, negando a aplicação de multa e se limitando a expedir recomendação à CBH.

Ora, o dispositivo do acórdão aponta na direção diametralmente oposta, sugerindo, de forma equivocada, que as razões de justificativa em relação a este ponto teriam sido rejeitadas. Esta é a contradição cujo saneamento se impõe, de modo que se ratifique o acolhimento das razões de justificativa do Embargante quanto a suposto fracionamento de despesas. Como consequência, também deverá ser impactado o item 9.10, com a redução do valor da multa ali indicado.

Além dos pontos acima expostos, o item 9.5 do acórdão também expõe a rejeição das razões de justificativa do Embargante quanto à "execução contratual de empresa de turismo, no tocante à ausência de exigência de garantia contratual". Este excerto, por si só, já se revela obscuro: a segunda parte do trecho sugere que o único fundamento para rejeição da justificativa relacionada ao contrato da empresa de turismo é a ausência de exigência de garantia contratual. No entanto, a detida análise do voto que instrui o acórdão evidencia outra obscuridade, bem como clara omissão. Quanto a esta última; vale transcrever o item 85 do voto:

85. O primeiro questionamento foi a contratação da referida empresa, sem exigir a prestação de garantia de execução do contrato por parte da contratada, no percentual de 5% do valor do contrato. Para o fato, o responsável nada alegou'.

Isso foi tudo o que o voto dispôs acerca da suposta irregularidade relativa à ausência de exigência de garantia contratual. Não há nenhuma outra ponderação acerca desse fato, de modo que se configura omissão quanto aos fundamentos que ensejaram a inclusão deste aspecto no item 9.5; do acórdão. Tal omissão repercute, inclusive, em ausência de fundamentação, ao arrepio do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, que preconiza:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso)

Mesmo não sendo o Tribunal de Contas da União um órgão do Judiciário, é consagrado que as regras do dispositivo constitucional acima mencionado se apliquem a seus julgamentos. Neste sentido, consubstancia-se aqui o prequestionamento desta matéria constitucional, para fins de aplicação do art. 1.025 do CPC.

Muito embora o dispositivo do acórdão sugira que o único ponto rejeitado em relação à empresa de turismo tenha sido a ausência de exigência de garantia contratual (sobre o qual, repita-se, paira grave omissão), o voto condutor aborda longamente a assinatura de termo aditivo ao referido contrato. E no exame dessa análise - que vai do item 86 ao item 93 -, verifica-se importante obscuridade. Vejamos, a propósito, os seguintes excertos:

86. O segundo ponto se refere à assinatura, em 13/2/2013, de termo aditivo alterando parâmetros de cobrança dos serviços, por solicitação da VL Empreendimentos, bem assim às três prorrogações contratuais, sem comprovar a manutenção da economicidade do contrato, contrariando o princípio da economicidade.

87. Registro que o contrato original previa cobrança de taxa de 3,8% sobre o valor dos bilhetes, considerando o desconto repassado à contratada de 6,2%. E, a partir da alteração no contrato, a agência passou a receber a taxa fixa de R\$ 30,00 por cada transação aérea realizada (emissão, remarcação ou alteração). A equipe de auditoria, à época, ponderou que a entidade não comprovou a realização de qualquer análise no sentido de comprovar a manutenção da economicidade após essa alteração. Exemplificou possível consequência desvantajosa, no caso de uma passagem no valor de R\$ 500,00, onde a empresa que receberia R\$ 19,00, com o parâmetro inicial, passaria a receber R\$ 30,00 com a nova regra de remuneração.

(...)

90. Todavia, em seu exame, o órgão instrutivo, considerando a justificativa do responsável e o novo modelo de remuneração pactuado, ressaltou que este, em tese, seria mais oneroso à contratada, uma vez que a média de valores de trechos internacionais é superior a mil reais, o que a levou a inferir que os aditivos seriam inexecutáveis (...). (...)



(...)

92. Com razão órgão instrutivo. Apesar de aparentemente mais vantajoso para a CBH a nova sistemática de remuneração, a partir de um rápido exame, não parece razoável admiti-lo. Vejo que na correspondência encaminhada pela VL à CBH, em 2013 (peça 29, p. 39), quando ela solicitou a alteração em discussão, a motivação foi justamente evitar a "quebra da empresa". Assim, admitir que manteriam a execução contratual em condições menos vantajosas que a anterior não encontra sintonia na afirmativa da empresa, no referido expediente; no sentido de que "se não tivermos a vossa compreensão para, que seja mantido o equilíbrio contratual, infelizmente, não teremos outra opção senão interromper os serviços prestados, sob pena de enfrentarmos imediatos e irreversíveis prejuízo".

93.. Isto posto, entendo, na esteira da unidade técnica, que o responsável não logrou sanar a irregularidade inicialmente aventada, comprovando efetivamente a manutenção da economicidade do contrato.

O item 86 delimita o escopo da audiência realizada junto ao Embargante, em consonância com o item 9.2.2.6 do Acórdão 931/2016-TCUPlenário: a verificação da manutenção da economicidade do contrato após a celebração do termo aditivo. Em outras palavras, foi determinada naquele acórdão a audiência do ora embargante para que pudesse demonstrar que o referido termo aditivo ensejava vantagem econômica à CBH. Este escopo é ratificado pelo item 87, que assevera ter a equipe de auditoria, à época, encontrado indícios de que o aditamento implicaria em maiores custos para a Confederação.

Não obstante, restou demonstrado nos autos, consoante expressamente reconhecido pelos itens 90 e 92, que a repactuação era, na verdade favorável à CBH - ou seja, era economicamente vantajosa e, portanto, aderente ao princípio da economicidade. Apesar dessa constatação, o voto conclui pela inadmissibilidade da repactuação com base em possível inexecuibilidade "inferida" pela equipe de auditoria. Eis aí a grave contradição: o Embargante é instado a demonstrar a economicidade da repactuação em relação à CBH, e assim o faz; apesar de reconhecer expressamente que o termo aditivo foi vantajoso à CBH, o ilustre relator conclui por rejeitar as razões de justificativa do Embargante quanto a esse ponto. Não bastasse, baseia-se em suposta inexecuibilidade, a qual jamais foi objeto de audiência de qualquer dos responsáveis arrolados no processo, e que poderia ser facilmente verificada com base na continuidade, da execução do contrato - afinal, se inexecuível fosse, não poderia ser, mais utilizado posteriormente.

É imprescindível, pois, o saneamento dessa contradição, de modo que se esclareça, afinal, se a rejeição das razões de justificativa deu-se com base na economicidade (isto é, em improvável conclusão de que o termo aditivo era desfavorável à CBH) ou na inexecuibilidade (ou seja, na infundada assunção de que o termo aditivo tornou o contrato inservível).

Uma vez esclarecido este aspecto, considerando que o teor do voto confirma a vantagem econômica auferida pela CBH a partir da celebração do aludido termo aditivo, espera-se que venham a ser modificados os itens 9.5 (com o acolhimento da justificativa em relação ao contrato de empresa de turismo) e 9.10 (coma redução da multa correspondente) do acórdão embargado.

4. O Sr. Andrew George William Parsons também alega a existência de omissão e contradição no acórdão embargado, ante os seguintes fundamentos (peça 209):

3. Omissão

Conforme exposto através do item 9.2.8 do Acórdão 931/2016/TCU-Plenário, a oitiva do Embargante nos presentes autos limitou-se a um único fato: "na condição de Presidente do Comitê Paraolímpico Brasileiro, (...) celebrar com a CBH os convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC 28/2015, cuja execução ficou a cargo de sua cônjuge, em dissonância com o disposto no art. 10, inciso II, e no art. 22, inciso IV, da Portaria 507/2011, MPOG/MF/CGU, e no art. 56-B, inciso I, da Lei 9.615/1998". Esse foi, portanto, o enquadramento de possível responsabilidade do Embargante a ser apurada neste processo.

Em suas razões de justificativa (peça 121), o Embargante apresentou uma série de fatos e argumentos que evidenciam a regularidade de sua conduta, quais sejam:

(a) a absoluta necessidade de repasse de recursos à Confederação Brasileira de Hipismo (CBH), única entidade brasileira filiada à Federação Equestre Internacional (FEI), como meio de desenvolvimento do Hipismo paralímpico no Brasil;

(b) a Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons atuava de forma voluntária e sem poder decisório em prol da CBH e do Hipismo paralímpico, não se enquadrando no conceito de "dirigente" estabelecido pela Portaria Interministerial 507/2011, o que demonstra não ter havido violação aos arts. 10, II e 22, IV da mesma portaria.



Não obstante, nenhum desses aspectos foi abordado no voto condutor do acórdão. A propósito, tal voto, *data máxima vênia*, nem sequer examina os fatos sob a perspectiva do Embargante, limitando-se a avaliá-los com enfoque na Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons. Isso é o que se extrai dos parágrafos 100 a 103 do voto:

(...)

Veja-se que o voto sequer tangencia os argumentos esposados pelo Embargante em suas razões de justificativa. Mais do que isso, pauta-se unicamente pelo exame da conduta da Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons¹, referindo-se ao Embargante tão somente como "seu cônjuge". Os trechos grifados não deixam dúvidas: se alguma defesa foi apreciada pelo eminente relator, *data máxima vênia*, foi apenas aquela apresentada pela Sra. Marcela, e não pelo Embargante.

É fundamental distinguir os responsáveis arrolados no processo, independentemente de eventual relação pessoal ou institucional entre eles; sobretudo, quando os dispositivos que determinam suas audiências são diversos e cuidam de fatos diferentes. Ainda que os fatos relacionados a cada um possam estar relacionados - o que é comum quando há mais de um responsável arrolado em um só processo -, a responsabilidade é pessoal e as justificativas de cada um devem ser apreciadas em toda a sua extensão. Daí a necessidade de se suprir a grave omissão em relação aos fundamentos esposados pelo Embargante em sua manifestação.

Tal necessidade é reforçada, ainda, à luz do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso)

Ainda que o TCU não integre o Poder Judiciário, a aplicação do dispositivo acima a seus julgamentos é pacificada em sua jurisprudência, consoante ensina o enunciado decorrente do Acórdão 303/2017-Plenário:

O relator está obrigado a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, com exceção daqueles que, nem em tese, tenham potencial de infirmar a conclusão acolhida na decisão, consoante os arts. 52, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 489, § 12, inciso IV, do CPC. (grifo nosso)

Este é precisamente o caso em tela: a omissão verificada - que culmina na ausência de fundamentação - é decisiva para a aplicação de penalidade ao Embargante, uma vez que os argumentos deduzidos pelo Embargante em sua defesa são mais do que suficientes para infirmar a conclusão acolhida no acórdão embargado.

Destarte, além da necessidade de supressão da omissão, fica também aqui registrado o PREQUESTIONAMENTO da matéria constitucional ora aduzida, na forma do art. 1.025 do CPC.

3. Contradição

O relatório que instrui o acórdão toma como base a instrução da unidade técnica, e também se omite em relação à inaplicabilidade do termo "dirigente" à Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons, nos termos da Portaria Interministerial 507/2011. Mas mesmo quando busca examinar parcialmente os argumentos aduzidos pelo Embargante, incorre em severa falha: contradição.

Vejam-se a seguir excertos do relatório que resumem a apreciação de parte das justificativas apresentadas pelo Embargante:

18.10 Em que pese o nome de sua mulher constar de forma expressa nos Planos de Trabalho mencionados como a responsável pela execução dos objetos dos convênios a serem celebrados entre o CPB e a CBH, o Sr. Andrew Parsons aprovou o repasse de recursos para a celebração das avenças sem a inclusão de nenhuma observação ou ressalva que pudesse preservar a impessoalidade do ajuste.

18.11 De igual modo, os convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC 28/2015 tiveram suas prestações de contas aprovadas pelo Sr. Andrew sem nenhum tipo de ressalva (peça 121, p. 2), ainda que o art. 22 da Resolução/Conselho Administrativo/CPB N9 001/2010, o Anexo XVI, art. I9, do Regulamento de Prestação de Contas e Convênios do CPB e o art. 56-B, inciso I, da Lei 9.615/98 determinem a observância do princípio da impessoalidade quando do uso dos recursos públicos descentralizados pelo CPB.

(...)

18.13 Quanto à argumentação do Sr. Andrew no sentido de que todos os investimentos do CPB na modalidade paradesporto eqüestre devem, obrigatoriamente, ser feitos por intermédio da CBH, única entidade no Brasil filiada à Federação Eqüestre Internacional - FEI (peça 121, p. 1-2), deve-se esclarecer que não foi questionada a relação CPB x CBH, mas sim o vínculo conjugal entre o repassador dos recursos e responsável pela aprovação das contas (Andrew Parsons) e a gestora desses recursos repassados (Marcela Frias). Para este caso há patente espaço de conflito de interesses. A Sra. Marcela, por exemplo, foi a única pessoa a viajar em classe executiva. Todas as demais pessoas que viajaram no âmbito dos convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e



TC 28/2015 foram em classe econômica. Contudo, quando da aprovação das contas dos convênios em epígrafe, em nenhum momento o Sr. Andrew questionou os motivos para tal diferenciação no tratamento dos passageiros.

18.15 O fato de a Sra. Marcela Frias ser a responsável por operacionalizar toda a gestão dos recursos oriundos dos convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC 28/2015 e a palavra final quanto a aprovação da prestação de contas desses recursos ficar a cargo do Sr. Andrew representa clara ofensa ao princípio constitucional e legal da impessoalidade. Afinal, na prática, ele julgou atos de gestão praticados por sua esposa no âmbito dos convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC28/2015.

18.16 Em face da análise promovida, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andrew George Willian Parsons, uma vez que não foram suficientes para sanar as irregularidades a ele atribuídas. Propõe-se, ainda, a aplicação da multa prevista no art. 268, inciso II, da Lei 8.443/1992. (grifos nossos)

Todos os trechos grifados revelam do que se trata a suposta irregularidade que ensejou a aplicação de multa no acórdão embargado: da assinatura dos convênios e aprovação das respectivas prestações de contas pelo Embargante. Conforme asseverado no relatório, "não foi questionada a relação CPB x CBH, mas sim o vínculo conjugal entre o repassador dos recursos e responsável pela aprovação das contas (Andrew Parsons) e a gestora desses recursos repassados (Marcela Frias)". Em outras palavras: o simples fato de o presidente do CPB e uma voluntária da CBH serem cônjuges, por si só, não consubstancia nenhuma irregularidade, a qual se verificaria tão somente em virtude dos atos praticados por ambos no exercício de suas funções.

Essa lógica esposada pela unidade técnica e ratificada no relatório que instrui o acórdão é absolutamente razoável e pertinente. Contudo, a conclusão de rejeição das razões de justificativa a aplicação de multa ao Embargante é inteiramente contraditória em relação à mesma.

O convênio TC 018/2014, por exemplo, não foi sequer assinado pelo Embargante; quem representou o CPB naquele instrumento foi o então Vice Presidente da entidade, Sr. Ivaldo Brandão Vieira (peça 44, p. 101). Ademais, todo o procedimento de prestação de contas foi conduzido pelo mesmo Sr. Ivaldo, que assinou os seguintes ofícios representando o Comitê: PRE/CPB 4.324/2014 (peça 44, p. 38); PRE/CPB 4.705/2014 (peça 44, p. 30); PRE/CPB 5.329/2015 (peça 44, p. 5); e PRE/CPB 5.447/2014 (peça 44, p. 2). Embora, por mero erro material, os ofícios tenham sido impressos com o nome do Embargante, o incontestável fato é que nenhum foi assinado por ele -tanto assim que sempre foi aposto um "p/" à frente de seu nome.

E mesmo que houvessem sido, tampouco seria lógica qualquer conclusão de afronta à impessoalidade. Afinal, todos os ofícios tiveram embasamento em Pareceres Financeiros (peça 44, p. 3-4, 6-8, 31-33 e 39-43) elaborados e ratificados por três pessoas: (i) um auxiliar técnico, (ii) o Superintendente de Administração, Finanças e Contabilidade e (ii) o segundo Vice-Presidente da entidade. Não seria razoável supor, portanto, que qualquer decisão tomada em sede de prestação de contas pudesse ter se fundado meramente em discricionariedade do Presidente do CPB visando favorecer sua cônjuge; pelo contrário, os documentos evidenciam a absoluta impessoalidade assegurada pelos procedimentos de prestação de contas da entidade.

Todos esses aspectos foram observados também no convênio TC 079/2014, consoante se vê dos seguintes documentos da peça 35:

- (a) Ofícios assinados pelo Vice-Presidente na prestação de contas: p. 2 e 10.
- (b) Pareceres financeiros que embasam as decisões sobre aprovação, ou não, das contas: p. 3-5 e 11-14.
- (c) Convênio assinado pelo Vice-Presidente: p. 88.
- (d) Restituição de valores pela CBH: p. 20.

No que tange ao convênio TC 028/2015, cabe ressaltar que também foi assinado pelo então Vice-Presidente do CPB (peça 29, p. 22). Ademais, não há nos autos nenhum documento capaz de embasar suposta afronta ao princípio da impessoalidade por meio da prestação de contas correspondente, uma vez que ela não havia sequer sido analisada pelo CPB à época da instauração do presente processo (a CBH submeteu os documentos para prestação de contas em junho de 2015 - peça 29, p. 2 -, e o presente processo teve início em julho do mesmo ano).

Neste sentido, apresentam-se em anexo (doe. 2) trechos do processo de prestação de contas referente a esse convênio, que demonstram a manutenção do mesmo padrão: a absoluta ausência de participação do Embargante na análise das contas, a qual foi conduzida pelo vice-presidente Ivaldo Brandão Vieira - sempre com parecer financeiro prévio.

Destarte, é imperativo sanar a contradição verificada no relatório que embasa o acórdão. Se a irregularidade aludida no acórdão embargado não se configuraria pela mera relação entre CPB e CBH, mas sim através dos atos praticados pelo embargante em convênios celebrados junto à entidade em que sua cônjuge era

voluntária, há de se concluir pela sua inexistência. Afinal, o embargante adotou todas as medidas necessárias à preservação da impessoalidade no trato com a CBH, e não participou da formação dos convênios nem de suas prestações de contas. Logo, ao contrário do que foi aduzido no relatório, o Embargante não julgou atos de gestão praticados por sua esposa.

5. Por fim, a Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons igualmente sustenta a existência de omissão e contradição no acórdão embargado, ante os seguintes fundamentos (peça 205):

(...)

Ab initio, a simples leitura do item 9.8 do acórdão indica que as razões de justificativa apresentadas pela Embargante foram rejeitadas em sua íntegra, uma vez que não há qualquer menção quanto ao acolhimento de parte de sua defesa - como ocorreu, aliás, em relação a outros responsáveis no mesmo acórdão. O voto que conduz a esse *decisum*, por sua vez, explicita, em seu parágrafo 103, a opção do relator por acolher a proposta da unidade técnica em relação à Embargante. Essa proposta encontra-se transcrita no relatório do acórdão (...)

Vê-se que o encaminhamento proposto pela unidade técnica foi no sentido de rejeição parcial das razões de justificativa. Contudo, embora o voto proferido por V. Exa. indique o acolhimento desse encaminhamento, o acórdão aponta em direção aparentemente diversa: sugere tão somente "rejeitar as razões de justificativa apresentadas" pela Embargante, sem qualquer menção ao acolhimento parcial proposto pela unidade técnica. Há, portanto, um evidente descompasso entre o relatório, o voto e o acórdão. O primeiro propõe o acolhimento parcial da defesa; o segundo remete ao primeiro, mas se omite quanto ao ponto que ensejou a proposta de acolhimento parcial (qual seja, a comprovação de que os *upgrades* de bilhetes aéreos foram feitos com recursos próprios - sobre o que se tratará mais detidamente a seguir); e o terceiro limita-se a dispor sobre a rejeição das razões de justificativa. Esse cenário apresenta a um só tempo, *data máxima venia*, três graves vícios a serem corrigidos.

O primeiro vício se revela a partir da omissão do voto condutor em relação às comprovações de *upgrade* com uso de milhas, constantes dos autos. O teor do voto quanto a esse ponto limita-se a aduzir que "a multa proposta à referida senhora fundamentou-se (...) pela utilização de passagem aérea em classe não permitida (executiva)" (parágrafo 101) e complementa que "as justificativas apresentadas pelos responsáveis não foram acolhidas" (parágrafo 102). A partir dessas premissas, conclui, no parágrafo 103: "acolho a proposta da unidade técnica". Destarte, o voto passa ao largo de abordar a forma - absolutamente lícita e condizente com os princípios e normas aplicáveis - como se procedeu o *upgrade* dos bilhetes aéreos utilizados pela Embargante.

É justamente essa omissão que leva ao segundo vício: a obscuridade do voto. Não é possível compreender o efetivo alcance do não acolhimento das razões de justificativa, uma vez que o voto propõe seguir o encaminhamento da unidade técnica e, ao mesmo tempo, desconsidera as comprovações de regularidade no *upgrade* dos bilhetes aéreos. Por fim, revela-se também cristalina a contradição entre o dispositivo do acórdão e o teor tanto do voto quanto do relatório. Afinal, se o voto acolhe o relatório e este propõe o acolhimento parcial das razões de justificativa, não poderia o acórdão rejeitá-las de forma integral. É fundamental, assim, que se supram tais vícios, esclarecendo-se efetivamente em que medida as razões de justificativa da Embargante foram acolhidas. A partir daí, considerando que o teor do relatório prevaleça, deverão ser atribuídos efeitos modificativos ao acórdão, de modo a confirmar o acolhimento, ainda que parcial, das razões de justificativa da Embargante e, conseqüentemente, reduzir proporcionalmente o valor da multa que lhe foi inicialmente imposta

(...)

O relatório indica que o recebimento de auxílio viagem pela Embargante teria constituído benefício indevido. No entanto, esse aspecto não se enquadra nos limites da audiência da Embargante, delineados no Acórdão 931/2016-TCUPlenário, de modo que não pode ensejar rejeição das razões de justificativa, nem aplicação de multa. Ademais, esse entendimento é absolutamente contraditório em relação à documentação constante dos autos. Consta da peça 28, p. 6-7, a Portaria CBH 002/2014, que dispõe sobre a concessão de diárias e auxílio viagem; através do inciso II de seu art. 2º, constata-se que os valores recebidos pela Embargante a título de auxílio viagem encontram-se plenamente adequados à política da Confederação, inexistindo qualquer indício de favorecimento pessoal

(...)

O relatório que instrui o acórdão reconheceu a regularidade da utilização de bilhetes aéreos pela Embargante, porém apenas parcialmente. Ali, aduziu-se que a Embargante "utilizou recursos públicos para viajar em classe executiva" em dois dos quatro trechos inicialmente questionados. No entanto, tal afirmação contradiz os fatos expostos ao longo do processo. As faturas apresentadas pela agência de viagens emissora dos bilhetes questionados não deixam dúvidas: os valores pagos com recursos da Lei Agnello-Piva pelos bilhetes

aéreos utilizados pela Embargante foram exatamente os mesmos que aqueles praticados aos demais beneficiários (peça 29, p. 108, em relação ao convênio TC 028/2015), ou até mesmo inferiores aos dos demais (peça 35, p. 135, referente ao convênio 079/2014). E não poderia ser diferente, afinal os planos de trabalho de cada um dos convênios não previam nenhum valor diferenciado de bilhetes aéreos para uma pessoa em relação às outras (peça 29, p. 12 e peça 35, p. 72). Lamentavelmente, a contraditória e obscura instrução da unidade técnica (que veio a ser incorporada ao relatório do acórdão embargado) induziu a erro, ao afirmar que a Embargante "utilizou recursos públicos para viajar em classe executiva" e por isso teria violado o princípio da impessoalidade. No entanto, a verdade é que os documentos acostados aos autos não deixam dúvidas de que os bilhetes adquiridos em nome da Embargante foram precisamente os mesmos em relação aos demais beneficiários, de valor igual ou inferior. Qualquer raciocínio em sentido contrário implicaria presumir que fosse possível um bilhete de ida e volta em classe executiva para Paris custar exatamente o mesmo (ou menos!) que bilhetes idênticos em classe econômica. Ou, alternativamente, requeria prova documental que atestasse o suposto uso de recursos públicos para a realização dos *upgrades* nos bilhetes. Mas nenhuma dessas considerações se verifica no caso em tela; o fato de a Embargante ter viajado em classe executiva não constitui nenhuma irregularidade, uma vez que jamais se usou recurso público para os respectivos *upgrades* - e por isso, seja qual for a forma como eles tenham sido realizados (dinheiro privado, milhas ou mesmo redistribuição de passageiros em decorrência de *overbooking*), não se consubstancia violação a nenhum dos princípios que norteiam do uso de recursos públicos.

(...)

Os aspectos acima apontados, por si só, já evidenciam, de forma prática e concreta, a inexistência de qualquer vantagem pessoal à Embargante em decorrência de suposto conflito de interesses. A Embargante sempre foi tratada como qualquer outro preposto da Confederação seria se exercesse as mesmas funções. A propósito, vale ressaltar que ela nem sequer conhecia o seu atual cônjuge quando começou a atuar na CBH. Ainda assim, o relatório que instrui o acórdão incorre em importantes contradições quanto a esse aspecto - as quais, sem dúvida, merecem ser sanadas. Toda a narrativa acerca de suposto conflito de interesses teve como base a premissa de que o cônjuge da Embargante teria atuado nos convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC 28/2015, celebrando-os e sendo "responsável pela análise final das prestações de contas".

Ocorre que o exame dos autos revela, cristalinamente, que o Sr. Andrew Parsons não atuou na celebração desses convênios, nem em suas prestações de contas. Em todos os casos, o Comitê Paralímpico Brasileiro foi representado por um de seus Vice-Presidentes, o Sr. Ivaldo Brandão Vieira. Esse fato é comprovado pelos seguintes documentos: (a) TC018/2014: peça 44, p. 2, 5, 30, 38 e 44; (b) TC079/2014: peça 35, p. 2, 10 e 88; (c) TC 028/2015: peça 29, p. 22 e documentos ora anexados (doe. 2). Demonstrada a ausência de participação do cônjuge da Embargante nos convênios em exame, não há que se falar em suposto conflito de interesses. Até porque a Embargante, ao exercer função de modo estritamente voluntário, sem poder decisório, na Confederação, não se enquadrava no conceito de "dirigente" estipulado pela Portaria Interministerial 507/20112. Destarte, ainda que seu cônjuge houvesse atuado nos convênios referidos, a execução de funções voluntárias pela Embargante em prol da CBH seria inteiramente válida perante o Comitê Paralímpico Brasileiro, visto não se tratar de dirigente da entidade.

Ainda em relação ao hipotético conflito de interesses, o que se observa é que a unidade técnica incorreu em grave afronta ao devido processo legal. Afinal, concluiu por suposto uso de recursos públicos na aquisição de bilhetes aéreos de classe executiva sem embasamento em nenhum documento constante dos autos. Pelo contrário: apenas apresentou tal ilação e atribuiu à Embargante o ônus de provar o contrário.

Ora, esse entendimento verificado na instrução da unidade técnica (além de passar ao largo da busca pela verdade material, que pauta a atuação dessa Egrégia Corte de Contas) reflete uma aparente presunção de que a Embargante tenha agido de má-fé e em desacordo com os princípios e normas aplicáveis, o que afronta diretamente a lógica do devido processo legal: a boa-fé se presume; a má-fé exige cabal comprovação. Além disso, inverte o ônus da prova, transformando infundadas suposições em "verdades absolutas" e transferindo à Embargante todo o ônus de delas se desincumbir - quando, na verdade, deveria recair sobre a unidade técnica o ônus de provar definitivamente as supostas irregularidades que alega ter identificado. A indevida inversão do ônus da prova e a descabida presunção de má-fé adotadas pela unidade técnica configuram evidente violação ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, corolários do devido processo legal consagrados no art. 52, inciso LV, da Constituição Federal. Registra-se aqui, assim, o prequestionamento acerca da violação desse dispositivo constitucional, para fins de aplicação do art. 1.025 do CPC. São, portanto, múltiplas as contradições a serem sanadas para o melhor e mais adequado deslinde do mérito. Uma vez isso ocorra, será necessária a



atribuição de efeitos infringentes aos presentes embargos declaratórios, uma vez que se imporá a modificação dos itens 9.8 e 9.11 do acórdão embargado para (i) acolher as razões de justificativa da Embargante e (ii) excluir a aplicação de qualquer multa à mesma.

É o relatório.

VOTO

Os embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, presidente da Confederação Brasileira de Hipismo/CBH, Andrew George William Parsons, presidente do Comitê Paralímpico Brasileiro/CPB e Marcela Frias Pimentel Parsons, executora de convênios no âmbito da CBH, em face do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário devem ser conhecidos ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992 e a invocação dos vícios de omissão, contradição e obscuridade, pressupostos específicos para a espécie.

2. O acórdão embargado, ao apreciar relatório de auditoria realizada na CBH com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos provenientes da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), alterada pela Lei 10.264/2001 (Lei Agnelo/Piva), aplicou multa aos embargantes, em razão:

(a) Luiz Roberto Giugni: contratação de empresas ligadas a empregados; contratação e pagamento de serviços/produtos entregues insuficientemente detalhados; prática de ato antieconômico na aquisição de material de premiação e irregularidades na contratação e execução contratual de empresa de turismo;

(b) Andrew George William Parsons: pela celebração de convênios com o CPB, cuja executora foi sua cônjuge;

(c) Marcela Frias Pimentel Parsons: pela gestão de convênios celebrados entre a CBH e o CPB, cujo dirigente era seu cônjuge, bem assim pela utilização de recursos de convênios para arcar com viagem em classe executiva.

II

3. O Sr. Giugni alegou existir omissão, obscuridade e contradição no acórdão embargado.

4. A primeira contradição estaria caracterizada no fato de que este Relator teria deixado, com base no art. 160, § 3º, do RITCU, de acolher documentos encaminhados quando o referido dispositivo teria como fundamento “justamente o seu acolhimento”. Além disso, haveria contradição no fato de o acórdão ter rejeitado as justificativas em relação a fracionamento de despesa quando o voto acolheria as justificativas; como também no fato de que este relator teria reconhecido que a repactuação com a VL Empreendimentos teria sido favorável à CBH mas, no entanto, teria concluído pela inadmissibilidade da repactuação com base em possível inexecutabilidade, que teria sido inferida pela equipe de auditoria.

5. Deste último fato, o embargante solicita que “se esclareça, afinal, se a rejeição das razões de justificativa deu-se com base na economicidade (isto é, em improvável conclusão de que o termo aditivo era desfavorável à CBH) ou na inexecutabilidade (ou seja, na infundada assunção de que o termo aditivo tornou o contrato inservível)”.

6. A omissão, por sua vez, estaria consubstanciada (a) na ausência de análise dos documentos não acolhidos, os quais seriam “fundamentais ao deslinde do processo”, o que teria afrontado o princípio da ampla defesa; e (b) na inexistência de fundamento para a rejeição das justificativas quanto à contratação e execução contratual de empresa de turismo, sem exigência de garantia contratual.

7. Assiste razão ao Sr. Giugni em algumas de suas alegações, motivo pelo qual propugno o provimento parcial a seus embargos.

8. No voto *a quo* deixei consignado que o referido senhor, dentre outros, havia apresentado documentos complementares a sua defesa quase um ano após o término da etapa de instrução. Ocorre que, ante o que dispõe o art.160 e §§ 1º e 2º, do RITCU, o prazo hábil para apresentá-los havia expirado, motivo pelo qual não os recebi. No entanto, o fato não prejudicaria seu direito de distribuir,



após inclusão do processo em pauta, memorial aos julgadores, conforme expressamente estabelece o § 3º do referido art. 160. Isto posto, em prol da clareza, altero a redação do final do subitem 104 do voto embargado para “Por essa razão, ante o que dispõe o art. 160 e § 1º e 2º, do RITCU, deixo de receber os elementos acostados às peças 166 a 171”.

9. De toda sorte, o fato não caracterizou restrição à ampla defesa do recorrente, que teve todas as oportunidades legais e regimentais para se manifestar nos autos e o fez. Há que se frisar que o dirigente tem condições, ainda, de, por meio dos recursos disponíveis, intentar a modificação de mérito do acórdão embargado.

10. Quanto à alegada contradição a respeito do “fracionamento de despesa”, houve, de fato, um equívoco. No subitem 9.4 do acórdão embargado ficou consignado o acolhimento da justificativa do Sr. Giugni em relação ao fato, em consonância com o voto exarado. Entretanto, a mesma conduta constou também, por equívoco, no subitem 9.5 do acórdão, que tratava das ocorrências cujas alegações foram rejeitadas.

11. Desta forma, há que se corrigir, nesta oportunidade, o erro identificado. Esta correção, todavia, não altera o valor da multa aplicada. As razões que motivaram a apenação foram declaradas ao final do subitem 9.5 do acórdão embargado como os fatos indicados nos subitens 9.2.2.1, 9.2.2.2, 9.2.2.5, 9.2.2.6, 9.2.2.7 e 9.2.2.8 do Acórdão 931/2016-TCU-Plenário (peça 56). Veja-se que o acórdão embargado, ao acolher as justificativas do embargante no seu subitem 9.4, fez referência, aí sim, ao subitem 9.2.2.4 do Acórdão 931/2016-TCU-Plenário, o qual se refere ao fracionamento de despesa (peça 56, p. 2). É o direcionamento do voto também.

12. Registro, por pertinente, que o fracionamento de despesa deve ser considerado incluído também no parágrafo “6 (ii)” do voto e ser alterada a redação do parágrafo 32 do voto, para: “Relativamente aos demais fatos, exceto para o fracionamento de despesa, como será exposto neste item do voto, acolho integralmente as considerações da SecexEducação e a aplicação das multas sugeridas”.

13. Em relação à empresa de turismo VL Empreendimentos Turísticos Ltda. (Avantt Turismo), o Sr. Giugni foi apenado em virtude dos seguintes fatos:

(a) contratação da referida empresa sem que fosse exigida a prestação de garantia de execução, no percentual de 5% do valor do contrato, o que infringiu o art. 1º do anexo J da IN COB 1/2014 e a cláusula sexta do ajuste firmado com a VL;

(b) alteração, por solicitação da VL, dos parâmetros de cobrança e sucessivas prorrogações contratuais, sem que ficasse comprovada a realização de qualquer análise no sentido de comprovar a manutenção da economicidade do contrato, contrariando o princípio da economicidade disposto no art. 56-B, inciso I, da Lei 9.615/1998; e

(c) pagamentos sem a comprovação de que o valor faturado corresponde ao valor cobrado pela companhia aérea para cada um dos bilhetes, infringindo o disposto no art. 38, inciso XVIII, do Regulamento de Prestação de Contas de Convênios do CPB.

14. No tocante ao primeiro fato, apesar de ter registrado no parágrafo 85 do voto que o responsável não apresentou justificativas para o item, deixei de frisar que essa conduta motivou, em conjunto com os demais fatos relativos à contratação da VL, a multa ao embargante, ante a ausência das justificativas pertinentes que elidiram o fato.

15. Para fins de suprir possível omissão, friso, nesta oportunidade, que houve infringência ao normativo do COB. Veja-se que o art. 1º do Anexo J da IN COB 1/2014 dispõe que as contratações devem observar as determinações específicas constantes do instrumento firmado entre as partes e o contrato (peça 143, p.77) em questão estipulou que a prestação da garantia era obrigatória (cláusula sexta). Além disso, o atraso na sua apresentação em prazo superior a cinquenta dias era hipótese de rescisão contratual. Como não foram apresentadas justificativas pelo responsável para a ausência da garantia, a irregularidade não foi elidida e foi motivo de sua apenação, ante a infringência ao normativo retromencionado.



16. Quanto ao segundo item (alínea “b” supra), nos §§ 92 e 93, a seguir transcritos, deixe assente minhas considerações a respeito:

93. Com razão o órgão instrutivo. Apesar de aparentemente mais vantajosa para a CBH a nova sistemática de remuneração, a partir de um rápido exame, não parece razoável admiti-la. Vejo que na correspondência encaminhada pela VL à CBH, em 2013 (peça 29, p.39), quando ela solicitou a alteração em discussão, a motivação foi justamente evitar a “quebra da empresa”. Assim, admitir que manteriam a execução contratual em condições menos vantajosas que a anterior não encontra sintonia na afirmativa da empresa, no referido expediente, no sentido de que “se não tivermos a vossa compreensão para que seja mantido o equilíbrio contratual, infelizmente, não teremos outra opção senão interromper os serviços prestados, sob pena de enfrentarmos imediatos e irreversíveis prejuízos”. (grifo ausente no original)

82. Isto posto, entendo, na esteira da unidade técnica, que o responsável não logrou sanar a irregularidade inicialmente aventada, comprovando efetivamente a manutenção da economicidade do contrato.

17. Como se denota, este relator não reconheceu, como alegou o embargante, que a repactuação com a VL teria sido favorável à CBH. Ao contrário, pontuei que não era razoável admitir, sem outros elementos de convicção, eventual vantajosidade para a entidade com a alteração verificada, especialmente, como ressaltei no voto, ante as razões expostas pela própria empresa em seu pedido e a ausência da apresentação de estudos que indicassem a manutenção da economicidade do contrato.

18. Como a unidade técnica ressaltou, o Sr. Luiz Roberto Giugni assinou termo aditivo alterando parâmetros de remuneração de cobrança dos serviços prestados pela VL Empreendimentos e, posteriormente, prorrogou o referido ajuste sem comprovar que os novos preços estivessem de acordo com os praticados no mercado. Estes fatos motivaram a multa ao embargante.

19. A inferência feita pela unidade instrutiva no sentido de ‘aparentes aditivos inexecutáveis’ (peça 176, p.56) foi apenas um exercício argumentativo e não fundamentou a multa aplicada ao Sr. Giugni. Transcrevo, por pertinente, trecho da instrução da SecexEducação:

Em face da análise promovida, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Luiz Roberto Giugni relativas ao fato de assinar, em 13/2/2013, termo aditivo alterando parâmetros de cobrança dos serviços, por solicitação da empresa VL Empreendimentos Turísticos Ltda. (Avantt Turismo), e assinar três prorrogações contratuais com a contratada (peça 33, p. 34, 35) sem comprovar a manutenção da economicidade do ajuste, uma vez que não foram suficientes para sanar as irregularidades a ele atribuídas. (grifo nosso)

III

20. O Sr. Andrew Parsons, por sua vez, alegou que o acórdão foi omisso ao não analisar os argumentos por ele apresentados em sua defesa. E que a conclusão de rejeição de suas justificativas e consequente apenação é contraditória porque se baseou no fato de o embargante ter assinado os convênios e aprovado as respectivas prestações de contas de convênios gerenciados por sua cônjuge, Sra. Marcela Frias Pimentel, quando, na verdade, não teria participado da celebração dos convênios nem de suas prestações de contas, que teriam sido conduzidos pelo vice-presidente da entidade, Sr. Ivaldo Brandão Vieira. Afirmou que, apesar de seu nome ter constado nos formulários, não teria assinado as peças.

21. Preliminarmente, ressalto que os argumentos ora apresentados pelo embargante no sentido de que o vice-presidente da entidade teria assinado os convênios e as prestações de contas não foram arguidos por ocasião da apresentação de suas razões de justificativa (peça 121). Por isso não houve omissão em analisar tais argumentos por ocasião da decisão embargada. Por outro lado, a contradição, objeto de embargos advém de afirmativas conflitantes, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão, o que não se vislumbra no caso do Sr. Andrew Parsons.

22. As justificativas então apresentadas pelo responsável foram analisadas e rejeitadas pela unidade técnica, tendo eu me manifestado, no parágrafo 32 do voto, de acordo com seu posicionamento, acolhendo integralmente, inclusive, suas considerações.

23. Todavia, considerando que os documentos nos quais o embargante alega não estarem com sua assinatura já se encontravam nos autos por ocasião da decisão embargada, relativos aos convênios TC 18/2014, TC 79/2014 e TC 28/2015, reexaminei-os.



24. Tais convênios são aqueles que teriam sido celebrados e suas prestações de contas aprovadas pelo embargante, na condição de presidente do Comitê Paralímpico Brasileiro (CPB), cujas execuções ficaram por conta de sua esposa, Sra. Marcela Frias Pimentel, na Confederação Brasileira de Hipismo (CBH), razão da multa a ambos aplicada.

25. Com efeito, comparando-se as assinaturas constantes nos termos dos referidos convênios, nos ofícios de comunicação de aprovação das contas, nos pareceres financeiros, nos ofícios solicitando a regularização de algumas pendências (peça 44, p. 2, 4, 5, 8, 30, 33, 43, 101; peça 35, p. 2, 5, 10, 14, 56, 57, 61, 88; peça 29, p. 22; peça 30, p. 10) com aquela constante na procuração concedida pelo Sr. Andrew Parsons a seu representante legal (peça 210) verifico que são diferentes. Apesar de naqueles documentos haver indicação do nome do embargante, foram assinados pelo Sr. Ivaldo Brandão Vieira, vice-presidente do CPB.

26. Nessas condições, ficam desconstituídas as razões pelas quais o embargante foi apenado por este Tribunal, motivo pelo qual deve ser dado provimento aos embargos por ele opostos, conferindo-lhes efeitos infringentes, para afastar a multa então aplicada, tratamento que deve ser estendido à Sra. Marcela Frias Pimentel, a quem a multa decorreu, além de outro fato, da gestão dos referidos convênios.

27. Desta forma, há que se alterar os subitens 9.8. e 9.11. do acórdão embargado para consignar a aceitação das justificativas do embargante e a aceitação parcial da defesa apresentada pela Sra. Marcela Frias, bem como retirar a apenação aplicada ao Sr. Andrew e reduzir aquela aplicada à referida senhora .

IV

28. A Sra. Marcela Frias aduziu igualmente a existência de omissão, obscuridade e contradição no acórdão embargado. A contradição diria respeito ao fato de que este relator, apesar de acompanhar o posicionamento da unidade técnica, deixou de se manifestar pelo acolhimento parcial das justificativas da embargante, como o fez aquele órgão instrutivo. Deste fato decorreria a omissão alegada pela recorrente no sentido de que este Relator não se manifestou sobre a comprovação do uso de milhas para o *upgrade* da passagem aérea, que teria sido a razão para o acolhimento parcial da justificativa da recorrente.

29. A embargante frisou, ainda, que a instrução da unidade técnica, que embasou o voto deste relator, teria sido “contraditória e obscura” e teria induzido a erro este Relator quando asseverou que a embargante teria utilizado recursos públicos para viajar de primeira classe. Os documentos constantes nos autos demonstrariam, segundo alegou, que os valores dos bilhetes aéreos de todos os beneficiários adquiridos com os recursos do convênio eram iguais.

30. Além disso, asseverou que o recebimento de auxílio viagem não se enquadra nos limites de sua audiência, de modo que não poderia ensejar rejeição das razões de justificativa, nem aplicação de multa.

31. Assiste razão parcial à embargante. Com efeito, este relator deixou de consignar no acórdão embargado a rejeição parcial das justificativas por ela apresentadas a respeito dos bilhetes aéreos. Houve o acolhimento, tanto pela unidade técnica quanto por este ministro, das justificativas que comprovaram que, das quatro passagens internacionais em classe executiva inicialmente cogitadas, duas não foram arcadas com recursos dos convênios.

32. De toda forma, tal fato não pressupõe a omissão aventada pela embargante em relação à não manifestação deste relator quanto ao fato, tendo em vista que acolhi a análise da unidade técnica como minhas razões de decidir (parágrafo 32 do voto), que concluiu pela manutenção das seguintes irregularidades:

(i) utilização de recursos públicos para viajar em classe executiva nos seguintes trechos: Paris – Brasília, voo: AF0520, data: 13/4/2015 e Brasília – Paris, voo: AF0515, data: 23/5/2014, o que viola princípios da moralidade, da economicidade e da eficiência, insculpidos no art. 56-B, inciso I, da Lei 9.615/98; e



(ii) gestão de recursos públicos atinentes a convênios cujo repassador dos valores e responsável pela análise final das prestações de contas é entidade presidida, à época dos fatos, por seu marido, incorrendo em conflito de interesses, com violação do princípio da impessoalidade, insculpido no art. 56-B, inciso I, da Lei 9.615/98.

33. Tampouco do fato decorre eventual diminuição da multa aplicada, uma vez que já havia sido considerada, na dosimetria, os fatos acolhidos (dois bilhetes aéreos). Também não houve, como alegado, a inclusão, nas razões da multa aplicada, do recebimento do auxílio viagem. Porém, como já dito por ocasião da análise dos embargos do Sr. Andrew Parsons, deve haver redução da multa aplicada à referida senhora em razão do acolhimento das justificativas a respeito do fato indicado no item “ii” supra.

34. Isto posto, proponho o provimento parcial aos embargos da Sra. Marcela Frias para consignar, no subitem 9.8 do acórdão embargado, a rejeição parcial de suas justificativas.

V

35. Por fim, há que se fazer uma correção de ofício no acórdão embargado. É que, apesar de ter deixado consignado no voto que proferi (§§ 82 e 83) que acompanharia a jurisprudência majoritária deste Tribunal no sentido de não ser aplicável a pena de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal às empresas que apresentam cotações de preços fraudulentas em procedimentos realizados por entidades privadas convenientes, tendo as excluído, inclusive da relação processual (subitem 9.9 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário), constou, no acórdão, dispositivo nesse sentido (subitem 9.14). Assim, o referido subitem deve ser tornado insubsistente.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotado o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2099/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.107/2015-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (Relatório de Auditoria).
3. Recorrente: Luiz Roberto Giugni (047.367.558-73), Andrew George William Parsons (052.420.207-92) e Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68).
4. Entidade: Confederação Brasileira de Hipismo/CBH.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação Legal: Wladimir Vinycius de Moraes Camargos (OAB/DF 39.918) e Pedro Henrique Rebello de Mendonça (OAB/RJ 149.272).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, presidente da Confederação Brasileira de Hipismo/CBH, Andrew George William Parsons, presidente do Comitê Paralímpico Brasileiro/CPB e Marcela Frias Pimentel Parsons, executora técnica de convênios da CBH, em face do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário;

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

9.1. conhecer, com fundamento no art. 34, *caput* e § 1º, da Lei 8.443/1992, os embargos de declaração opostos pelos Srs. Luiz Roberto Giugni, Andrew George William Parsons e Marcela Frias Pimentel Parsons;

9.2. no mérito, acolher parcialmente os embargos opostos pelo Sr. Luiz Roberto Giugni para integrar a deliberação recorrida com os fundamentos expostos no voto que fundamenta esta



deliberação e para retirar do subitem 9.5 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário a expressão “fracionamento de despesa”;

9.3. no mérito, acolher os embargos opostos pelo Sr. Andrew George William Parsons, alterando o subitem 9.8 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário para consignar o acolhimento de suas justificativas e o subitem 9.11 do referido acórdão para retirar a multa a ele aplicada e reduzir a multa aplicada à Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons para R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

9.4. no mérito, acolher parcialmente os embargos opostos pela Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons para consignar, no subitem 9.8 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário, a rejeição parcial de suas justificativas;

9.5. os subitens 9.8. e 9.11. do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário passam a ter a seguinte redação:

9.8. acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Andrew George William Parsons (052.420.207-92) e pela Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68), em razão da celebração e gestão de convênios entre CPB/CBH (subitens 9.2.7 e 9.2.8 do Acórdão 931/2016 – TCU – Plenário) e acolher parcialmente as razões de justificativa da Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68) em relação à utilização de recursos públicos para viajar em classe executiva;

9.11. aplicar, individualmente, ao Srs. Augusto Cezar do Ó Alexandre (044.145.907-28), Marcelle Azevedo Rodrigues de Souza (138.083.767-75), Antônio Eduardo Alegria Simões (463.922.207-63), Pedro Luiz Cordeiro dos Santos (919.668.178-00), a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 268, inciso I, do Regimento Interno, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e à Sra. Marcela Frias Pimentel Parsons (803.791.841-68) no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. de ofício, tornar insubsistente o subitem 9.14 do Acórdão 1.848/2018-TCU-Plenário; e

9.7. dar ciência desta deliberação aos recorrentes.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2099-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 021.408/2019-0.

Natureza: Agravo (Denúncia).

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

Responsável: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Representação legal: não há

SUMÁRIO: AGRAVO CONTRA DESPACHO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO



Trata-se de agravo interposto pela denunciante contra despacho deste Relator (peça 20) exarado nos seguintes termos:

a) realizar a oitiva prévia da Antaq, com fundamento no art. 276, §2º, do Regimento Interno do TCU, para que se manifeste no prazo improrrogável de 5 dias acerca dos indícios de irregularidades referentes à aprovação da minuta de resolução que substituirá a Resolução-Antaq 2.389/2012, conforme descrito no presente despacho e na instrução técnica que o ampara;

b) indeferir o pedido de ingresso da denunciante como parte interessada, sem prejuízo de autorizar a concessão de vista e cópia de peças não sigilosas dos autos;

c) restituir os autos à SeinfraPortoFerrovia para o prosseguimento do feito com a urgência que o caso requer.

2. Transcreve-se, a seguir, excerto da peça recursal que contém a argumentação e o pedido da recorrente acostado à peça 33 (com as supressões necessárias):

(...), já qualificada nos autos do processo em epígrafe, em que é denunciante, por seus advogados, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para interpor agravo em face do indeferimento do seu pedido de ingresso. A ora Agravante recebeu o Ofício nº 348/2019- TCU/SeinfraPortoFerrovia em 12.8.2019. Diante disso, o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do presente agravo termina em 17.8.2019 (sábado), sendo prorrogado para o dia 19.8.2019.

I – O OBJETO DO PRESENTE AGRAVO

A ora Agravante apresentou denúncia perante esse E. TCU em face das circunstâncias narradas na manifestação. Ao analisar o pedido de medida cautelar, o Exmo. Ministro Relator indeferiu o pedido de ingresso da ora Agravante como parte interessada. Fundamentou-se no entendimento de que o denunciante não é considerado automaticamente como parte sendo necessária a comprovação da razão legítima para intervir no processo. Ainda, mencionou que esse E.TCU não tutela interesses privados.

Diante disso, o presente agravo tem como objeto recorrer do mencionado despacho que indeferiu seu pedido de ingresso como parte interessada nos presentes autos.

II – HISTÓRICO DOS FATOS

O processo de revisão da Resolução nº 2.389 da ANTAQ, objeto do presente feito, deriva de determinações proferidas por esse E. TCU no Processo nº 014.624/2014-1.

Aquele processo foi instaurado ainda em 2014 para analisar os principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos da região Sudeste.

Após as análises técnicas e jurídicas, houve delimitação do objeto para realizar a cobrança pela contraprestação do serviço de segregação e entrega de contêineres – SSE.

O Acórdão nº 1.704/2018-Plenário reconheceu que não há ilegalidade na cobrança do SSE, mas expediu determinação para que a ANTAQ:

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;

9.1.3. no prazo de 30 (trinta) dias, remeta a este Tribunal plano de ação com cronograma de adoção das medidas necessárias ao atendimento da determinação prolatada nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 desta deliberação, com designação dos responsáveis pelas medidas (nomes, números de CPF e cargos) e prazo para implementação das ações.

Também foi determinada a instauração de processo de monitoramento pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroFerrovia.

Cumprir registrar que a ora Agravante foi admitida como amicus curiae nos autos do Relatório de Auditoria nº 014.624/2014-1.

A Exma. Ministra-Relatora Ana Arraes indeferiu o pedido de ingresso da Agravante como parte, pois o processo estava ainda em fase preliminar de apuração e não estava configurado o interesse público na atuação processual da Agravante.

Entretanto, a Exma. Ministra-relatora concluiu pela possibilidade de contribuições com parâmetros técnicos e objetivos para a discussão do mencionado processo. E, por isso, deferiu o ingresso da ora Agravante como amicus curiae.



III – A NATUREZA JURÍDICA DA AGRAVANTE

A Agravante atende os requisitos necessários para ser admitida como parte no presente feito ou, quando menos, como *amicus curiae*.

A Agravante é associação constituída em abril de 2002. Representa nacionalmente as empresas arrendatárias de terminais portuários de uso público, especializados na movimentação e armazenagem de contêineres.

O Estatuto da Agravante (doc. anexo) permite que “toda empresa que participe da atividade econômica de terminais de contêineres” seja admitida como associada (art. 4º). Para isso, é necessário que a empresa atenda aos requisitos do Estatuto – por exemplo, que seja terminal portuário de contêineres de uso público, que possua como atividade principal a movimentação de contêineres, e que detenha contrato de arrendamento obtido através de licitação (art. 4º, §1º, itens “a”, “b” e “c”).

Desse modo, todas as associadas da Agravante obtiveram o direito de explorar instalações portuárias por meio de licitações promovidas com base na Lei nº 8.630/1993 (revogada pela Lei nº 12.815/2013).

(...)

As associadas da Agravante são efetivamente atuantes no mercado nacional de movimentação e armazenagem de contêineres: exige-se que cada associado seja responsável por, no mínimo, 15% do total anual de contêineres movimentados no porto organizado em que estiver instalado ou 100.000 unidades (art. 4º, §1º, item “g”, do Estatuto).

Com isso, os terminais associados à Agravante respondem por grande parte de toda a movimentação anual de contêineres no Brasil (**parágrafo ajustado para não identificar a denunciante**).

Diante disso, a Agravante entende que reúne os requisitos necessários para figurar como parte ou pelo menos *amicus curiae* no presente feito. Dada sua ampla atuação e a relevância dos seus associados, tem condições de fazer contribuições pertinentes à análise das questões em discussão.

IV – OS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS DA AGRAVANTE

Dentre os objetivos institucionais da Agravante, estão os de “defender no âmbito nacional os interesses de seus associados, perante as entidades públicas e privadas” e “colaborar com os poderes públicos, como órgão técnico e consultivo, no estudo e solução dos problemas que se relacionem com os interesses do segmento onde atuam os seus associados” (art. 3º, itens “a” e “b”, do Estatuto).

A revisão normativa realizada pela ANTAQ impactará as atividades de todo o setor portuário.

Nesse sentido, a Agravante não representa o interesse individual de suas associadas. Assim, na busca de seu objetivo institucional de promover a eficiente prestação de serviços públicos portuários, pretende-se colaborar com o exercício da competência desse E.TCU e expressar o interesse geral da parcela do setor portuário que representa.

Diante disso, a Agravante espera pela reforma do despacho que indeferiu o seu pedido de ingresso nos presentes autos.

V – A CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

Caso não se entenda pelo ingresso da Agravante como parte interessada, pede-se que seja adotado o mesmo entendimento do Relatório de Auditoria nº 014.624/2014-1 e seja deferida admissão da Agravante na condição de *amicus curiae*.

Afinal, os mesmos motivos que levaram à admissão da ora Agravante como *amicus curiae* naquele feito se aplicam também ao presente.

Embora não haja previsão específica da figura do *amicus curiae* no RITCU, é possível adotar as previsões do CPC de forma subsidiária.

O art. 138, do CPC, prevê a possibilidade da participação de pessoa jurídica com representatividade adequada caso seja demonstrada a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia para a sua intervenção.

Esse é justamente o caso dos presentes autos.

A denúncia oferecida pela ora Agravante tem por objeto as ocorrências verificadas na revisão da Resolução nº 2.389 da ANTAQ, especialmente no tocante à previsão de futuro estabelecimento de preço teto para cobrança de SSE.

Como previsto na nova minuta de norma da ANTAQ, o “Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE: preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos,



pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante”.

Ainda, estabeleceu que “O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC”.

Ou seja, o SSE é cobrado pelo Terminal Portuário dos Terminais Retroportuários Alfandegados – TRAs. A possível criação de preços-teto vai afetar tanto os contratos de arrendamento celebrados com mais de vinte terminais portuários nos quinze principais portos no país quanto aos demais atores do setor portuário.

Importa destacar que o ora Agravante não discute o mérito da cobrança do SSE. Busca-se a observância da norma legal para a revisão da norma pela ANTAQ.

Nessa condição, a Agravante possui legítimo interesse na discussão objeto do presente feito. Na condição ao menos de *amicus curiae*, tem condições de apresentar manifestações e informações que possam servir de embasamento para as análises a serem realizadas por esse E. TCU.

VI – PEDIDO

Diante do exposto, a ora Agravante requer a reforma ou reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de seu ingresso como parte interessada. Espera, assim, a sua admissão como interessada no feito, ou, subsidiariamente, pelo menos na condição de *amicus curiae*.

Caso não seja esse o entendimento de Vossa Excelência, requer-se a submissão do feito à apreciação do colegiado, protestando pelo acolhimento integral do presente recurso, para os fins mencionados acima.

É o relatório.

VOTO

Irresignada com o conteúdo do despacho proferido à peça 20, que indeferiu seu pedido de ingresso como parte interessada, a denunciante interpôs o agravo (peça 33) que ora se aprecia.

2. Consoante se depreende do recurso apresentado pela recorrente, transcrito integralmente no relatório precedente, os principais argumentos que fundamentam o seu agravo são os seguintes:

a) possui ampla atuação e associados relevantes, uma vez que os terminais associados à ora Agravante respondem por parte considerável de toda movimentação anual de contêineres no Brasil, o que lhe permitiria fazer contribuições pertinentes à análise das questões em discussão;

b) não representa o interesse individual de suas associadas, pois seu objetivo institucional é a promoção eficiente da prestação de serviços públicos portuários;

c) os mesmos motivos que levaram à sua admissão como *amicus curiae* no TC 014.624/2014-1 se aplicam ao presente processo;

d) embora não haja previsão específica da figura do *amicus curiae* no RITCU, é possível adotar as previsões do CPC de forma subsidiária; e

e) possui interesse legítimo na discussão objeto do presente feito e que ao menos na condição de *amicus curiae* teria condições de apresentar manifestações e informações que poderiam servir de embasamento para as análises a serem realizadas por esse E. TCU.

3. Preenchidos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 289 do RITCU, conheço do agravo em relação ao indeferimento de ingresso da denunciante nos presentes autos.

4. Quanto ao mérito, mantenho o entendimento adotado no despacho agravado, razão pela qual não merece prosperar o pleito da recorrente.

5. A jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que o papel do denunciante/representante consiste em iniciar a ação fiscalizatória e que a partir daí o TCU conduzirá as apurações, não cabendo ao TCU tutelar interesses privados. O interessado deve demonstrar ainda razão legítima para intervir nos autos, em especial a possibilidade de atingimento a direito subjetivo próprio.

6. No caso concreto, as possíveis irregularidades denunciadas ainda estão em fase de análise, aguardando a manifestação da Antaq, para que posteriormente este Tribunal se manifeste acerca do mérito da denúncia, momento em que se verificará a presença de interesse público, bem como eventual



prejuízo a direito subjetivo próprio. Ainda assim, não haverá sucumbência à associação que representa empresas do setor portuário, razão pela qual não há interesse legítimo em intervir como parte.

7. Em relação ao pedido subsidiário para ingresso nos autos na condição de *amicus curiae*, conforme dispõe o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), cabe ao relator, por decisão irrecurável, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica para se manifestar nos autos, sempre considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

8. Em virtude disso, deixo para manifestar-me quanto ao acolhimento da agravante como *amicus curiae* desta Corte após o julgamento do presente agravo.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2100/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.408/2019-0.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Agravo (Denúncia).
3. Recorrente: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos este agravo interposto pela **denunciante** contra despacho proferido por este Relator, por meio do qual foi indeferido seu pedido de habilitação como interessada neste processo.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do presente agravo para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação à agravante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2100-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

**GRUPO II – CLASSE IV – PLENÁRIO**

TC 004.959/2015-9 [Apenso: TC 020.925/2017-4]

Natureza: Tomada de Contas Especial**Órgão/Entidade/Unidade:** Município de Aquiraz/CE

Responsáveis: Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmar Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda. – EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95), Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31), Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20)

Representação legal: Hellen Rocha Diniz (OAB/CE 16.362), Eugênio de Araújo Oliveira e Lima (OAB/CE 18.264), Jaime de Moraes Veras Júnior (OAB/CE 16.921), Caio Frota Rodrigues (OAB/CE 21.933), Danielle de Farias Oliveira (OAB/CE 26.779), Danielle Capistrano Rolim Mota (OAB 20.015/CE), Alcimor Aguiar Rocha Neto (OAB/CE 18.457), e outros

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO DE REPASSE. INSTAURAÇÃO POR FORÇA DO ACÓRDÃO 164/2013-TCU-PLENÁRIO. INDÍCIOS DE FRAUDE NA LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM CAPACIDADE OPERACIONAL. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA A COMPROVAÇÃO DA FRAUDE À LICITAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE NÃO VENCERAM O CERTAME. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA QUANTO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM CAPACIDADE OPERACIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS E AS OBRAS REALIZADAS. OCORRÊNCIA DE FRAUDE À LICITAÇÃO POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO.

RELATÓRIO

A Secex/CE elaborou a instrução de mérito à peça 181, reproduzida a seguir, a qual recebeu a aprovação dos dirigentes daquela unidade técnica.

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial autuada como apartado do TC 013.676/2012-1, por força do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, com vistas a apurar possíveis fraudes na execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567) celebrado entre o município de Aquiraz/CE e o Ministério do Turismo, com interveniência da Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 1.971.585,00.

HISTÓRICO

2. Em Sessão de 6/2/2013, este Tribunal prolatou o Acórdão 164/2013-TCU-Plenário nos seguintes termos:

(...)

9.5. determinar à Secex/CE que identifique, realizando as diligências que entender necessárias, os pagamentos realizados no âmbito do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567) após 01/07/2011;

9.6. determinar, com fundamento no art. 12, inciso II, da Lei 8.443/1992, a citação solidária, conforme a discriminação das irregularidades e as condutas constantes do subitem 5.5 da Proposta de Encaminhamento (item 5) do Relatório de Fiscalização 599/2012, dos responsáveis Ritelza Cabral Demétrio, Prefeita Municipal de Aquiraz/CE no período de 1º/1/2005 a 31/12/2008; Edson Sá, Prefeito Municipal de Aquiraz/CE no período



de 1º/1/2009 a 11/6/2012; Ecmar Demétrio Monte Coelho, Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 3/5/2008 a 29/11/2008; Francisco Rafael Duarte Sá, Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 5/1/2009 a 11/6/2012; Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Assessor Técnico Especial no período de 1º/1/2005 a 11/6/2012; Liana Rangel Borges, Presidente da Comissão Especial de Licitação; Maria Ieda Dantas, Francisco José Maia de Aguiar e Marion Merten, membros da Comissão Especial de Licitação; Lest Engenharia Ltda. EPP e seu sócio administrador Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00); Nabla Construções Ltda. e seus sócios administradores José Cidrão Filho e Manoel Carvalho Cidrão; Construtora Girassol Ltda., seu sócio administrador Jardel Gonçalves da Silva e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus; Construtora Edmilson Pinheiro e seu sócio administrador José Edmilson Carvalho Pinheiro, para que, no prazo de quinze dias a contar da ciência desta deliberação, apresentem alegações de defesa para as irregularidades que lhes são imputadas, relacionadas à execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567), celebrado entre o Município de Aquiraz/CE e o Ministério das Cidades, com a interveniência da Caixa Econômica Federal, ou promovam o recolhimento, aos cofres do Tesouro Nacional, das importâncias abaixo discriminadas, com os acréscimos legais calculados a partir das datas de ocorrência até a do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

Data de ocorrência	Valor (R\$)
14/08/2009	860.611,44
07/12/2009	114.928,56
14/05/2010	229.653,90
21/12/2010	161.843,02
30/03/2011	82.947,00
01/07/2011	212.478,70

(*) Parcelas a serem incluídas conforme os pagamentos identificados por determinação do subitem 9.5 deste Acórdão.

9.7. determinar a oitiva das empresas Goiana Construções Ltda., Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda., Lest Engenharia Ltda., Virga Construções Ltda. (Athos Construções Ltda.), Cosampa Projetos e Construções Ltda., nas pessoas dos seus representantes legais, para que apresentem justificativas sobre as evidências de fraude (conforme descrito no subitem 5.8 do item 4 do Relatório que fundamenta o presente acórdão) à Tomada de Preços 008/2008, promovida pela Prefeitura Municipal de Aquiraz-CE vinculada ao Contrato de Repasse 0229599-61/2007 (Siafi 613865), firmado com o Ministério do Turismo, destinado à construção de praças públicas nas localidades de Gruta e Serpa, no município, caracterizando-se em situação passível a ensejar a aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/92;

9.8. determinar a oitiva das empresas Lest Engenharia Ltda., Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro Ltda., nas pessoas dos seus representantes legais, para que apresentem justificativas sobre as seguintes evidências de fraude (conforme descrito no subitem 5.9 do item 4 do Relatório que fundamenta o presente Acórdão) à Concorrência 002/2008, promovida pela Prefeitura Municipal de Aquiraz-CE vinculada ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567), firmado com o Ministério das Cidades, destinado à execução de pedra tosca em segmentos da malha viária urbana/rural no município, caracterizando-se em situação passível a ensejar a aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/92;

9.9. determinar à Secex/CE que:



9.9.1. remeta cópia do presente acórdão, acompanhado das peças que o fundamentam, bem como do Relatório de Fiscalização 599/2012, juntamente com os respectivos ofícios de citação, objetivando subsidiar a defesa dos responsáveis;

9.9.2. na medida do possível, e considerando o compartilhamento de informações já autorizado pela Justiça Federal, colha junto às autoridades encarregadas da investigação policial ou junto ao Ministério Público Federal, ou à própria Justiça, outros elementos de prova capazes de reforçar os indícios de execução fraudulenta dos convênios e contratos de repasse, caso se revelem necessários ao exame de mérito dos processos de tomada de contas especial, inclusive de modo a identificar outras pessoas participantes que, eventualmente, fizeram uso de ‘laranjas’, observando, em todo caso, os procedimentos necessários à ampla defesa e ao contraditório no uso de prova emprestada, e

9.10. cientificar, com fulcro no art. 198, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, o Ministro de Estado das Cidades e o Ministro de Estado do Turismo acerca da instauração de tomada de contas especial relativa aos contratos de repasse tratados nestes autos.

3. Considerando as determinações contidas do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, relaciona-se a seguir as comunicações processuais emitidas pela Secex/CE:

Ofício	Peça	Natureza	Responsável	Recebimento	Defesa
1089/2015	20	Citação	Liana Rangel Borges	47	68
1090/2015	21	Citação	Maria Ieda Dantas		65
1087/2015	22	Citação	Francisco Rafael Duarte Sá	50	69, 84
1088/2015	23	Citação	Antonio Napoleão Leite Filgueiras	44	92
1086/2015	25	Citação	Ecmar Demétrio Monte Coelho	91	88
1091/2015	26	Citação	Francisco José Maia de Aguiar	45	67
1092/2015	27	Citação	Marion Mirtten	49	66
1093/2015	28	Citação	Lest Engenharia Ltda.	41	82
1094/2015	29	Citação	Luiz Eduardo Studart Gomes Junior	40	80
1095/2015	30	Citação	Nabla Construções Ltda.		96
0302/2017	131	Oitiva	Nabla Construções Ltda.		175
0637/2017	160	Oitiva	Nabla Construções Ltda.		
0639/2017	164	Oitiva	Nabla Construções Ltda.		
0640/2017	166	Oitiva	Nabla Construções Ltda.		
0638/2017	162	Oitiva	Nabla Construções Ltda.	169	
1096/2015	31	Citação	José Cidrão Filho	48, 145	95
1097/2015	32	Citação	Manoel Carvalho Cidrão	172	99
1711/2015	97	Citação	Manoel Carvalho Cidrão	98	
1098/2015	33	Citação	Construtora Girassol Ltda.	51	93
1099/2015	34	Citação	Jardel Gonçalves da Silva	46	129/130 edital
1100/2015	35	Citação	Daniel Arruda de Jesus Proc. Jardel Gonçalves		
1101/2015	36	Citação	CEP Construtora Edmilson Pinheiro Ltda.	39	63, 64, 173, 174
0304/2017	133	Oitiva	CEP Construtora Edmilson Pinheiro Ltda.		
0704/2017	157	Oitiva	CEP Construtora Edmilson Pinheiro Ltda.		
0710/2017	152	Oitiva	CEP Construtora Edmilson Pinheiro Ltda.	154	
1102/2015	37	Citação	José Edmilson Carvalho Pinheiro	42, 146	
0704/2017			José Edmilson Carvalho Pinheiro	168	64
1047/2015	38	Citação	Ritelza Cabral Demétrio	79, 113	
1085/2015	24	Citação	Edson Sá	43	125, 126, 127, 128
2683/2016			Daniele Capistrano Rolim Mota	120 e 122	86
0303/2017	135	Oitiva	Caio Frota Rodrigues Proc. Const. Girassol	142	s/r
0300/2017	137	Oitiva	Eugenio de Araujo e Oliveira Proc. Lest Engenharia Ltda.	143	s/r
Legenda:					
* s/r - sem resposta					

EXAME TÉCNICO

4. A presente auditoria foi realizada na Prefeitura Municipal de Aquiraz/CE com o objetivo de apurar, por meio de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), notícias veiculadas na imprensa acerca de grupos organizados de pessoas e empresas atuando no Estado do Ceará com o objetivo de realizar fraudes e conluio em licitações e desviar recursos públicos de responsabilidade dos municípios daquele estado.

5. Em pareceres uniformes, a Secex/CE solicitou a conversão dos autos em TCE, proposta acatada pelo E. Ministro Relator, objeto do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário (peça 4), tendo os responsáveis sido regularmente citados e chamados a pronunciar-se por meio de oitivas (Tabela 01)



6. Impende destacar que o Sr. Jardel Gonçalves da Silva foi considerado revel face não haver sido localizado nos endereços constantes das bases deste Tribunal, nem ter atendido ao chamado aos autos mediante edital (peças 129/130).

7. Face o princípio do contraditório e da ampla defesa, passa-se ao exame das alegações de defesa apresentadas.

a) Responsável - Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Prefeita Municipal de Aquiraz/CE no período de 1º/1/2005 a 31/12/2008

Irregularidades:

a.1) não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação dos membros da Comissão Especial de Licitação e do Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, em relação à Concorrência 002/2008 e ao contrato dela resultante, permitindo a ocorrência de:

- Formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93:

A proposta da empresa vencedora - Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) apresentou desconto de 1% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura; A Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária; A Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95) apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item 'Serviços Preliminares' e para todos os subitens do item 'Movimento de Terra' (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados - segmentos 6 a 10 (Acesso Psf – Camará; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Rua Principal do Jacundá - Jacundá/Sede; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Estrada Eusébio / Camará - Tapuio). De forma inconsistente, apresentou, para dois dos mesmos itens de serviços (Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) preços unitários diferentes em relação a outros dois segmentos – segmentos 3 e 4 (CE 040 –Genipapeiro; Localidade de Genipapeiro). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base; A empresa Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67) aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,5% sobre praticamente todos os itens da planilha de serviços (Serviços Preliminares; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 15,0 km; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 10,0 km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora; Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), à exceção de quatro deles (Regularização de Subleito com Motoniveladora e Compactação Mecânica c/ Rolo Liso, iguais ao orçamento-base; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão basculante; Reforma de Pavimentação em Pedra Tosca c/ Reaproveitamento) (item 3.2.1).

- Contratação da licitante Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), decorrente do referido processo licitatório, empresa esta que não possuía estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de



vias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 125/128):

8. Em suas preliminares de defesa, a responsável alegou ausência de responsabilidade nas irregularidades que lhe são imputadas, em razão de não haver participado dos atos de homologação do certame, tampouco de contratação da empresa vencedora (peça 125, p. 4-5). Segundo a gestora, os atos da licitação foram praticados pela CPL, a adjudicação/homologação e atestos pelo secretário municipal competente e os pagamentos, aditivos contratuais e prestação de contas pelo prefeito sucessor e secretário municipal deste, tendo os atos jurídicos sido analisados pela procuradoria jurídica do município.

9. Entende a ex-prefeita que tais atos deveriam ser atribuídos àqueles que os teriam executado. Defende ao caso à aplicação do princípio da aderência a diretrizes e normas, à sistemática de descentralização administrativa implantada no município (Leis 287/99 e 640/2007 e o art. 209 do RITCU que só responsabiliza o agente público que pratica o ato irregular. Ainda em alusão aos atos praticados, a ex-gestora trouxe à baila entendimento do STF sobre delegação de competência (MS 24.732/DF, DJ 12/5/2004). De acordo com o excerto transcrito a autoridade delegante não poderia responder por ato praticado pela autoridade delegada.

10. Para reforçar o mencionado posicionamento, defende sua presunção de inocência, ante inexistir contra sua pessoa provas concretas, precisas e definidas quanto às irregularidades noticiadas, muito mais quando as provas apontam para a responsabilidade de outrem, consoante Parecer CJ 1/98 da AGU. Neste mesmo diapasão lembrou que em julgado deste Tribunal (TC 036.234/2011-7), a SEINFRA não teria vislumbrado nexo causal entre a conduta imputado à gestora junto ao Contrato de Repasse 0198505-67/2006 que, segundo ela, seria situação análoga a que ora se apresenta.

11. Em outro trecho da defesa, a responsável destaca que o Tribunal estaria relativizando a aplicação do entendimento da *culpa in vigilando* e *in elegendo*, uma vez que as peculiaridades de cada caso deveriam nortear a necessidade da aplicação desses pressupostos, ao passo que solicita o julgamento das contas regulares.

12. Quanto à falta de capacidade operacional da empresa Lest Engenharia Ltda. (Contrato de Repasse 0242055-65/2007, Siafi 612567), informou que as obras foram devidamente executadas pela contratada, não havendo que se falar da contratação de terceiros para execução do empreendimento por parte desta, por falta de provas robustas neste sentido. Argumentou que a licitante apresentou toda a documentação comprovando a capacidade técnico-operacional, possuía trabalhadores empenhados na conclusão dos serviços e os serviços teriam sido acompanhados por engenheiro da prefeitura que assinara os boletins de medição, posteriormente confirmados pelos Relatórios de Acompanhamento da Caixa Econômica Federal.

13. Em que pese a eventual sobrepreço da obra realizada, destacou a responsável a inexistência de quaisquer prejuízos ao erário em razão da conclusão da obra. Informa que solicitou a realização de perícia tendo sido atestado a compatibilidade dos preços praticados com os valores de mercado, utilizando como base a Tabela SINAPI e BDI de 20% nos termos do Acórdão 325/2007-Plenário. De acordo com a gestora, tal metodologia teria produzido valor inferior ao licitado pela prefeitura de Aquiraz/CE, atestando assim a não existência de sobrepreço.

14. No que se refere a alinhamento de preço noticiado, posicionou-se a ex-prefeita de que não haveria qualquer irregularidade na existência de descontos lineares, conforme Acórdão 23331-33/2013-Plenário. Defende a gestora que os preços praticados pelas licitantes são de responsabilidade desta e que seriam oriundos de uma mesma base de cálculo, no caso o orçamento da prefeitura, não havendo que se falar em conluio.

15. A responsável em sua defesa argumenta quanto à baixa materialidade do valor da obra frente ao montante manuseado pela defendente durante a sua gestão (R\$ 244.264.338,72), à semelhança do decidido no TC 003.178/2002-9 (item 6), caso sejam superados os pressupostos de defesa



apresentados, enfatizando mais vez a inexistência de sobrepreço, superfaturamento e dano ao erário, e tendo ocorrido a adequação dos preços praticados aos valores de mercado.

16. Por último, solicita que as contas sejam julgadas regulares ou alternativamente regulares com ressalva e em caso negativo, em caso de condenação a eventual ressarcimento ao erário, seja-lhe adotado os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Análise:

17. Inicialmente, quanto ao argumento de ilegitimidade passiva frente a eventual delegação de competência ou não haver participado diretamente dos atos propugnados como irregulares, não exime o gestor de responder pela irregularidade com base na culpa *in elegendo* ou na culpa *in vigilando* (Acórdãos 1001/2018-TCU-1ª. Câmara, Ministro Relator Bruno Dantas; 10463/2016-TCU-2ª. Câmara, Ministro Relator André de Carvalho; 2818/2015-TCU-Plenário-Augusto Nardes). Não obstante há entendimento de que essa responsabilidade não é automática ou absoluta, devendo ser analisada no caso concreto (Acórdão 8028-TCU-2ª. Câmara, Ministra Ana Arraes).

18. No caso em tela, a simples delegação de competência dos atos administrativos – apresentou várias leis de delegação de competência - ou assertiva desta acerca da movimentação significativa de recursos financeiros pelo município durante a sua gestão, não tem o condão de afastar a jurisprudência dominante desta Corte, posto que não trouxe aos autos elementos de convicção, mínimos, para exame.

19. Em que pesem o conluio das participantes e a contratação de empresa sem capacidade operacional, a responsável não trouxe fatos novos que pudessem alterar os elementos de convicção contidos nos autos. Limitou-se, apenas, a desconsiderar os fatos elencados.

20. Importa repisar que as empresas foram de encontro ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1º da Lei de Licitações), posto que de forma intencional não demonstraram interesse em apresentar propostas compatíveis com os preços de mercado, porém simularam a participação no certame (art. 90) mediante a apresentação de proposta com a aplicação de descontos lineares e similares e/ou cópia do orçamento base da Administração (Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas).

21. Em sentido contrário, o Tribunal tem desconsiderado a tese do conluio desde que a aplicação linear de preços não esteja acompanhada de outros elementos que corroborem a tese do conluio (Acórdão 809/2017-TCU-Penário, Ministro Benjamin Zymler). Entendemos não ser o presente caso.

22. Especificamente em relação a uma das concorrentes, Construtora Girassol Ltda., a equipe de auditoria identificou sócio interposto (laranja), visto que possuía vários vínculos incompatíveis com a função de sócio. Destacou-se que o Sr. Jardel Gonçalves da Silva trabalhou em 2006 em empresa agroindustrial como ‘trabalhador volante da agricultura’, e em 2010 como ‘confeiteiro’ em uma panificadora, percebendo em ambos os casos remuneração da ordem de um salário mínimo.

23. Quanto à empresa vencedora, mencionou-se a falta de mão de obra suficiente para realização dos serviços (informações da RAIS), situação incompatível com volume de recursos auferidos em outras obras pagas pela CEF e demonstrados também no site do TCM/CE.

24. Com base na Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego – RAIS, no exercício de 2008, ano em que foi realizada a licitação, a empresa vencedora do certame, Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), possuía registro de apenas três funcionários (um técnico de obras civis, um gerente de produção e operações, e um servente), situação esta que perdurou também no exercício de 2009 (o servente trabalhou apenas até 12/5/2009), muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva.

25. Tal quantitativo de funcionários era incompatível com o volume de serviços contratado, a teor do demonstrativo consolidado da CEF/GIDUR/FO quando da análise do orçamento proposto, que evidenciou uma metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de artérias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação no município de Aquiraz/CE, acarretando um contrato no valor de R\$ 1.951.497,36.

26. Por sua vez, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que no exercício de 2009 foi efetivada medição de serviços pela



Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício.

27. Acrescente-se que, segundo informações disponibilizadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, a Lest Engenharia recebeu do município de Aquiraz/CE, nos exercícios de 2008 e 2009, os montantes de R\$ 872.402,27 e R\$ 1.536.415,29, respectivamente, por serviços supostamente prestados por referida empresa.

28. Em que pese a perícia apresentada com vistas a demonstrar a consonância de preços praticada pela licitante contratada e o mercado (peça 125, p. 27-34), impende demonstrar que ela não vincula o convencimento do julgador, mas tão somente comprova o fim a que se propôs, ou seja, que os preços eram compatíveis com os praticados no mercado, aliás cumprindo o que determinava o art. 43 da Lei de Licitações. Não obstante, esta questão não tem o condão de interferir no exame do conluio ou alinhamento por parte das licitantes e agentes da Administração, visto que uma vez realizado tinha por finalidade fraudar o certame, podendo a compatibilidade de preços e o conluio, neste sentido, coexistirem entre si.

b) Responsável: Ecmarr Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 3/5/2008 a 29/11/2008

b.1) Adjudicou e homologou a Concorrência 002/2008, assinando o contrato dela resultante, bem como notas de liquidação, na qual foi constatada a ocorrência de:

- Formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93:

A proposta da empresa vencedora – Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) apresentou desconto de 1% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura; A Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária; A Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95) apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item ‘Serviços Preliminares’ e para todos os subitens do item ‘Movimento de Terra’ (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados – segmentos 6 a 10 (Acesso Psf – Camará; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Rua Principal do Jacundá – Jacundá/Sede; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Estrada Eusébio / Camará – Tapuio). De forma inconsistente, apresentou, para dois dos mesmos itens de serviços (Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) preços unitários diferentes em relação a outros dois segmentos – segmentos 3 e 4 (CE 040 – Genipapeiro; Localidade de Genipapeiro). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base; A empresa Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67) aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,5% sobre praticamente todos os itens da planilha de serviços (Serviços Preliminares; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 15,0 km; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 10,0 km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora; Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), à exceção de quatro deles (Regularização de Subleito com Motoniveladora e Compactação Mecânica c/ Rolo Liso, iguais ao orçamento-base; Carga

Mecanizada de Terra em Caminhão basculante; Reforma de Pavimentação em Pedra Tosca c/ Reaproveitamento) (item 3.2.1).

- Contratação da licitante Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), decorrente do referido processo licitatório, empresa esta que não possuía estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego – RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de vias urbanas/_urais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 88):

29. O responsável alegou tratar-se de mera formalidade que deveria estar aos cuidados da CPL, não competindo ao defendente ater-se a tais nuances, devido às inúmeras atribuições do cargo que desempenhava. Trouxe à baixa, para corroborar seu entendimento trecho do MS 24.732, publicado no DJ de 12/5/2004, segundo o qual a autoridade delegada atuaria sob forma autônoma, não restando ao delegante responsabilidade pelos atos praticados por aquele.

30. Ainda segundo ele, não caberia a sua pessoa qualquer atribuição inerente ao processamento das propostas de preços de competência exclusiva da CPL, consoante arts. 44, § 1º/4º e 51, caput da Lei de Licitações. Apontou a inexistência de comprometimento do caráter competitivo, visto que os preços ofertados teriam sido apresentados com base na planilha de preços elaborada pela Administração, da qual se percebe que houve acréscimo de pequena variação percentual.

31. Salientou que caso tivesse havido transcrição literal das propostas de preços, mesmo assim não haveria ilegalidade alguma, visto que a legislação permite sorteio para esse tipo de situação. Ao final declarou estarem os achados desprovidos de base legal e não passarem de meras suposições.

32. No que pese à contratação de empresa sem capacidade operacional, resultante de fraude/conluio entre as participantes, invocou o princípio da legalidade contido no art. 3º da Lei de Licitações e da norma editalícia a qual se encontra vinculada à Administração, não havendo espaços para sobreposição do interesse particular frente ao público. De acordo com este, somente foi exigida dos partícipes a documentação contida nos arts. 27 a 31 da Licitações, razão pela qual não poderia haver indicação para apresentação da RAIS, por exemplo, ou normatização de outros requisitos a critério da CPL, cabendo tal *múnus* ao Poder Legislativo. Se assim não o fosse, os atos praticados pela comissão seriam objeto de invalidação na fase de julgamento que segue critérios objetivos (art. 44). Ao final defendeu que todas as exigências de habilitação contidas no instrumento convocatório foram pontualmente atendidas.

33. Em referência ao desconto linear, entende que não é competência da comissão de licitação inabilitar empresas por tão ínfimas aferições. Argumentou que as atribuições da CPL se limitam a verificação da regularidade fiscal, aptidão jurídica e qualificação técnica dos interessados, ultrapassadas estas não há mais o que se falar em inaptidão ou falta de estrutura operacional para execução dos serviços prestados.

34. Declarou que os preços são de responsabilidade dos licitantes, resultando semelhanças devido a mesma base de cálculo (proposta orçamentária da prefeitura) e quanto a estes, o Tribunal não fez qualquer alusão a eventual sobrepreço ou superfaturamento na licitação em comento, o que reforçaria a tese da escolha da melhor proposta. Por outro lado, haveria entendimento neste Tribunal de aceitação quanto à legalidade da concessão de descontos lineares (Acórdão 23331-33/13-TCU-Plenário), tendo enfatizado que os serviços foram devidamente prestados e fiscalizados.

35. Ademais, solicitou o recebimento das presentes alegações de defesa e arquivamento do processo.

Análise:



36. De antemão, cabe frisar que o Tribunal entende que a autoridade homologadora é solidariamente responsável pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza, de acordo com o TCU, em atividade de controle praticada pela autoridade competente que não pode ser tido como meramente formal ou chancelatória (Acórdão 4843/2017-TCU-1ª. Câmara, Ministro José Múcio Monteiro).

37. Embora, efetivamente, caibam aos proponentes a responsabilidade dos preços ofertados, também é dever da Administração verificar a consonância deste com os valores de mercado (art. 43, inc. IV da Lei de Licitações), com as normas _ditalícia e eventuais práticas atentatórias frente ao princípio da igualdade entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º e §1º, inc. I da Lei de Licitações). Isto quer dizer que não se deve tolerar situações contrárias a lei, a exemplo de situações fraudulentas tipificadas no art. 90 do estatuto licitatório.

38. Assim, a simples transcrição de preços ou aplicação de descontos lineares não exime a Administração, tampouco os seus prepostos - nas suas mais diversas escalas hierárquicas (CPL, secretários e prefeito) - de verificar eventuais máculas ao certame e não somente a mera consonância normativa da proposta com os termos do edital, como defendeu o responsável.

39. Quanto ao fato de equipe ter apresentado aos responsáveis outros elementos que não aqueles exigidos pela Lei de Licitações (arts. 27 a 31) – RAIS por exemplo - não há qualquer ilegalidade neste procedimento, haja vista a CPL não se cingir à simples conferência documental. Neste sentido o art. 43, § 3º da Lei de Licitações: É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

40. Em verdade, assiste razão ao responsável que este Tribunal tem entendido que, por si só, a aplicação de desconto linear não impõe a presunção de fraude a certame licitatório. Olvidou-se, no entanto, de complementar a decisão (Acórdão 809/2017-TCU-Plenário) de que tal entendimento só deve prosperar caso não haja outros elementos probatórios, não sendo o presente caso, eis que o exame do conluio das participantes e a contratação de empresa sem capacidade operacional, todavia, apontam em sentido contrário.

41. Importa repisar que as licitantes foram de encontro ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1º da Lei de Licitações), posto que de forma intencional não demonstraram interesse em apresentar propostas compatíveis com os preços de mercado, porém simularam a participação no certame (art. 90) mediante a apresentação de proposta com a aplicação de descontos lineares - e semelhantes - e/ou cópia do orçamento base da Administração (Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas).

42. Especificamente em relação a uma das licitantes, a Construtora Girassol Ltda., a equipe identificou sócio interposto (laranja), visto que possuía vários vínculos incompatíveis com a função de sócio, enquanto que a vencedora do certame, não dispunha de mão de obra suficiente para realização dos serviços (informações da RAIS), tampouco a demonstrou em outros empreendimentos, convalidando assertiva de não possuir situação compatível com volume de recursos auferidos em outras obras pagas pela CEF e demonstrados também no site do ex-TCM/CE.

43. Destarte, o conjunto das provas apontam na mesma direção, ou seja, que a burla foi intencional por parte das licitantes e em consequência há o afastamento da boa-fé dos envolvidos, devendo-se em razão disto propor-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas, bem como a proposição de rejeição das contas da responsável.

c) Responsáveis: Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Presidente da Comissão Especial de Licitação, **Maria Ieda Dantas** (CPF 241.373.403-15), **Francisco José Maia de Aguiar** (CPF 742.683.413-15), **Marion Merten** (CPF 606.368.404-25), membros da Comissão Especial de Licitação

c.1) - Realizou o processamento e julgamento do certame licitatório para a seleção de empresa a ser contratada sem adotar as providências saneadoras necessárias para garantir a sua regularidade,



assinando a Ata da respectiva sessão da Comissão Especial de Licitação alusiva à Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de:

- Formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93:

A proposta da empresa vencedora - Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) apresentou desconto de 1% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura; A Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária; A Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95) apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item 'Serviços Preliminares' e para todos os subitens do item 'Movimento de Terra' (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados - segmentos 6 a 10 (Acesso Psf – Camará; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Rua Principal do Jacundá - Jacundá/Sede; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Estrada Eusébio / Camará - Tapuio). De forma inconsistente, apresentou, para dois dos mesmos itens de serviços (Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) preços unitários diferentes em relação a outros dois segmentos – segmentos 3 e 4 (CE 040 –Genipapeiro; Localidade de Genipapeiro). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base; A empresa Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67) aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,5% sobre praticamente todos os itens da planilha de serviços (Serviços Preliminares; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 15,0 km; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 10,0 km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora; Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), à exceção de quatro deles (Regularização de Subleito com Motoniveladora e Compactação Mecânica c/ Rolo Liso, iguais ao orçamento-base; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão basculante; Reforma de Pavimentação em Pedra Tosca c/ Reaproveitamento) (item 3.2.1);

Alegações de defesa (Liana Rangel Borges) (peça 68):

44. Em suas preliminares de defesa, alegou que a Caixa analisa o processo antes da homologação e contratação, analisando o certame e os orçamentos concernentes, posto que solicita sejam afastadas quaisquer irregularidades.

45. No mérito, em relação a suposta falta de competitividade das licitantes defendeu que a licitação se deu estritamente em seguimento ao estatuto licitatório, notadamente em respeito ao art. 3º que delimita os seus vários princípios norteadores, dentre eles o da legalidade, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

46. Quanto a este, defendeu que não consiste em atribuição da CPL analisar eventual alinhamento, conluio ou situações similares praticadas pelas empresas interessadas, por ferir, segundo seu entendimento, o princípio da legalidade. Argumenta que a comissão está cingida à simples conferência dos termos da planilha trazida pelas licitantes com aqueles estabelecidos no edital.

47. Nesta mesma linha, advoga que não haveria quaisquer impedimentos a que empresas diversas, mas pertencentes a pessoas de uma mesma família tomasse parte em licitações instauradas na



Administração Pública, como é caso de sócios em comuns entre empresas distintas consoante entendimento deste Tribunal (Acórdão 2.341/2011-TCU-Plenário).

48. De igual modo, não pode a CPL inovar quando à seleção das propostas, por estar o procedimento cingindo ao art. 44 da Lei de Licitações. Entende que ultrapassada a fase de habilitação das propostas, a comissão não poderia utilizar de critérios não previstos no edital ou levantar informações outra que não àquelas pertinentes à licitação, ao edital, lei entre as partes e a própria legislação geral e específica.

49. Quanto à existência de descontos lineares, sustenta a legalidade do procedimento, inclusive em apreciação deste Tribunal (Acórdão 23331-33/13-TCU-Plenário), ao passo que solicita a aplicação isonômica do entendimento ao caso. Entende que uma vez elaboradas as propostas com base no orçamento base, as empresas poderiam apresentar similaridade de preços e aplicar descontos lineares ou não, cabendo a CPL verificar o menor valor global.

50. No que se refere aos preços diversos apresentados pela empresa Goiana para objetos similares, argumentou que eram menos que os do edital e foram julgados pelo menor preço global. Ademais declarou inexistir sobrepreço, dano ao erário e que as obras foram devidamente executadas.

51. Argumenta que a quantificação do débito não atendeu ao princípio da individualização da pena, posto que solicita a adequada dosimetria face os valores apontados. Por fim solicitou a exclusão da responsabilidade da responsável, e de forma suplementar pelo arquivamento do feito.

Alegações de defesa (Maria Ieda Dantas, Francisco José Maia de Aguiar e Marion Merten) (peças 65 a 67):

52. Preliminarmente, alegou que as obras realizadas e que as prestações de contas foram aprovadas pela Caixa.

53. No mérito, defendeu a legalidade do certame declarando que seguiu os ditames da Lei de Licitação, notadamente o art. 3º que trata da base principiológica, enfatizando o princípio da vinculação do termo de chamamento, o art. 40, caput e o art. 44, do julgamento objetivo.

54. Concernente a este, destacou que por força dos critérios objetivos, a administração estaria adstrita às regras estabelecidas no edital, não havendo espaço para inovação normativa por parte da CPL, tendo a própria Lei de Licitações delineado que regras a serem utilizadas (arts. 27 a 31). Nesta mesma linha entende que não caberia a CPL ingressar na seara de eventuais ilicitudes competidas pelas licitantes, do tipo conluio ou conchavos, visto não ser atribuição da comissão, salvo se provocada.

55. Quanto à existência de descontos lineares, advoga a aplicação de entendimento, segundo ela similar à situação contida no Acórdão 23331-33/13-TCU-Plenário que resultaria na exclusão da sua responsabilidade. Argumenta que a quantificação do débito não atendeu ao princípio da individualização da pena, posto que solicita a adequada dosimetria da punibilidade face os valores apontados, visto que os atos praticados pela CPL não de natureza atécnica.

56. Por outro lado, defendeu o posicionamento de que não haveria quaisquer impedimentos a que empresas diversas, mas pertencentes a pessoas de uma mesma família tomassem parte em licitações instauradas na Administração Pública, como é caso de sócios em comuns entre empresas distintas consoante entendimento deste Tribunal (Acórdão 2.341/2011-TCU-Plenário).

57. De outro modo, advogou a responsável que os preços apresentados pelos licitantes são de responsabilidade destes, calculados com base no orçamento apresentado pela prefeitura. A semelhança seria em decorrência dessa forma de cálculo e em caso de igualdade com a proposta da Administração, não caberia a desclassificação da interessada, mas sorteio como determina a lei de licitações.

58. No que se refere aos preços diversos apresentados pela empresa Goiana para objetos similares, argumentou que eram inferiores que os do edital e foram julgados pelo menor preço global, não havendo elementos para proceder a desclassificação da empresa. Declarou inexistir sobrepreço, dano ao erário e que as obras foram devidamente executadas. Por fim solicitou a exclusão da responsabilidade da responsável, e de forma suplementar pelo arquivamento do feito.

Análise:

59. Tendo em vista que as alegações de defesa da comissão de licitação guardam os mesmos pressupostos, serão analisadas em conjunto.

60. Impende destacar que nenhuma das alegações produzidas pelos responsáveis encontram-se acompanhadas de novos elementos de provas. Ademais, cabem ser refutados os argumentos iniciais de que a execução completa da obra, a fiscalização por parte da Caixa Econômica ou o fato de a Secex/CE não haver mencionado sobrepreço ou superfaturamento no seu exame seria suficiente para ensejar a regular aplicação dos recursos. Tais exames não independentes dada a competência atribuída a este Tribunal que possui origem constitucional (art. 70, parágrafo único da CF/88).

61. Também cabe rechaçar os argumentos de limitações das atribuições da CPL, eis que, tanto esta, quanto os licitantes são responsáveis frente à escorrita regularidade do certame. Às empresas cabe a proposição dos preços ofertados; à Administração e seus prepostos verificar a consonância deste com os valores de mercado (art. 43, inc. IV da Lei de Licitações), a consonância com as normas editalícias e eventuais práticas atentatórias ao princípio da igualdade e a seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º, § 1º, inc. I da Lei de Licitações). Isto quer dizer que não se devem tolerar situações contrárias à lei, a exemplo de situações fraudulentas tipificadas no art. 90 do estatuto licitatório.

62. Assim, a simples transcrição de preços ou aplicação de descontos lineares não exime a Administração, tampouco os seus prepostos - nas suas mais diversas escalas hierárquicas (CPL, secretários e prefeito) - de verificar eventuais máculas ao certame, não se limitando a comissão à mera conformidade normativa da proposta aos termos do edital. E tanto é assim que a comissão, embora esteja adstrita ao princípio da vinculação ao edital e aos elementos de verificação das condições técnicas e jurídicas contidos nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações, não se encontra impedida para colher outras informações que visem subsidiar suas análises.

63. Neste sentido o art. 43, § 3º da Lei de Licitações: é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. Portanto, não há espaços para interpretações de que a CPL estaria inovando no campo legislativo em realizar em exames sobre eventuais conluios ou conchavos, assim como estariam esgotadas suas atribuições face haver ultrapassadas etapas de exames anteriores.

64. Sob esta mesma ótica não há nenhum empecilho de ordem legal pelo fato de o Tribunal ter levado ao conhecimento da Administração informações acerca das licitantes (RAIS, p. ex.) com vista a subsidiar a defesa dos responsáveis, dando-lhe maiores mecanismos de decisão. A compreensão sistêmica da Lei de Licitações permite inferir que as atribuições da CPL não se cingem a simples conferência formal dos documentos que lhe são apresentados.

65. Não há dúvidas de que as propostas estavam alinhadas consoante demonstrou a equipe de auditoria. Em consequência, caberia aos responsáveis demonstrar que desenvolveram análises e que tal aspecto não teria implicado no resultado do certame, ao invés de negar de que não estaria incluído na sua competência. O exame dos elementos de prova trazido pelos interessados não demonstra tal análise.

66. O alinhamento guarda em si três observações. Primeira, é notória, visto que foi linear. Segunda, reside em descumprimento do art. 51 da Lei de Licitações, justamente sob o argumento do cumprimento das atribuições da comissão acerca da compatibilidade das propostas com os termos do edital. Terceira, poderia ensejar a prática de crime com o certame, uma vez comprovado.

67. Quanto a este último atributo, em que pese ao conluio das participantes e a contratação de empresa sem capacidade operacional, a comissão não trouxe fatos novos que pudessem alterar os elementos de convicção contidos nos autos. Limitou-se, apenas, a desconsiderar os fatos elencados, assim como o fez em relação ao alinhamento das propostas.

68. Destarte, importa repisar que as empresas foram de encontro ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1º, inc. I da Lei de Licitações), posto que de forma intencional não demonstraram interesse em apresentar propostas compatíveis com os preços de mercado, porém simular a participação no



certame (art. 90) mediante a apresentação de proposta com a aplicação de descontos lineares e similares e/ou cópia do orçamento base da Administração (Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas).

69. Embora, o Tribunal tenha desconsiderado a tese do conluio desde que a aplicação linear de preços não esteja acompanhada de outros elementos que corroborem a tese do conluio (Acórdão 809/2017-TCU-Penário, Ministro Benjamin Zymmler), entendemos não ser o presente caso.

70. Especificamente em relação a uma das licitantes, a Construtora Girassol Ltda., a equipe identificou sócio interposto (laranja), visto que possuía vários vínculos incompatíveis com a função de sócio, enquanto que a vencedora do certame, não dispunha de mão de obra suficiente para realização dos serviços (informações da RAIS), situação incompatível com volume de recursos auferidos em outras obras pagas pela CEF e demonstrados também no site do ex-TCM/CE.

71. Porquanto, o conjunto das evidências apontam na mesma direção, ou seja, que houve burla e esta foi intencional por parte das licitantes, afastando em consequência a boa-fé dos envolvidos.

72. Quanto aos argumentos da existência de sócios comuns entre as empresas licitantes, importa tecer alguns comentários. O Tribunal entende não ser possível sob a modalidade de convite (Acórdão 3108/2016-TCU-1ª. Câmara, Ministro Bruno Dantas). Para as demais modalidades de licitação (Acórdãos 2803/2016-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas; 2528/2011-TCU-Plenário, Ministro José Jorge; 1047/2012-TCU-Plenário, Ministra Ana Arraes) há que se verificar a ocorrência de fraude frente à frustração ao caráter competitivo. Embora a equipe tenha verificado mobilidade no quadro societário entre as empresas do certame, este aspecto não foi considerado como item da citação, portanto não será objeto do presente exame. De igual, modo procede-se em relação às alegações de defesa apresentadas quanto à empresa Goiana.

73. Ante o exposto, propõe-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas e a irregularidades das contas dos responsáveis.

d) responsável: Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Prefeito Municipal de Aquiraz/CE no período de 1/1/2009 a 11/6/2012

d.1) não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação do Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, bem como dos servidores municipais responsáveis pelos atestados dos serviços prestados, assinatura de medições e pelos pagamentos efetuados em relação à execução do contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), firma não detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com o objeto contratual, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 86):

74. Inicialmente, o responsável alegou a tempestividade das alegações de defesa e apresentou arrazoado das irregularidades que lhe foram atribuídas.

75. No mérito, defendeu a ausência de responsabilidade frente aos fatos que lhe foram atribuídos face ter assumido o cargo após a conclusão do certame, estando o contrato em curso. Alegou também que só ficou à frente da secretária de 2009 a 2012 e que o acórdão foi prolatado em 2013.

76. Em que pese ao contrato, afirmou que gozava de fé-pública, vinha sendo acompanhado pela CPL, assinado pelo gestor anterior, o qual estava revestido dos poderes de administração, gozando de presunção de veracidade. Negou a falta de supervisão dos atos do secretário municipal de planejamento e desenvolvimento, informando que antes de assinar qualquer aditivo solicitava posicionamento da procuradoria jurídica. Em seguida defendeu todos os atos praticado pelo então secretário declarando que se pautava pela estrita legalidade.



77. Quanto à realização de conluio, face a apresentação de preços com base no orçamento base da prefeitura, defendeu o procedimento por falta de impedimento de ordem legal. Informou que as empresas, em geral, aproveitam os custos dos materiais disponibilizados no edital para elaboração dos seus orçamentos.

78. Alegou a adoção do princípio da presunção de inocência quanto aos atos praticados, consoante entendimento constante do Parecer CJ 1/98 da AGU por falta de provas concretas, precisas e definidas, rogando que seja afastada a sua responsabilidade.

79. Nesta mesma linha, sugeriu inexistir dano ao erário ou má fé por parte do manifestante, sendo razão disto forçoso concluir por qualquer suposição de improbidade administrativa. Defendeu a distinção em ato ilegal e improbo, argumentando que, no máximo, suas contas fossem julgadas regulares com ressalva por falta de falha de natureza grave ou injustificada que verdadeiramente ocasionasse a desaprovação de suas contas ou imposição de débito.

80. Ao final, solicitou o afastamento da sua responsabilização, inclusive pecuniária, fosse declarada a inexistência de dano ao erário e não considerada qualquer manifestação de conduta por improbidade administrativa.

e) Responsável: Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 5/1/2009 a 11/6/2012

e.1) assinou termos aditivos de prorrogação de prazo de execução do contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), sendo também signatário das Notas de Empenho e Notas de Pagamento emitidas àquela firma, não sendo esta detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto contratual, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 84):

81. Inicialmente, o responsável alegou a tempestividade das alegações de defesa e apresentou arrazoado das irregularidades que lhe foram atribuídas.

82. No mérito, defendeu a ausência de reponsabilidade frente aos fatos que lhe foram atribuídos face ter assumido o cargo após a conclusão do certame, estando o contrato em curso. Alegou também que só ficou à frente da secretária de 2009 a 2012 e que o acórdão foi prolatado em 2013.

83. Em que pese à assinatura de aditivos, empenhos e aditivos, argumenta pela legalidade dos procedimentos realizados, que se baseou na lei de licitações, notadamente no art. 57 e que se fundamentou em pareceres jurídicos da procuradoria do município. Ademais, haveria presunção de inocência, consoante entendimento constante do Parecer CJ 1/98 da AGU por falta de provas concretas, precisas e definidas

84. Nesta mesma linha, sugeriu inexistir dano ao erário ou má fé por parte do manifestante, sendo razão disto forçoso concluir por qualquer suposição de improbidade administrativa. Defendeu a distinção em ato ilegal e improbo, argumentando que, no máximo, suas contas fossem julgadas regulares com ressalva por falta de falha de natureza grave ou injustificada que verdadeiramente ocasionasse a desaprovação de suas contas ou imposição de débito.

85. Quanto à realização de conluio, face a apresentação de preços com base no orçamento base da prefeitura, defendeu o procedimento por falta de impedimento de ordem legal.

86. Ao final, solicitou o afastamento da sua responsabilização, inclusive pecuniária, e que fosse declarada a inexistência de dano ao erário e não considerada qualquer manifestação de conduta por improbidade administrativa.

f) Responsável: Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87) - Assessor Técnico Especial no período de 1/1/2005 a 11/6/2012

f.1) Atestou o recebimento dos serviços nos respectivos documentos fiscais, sendo também signatário dos boletins de medições parciais em relação ao contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), não sendo esta detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto pactuado, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 92)

87. Declarou que era responsável pelo acompanhamento de diversas obras do município e somente aquele objeto do contrato de repasse mencionado na auditoria.

88. No tocante à obra em questão, informou que houve a regular construção do empreendimento, no prazo e qualidade determinado. Tal situação pode ser corroborada pelos relatórios emitidos pela Caixa Econômica.

89. Argumentou que não participou das etapas de exame de escolha das empresas, mas somente da execução das obras em si. Quanto a esta, informa que a empresa contratada realizou os serviços para os quais fora contratada, com a mão de obra e equipamentos a altura do exigido, o que contrariaria a falta de capacidade operacional.

90. Em face a falta de nexo causal mencionada pela equipe de auditoria, menciona que a possível contratação irregular não lhe pode ser atribuída visto que a sua responsabilidade se limita as medições acontecidas durante a execução da obra. Ao final, solicita a sua exclusão do rol de responsáveis.

Análise:

91. Tendo em vista que as alegações de defesa do prefeito, do secretário de planejamento e do assessor técnico guardam os mesmos pressupostos e referem-se a mesma administração, serão analisadas em conjunto.

92. A responsabilidade dos gestores diz respeito aos atos praticados pós término do certame e início da execução do contrato, visto que a equipe identificou que as assinaturas dos aditivos, pagamentos e fiscalização foram feitas na gestão do prefeito sucessor, portanto, somente eles poderiam avaliar se efetivamente a contratada estava executando com os próprios esforços os serviços licitados.

93. Em verdade não só em relação aos contratos, mas também os atos administrativos gozem presunção de legitimidade, esta não é absoluta, mas relativa, podendo em razão disto serem questionados. Nesta linha, os responsáveis não se quedam imunes a eventuais irregularidades, mesmo que submetam os atos de sua competência à procuradoria jurídica do município ou os delegam a terceiros, salvo culpa ou erro grosseiro desta que a torna solidária à autoridade solicitante (MS 24.631/DF STF, Pleno Ministro Joaquim Barbosa, DJe, 1/2/2008).

94. Os responsáveis individualmente defenderam a inexistência de conluio, entretanto, tais imputações não foram objeto das comunicações processuais a eles enviadas (Tabela 1), razão pela qual não será objeto do presente exame.

95. Olvidaram-se, todavia, de contestar o essencial, ou seja, a falta da capacidade operacional da empresa contratada, sob a qual realizaram aditivos, pagamentos e medições de serviços. A verificação ou não do conluio caberia à gestão anterior, visto que o exame documental se deu junto àquela Administração e, portanto, também a responsabilidade pela contratação. Entretanto, a execução contratual não, cuja responsabilidade do acompanhamento e exatidão dos fiéis executores cabe à administração sucessora.

96. Em análises anteriores restou demonstrado que a empresa vencedora do certame não a dispunha (capacidade operacional). A equipe de auditoria, com base nos sistemas disponíveis nesta Corte, levantou o quantitativo da mão de obra da empresa e concluiu frente ao volume de recursos



recebidos em obras públicas (Sistema SIM do ex-TCM/CE e obras pagas pela CEF) que seria improvável compatibilizar um e outro atributo.

97. Com base na Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa vencedora do certame, Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), possuía registro de apenas três funcionários (um técnico de obras civis, um gerente de produção e operações, e um servente), situação esta que perdurou também no exercício de 2009 (o servente trabalhou apenas até 12/5/2009), muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva.

98. Tal quantitativo de funcionários era incompatível com o volume de serviços contratado, a teor do demonstrativo consolidado da CEF/GIDUR/FO quando da análise do orçamento proposto, que evidenciou uma metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de artérias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação no município de Aquiraz/CE, acarretando um contrato no valor de R\$ 1.951.497,36.

99. Por sua vez, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que, no exercício de 2009, foi efetivada medição de serviços pela Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício.

100. Acrescente-se que, segundo informações disponibilizadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, a Lest Engenharia recebeu do Município de Aquiraz/CE, nos exercícios de 2008 e 2009, os montantes de R\$ 872.402,27 e R\$ 1.536.415,29, respectivamente, por serviços supostamente prestados por referida empresa.

101. Tal aspecto – falta de capacidade operacional – seria indubitavelmente mais facilmente comprovada pelos agentes responsáveis pela fiscalização do empreendimento que pela administração anterior. Aqueles agentes lograram participação decisiva na medida em que validaram serviços de terceiros como se fosse a contratada, quebrando assim o nexo causal entre a execução dos serviços e os valores pagos.

102. Nesta linha, são somente os responsáveis, os engenheiros que convalidaram os boletins de medição, o secretário municipal, mas também o gestor municipal sucessor, na qualidade de prefeito, em cuja gestão os pagamentos se efetivaram. Como se enfatizou anteriormente, somente eles tinham plenas condições de saber quem foram os verdadeiros executores dos serviços medidos e pagos.

103. Ante o exposto, propõe-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas e a irregularidades das contas dos responsáveis.

g) Responsável: Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89) e seu sócio administrador **Luiz Eduardo Studart Gomes Junior** (CPF 101.307.993-00)

g.1) - participou de licitação pública sagrando-se vencedora da Concorrência 002/2008 realizada pela Prefeitura de Aquiraz/CE, em que foi constatada a formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93:

Apresentou proposta com desconto de 1% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura; A Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária; A Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95) apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item ‘Serviços Preliminares’ e para todos os subitens do item ‘Movimento de Terra’ (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão

até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados - segmentos 6 a 10 (Acesso Psf – Camará; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Rua Principal do Jacundá - Jacundá/Sede; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Estrada Eusébio / Camará - Tapuio). De forma inconsistente, apresentou, para dois dos mesmos itens de serviços (Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) preços unitários diferentes em relação a outros dois segmentos – segmentos 3 e 4 (CE 040 –Genipapeiro; Localidade de Genipapeiro). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base; A empresa Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67) aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,5% sobre praticamente todos os itens da planilha de serviços (Serviços Preliminares; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 15,0 km; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 10,0 km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora; Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), à exceção de quatro deles (Regularização de Subleito com Motoniveladora e Compactação Mecânica c/ Rolo Liso, iguais ao orçamento-base; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão basculante; Reforma de Pavimentação em Pedra Tosca c/ Reaproveitamento) (item 3.2.1).

g.2) celebrou contrato com o Município de Aquiraz/CE, decorrente do referido processo licitatório, não possuindo a empresa estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de vias urbanas/ruRAIS com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva. Ademais, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que, no exercício de 2009, foi efetivada medição de serviços pela Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício (item 3.2.1).

Alegações de defesa (peça 82 e 80):

104. Os responsáveis, embora tendo apresentado alegações de defesa de forma individual, são similares os pressupostos apresentados, razão pelos quais serão analisados em conjunto.

105. Inicialmente, destaque-se que elaboraram arrazoado das irregularidades que lhe foram atribuídos. No mérito, defenderam a não responsabilização da empresa, a não participação da empresa e sócio em qualquer procedimento fraudulento e da ausência de vínculo entre os participantes do certame.

106. Quanto ao alinhamento de preços, negaram a prática da conduta, informando que não tiveram conhecimento das demais propostas das concorrentes e que a proposta continha variação notória dos custos ofertados.

107. Em relação ao desconto padrão oferecido, negaram a existência de má-fé, declarando que apenas optaram por ofertar seus preços um pouco mais baixo do que aqueles informados pela municipalidade. Esclareceram que se ainda fosse considerado ilegal, várias outras empresas participaram do certame o que afastaria a frustração ao caráter competitivo.

108. Manifestaram-se que praticaram todos os atos de boa-fé e que a Secex/CE não apontou vinculação entre a empresa e as demais licitantes, não havendo, portanto, infringência ao art. 90 da Lei de Licitações por ajuste ou combinação. Isto posto, frisaram ser nos processos administrativos a presunção de inocência princípio basilar, consoante entendimento da AGU.

109. Entendem que estariam sendo imputados fatos baseados em meras suposições, além do que a imputação integral e solidária do débito seria ilegal, visto não ter sido deduzidas as parcelas empregadas na obra. Ademais, a Secretaria não teria apontado qualquer superfaturamento, mas o contrário, os valores estariam de acordo com os praticados no mercado.

110. Quando aos preços praticados pela licitante, informaram que os valores ofertados eram bem inferiores aos valores constantes das Tabelas Seinfra e Sinapi, tendo as obras sido devidamente executadas e finalizadas. Neste sentido frisaram que as contas deveriam ser julgadas regulares.

111. No que se refere à capacidade técnica e operacional para execução do empreendimento, declararam que era inverídica a assertiva, visto que entregou a obra totalmente concluída e em perfeito estado, sendo variável a contratação de mão obra para esta modalidade de serviço.

112. Ao final requereram seja excluída a presente responsabilidade da empresa e de forma alternativa caso não aceite o presente pedido, aprovadas as contas da interessada e por último, eventualmente considerado no débito apurado os valores incidentes na obra.

Análise

113. Impende refutar os argumentos iniciais da execução completa da obra, de que os valores da obra eram inferiores aos custos das Tabela Seinfra e Sinapi, de que fora fiscalizada pela Caixa Econômica ou o fato de o Tribunal não haver mencionado sobrepreço ou superfaturamento no seu exame seriam suficientes para ensejar a regular aplicação dos recursos. Tais exames não independentes dada a competência atribuída a este Tribunal que possui origem constitucional (art. 70, parágrafo único da CF/88).

114. Em verdade os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, não obstante a doutrina também menciona que ela é relativa, razão pela qual pode-se questionar os atos dela resultantes, por não ser absoluta.

115. Nesta linha, o conluio mediante o alinhamento de preços não é demonstrado isoladamente como requerem os responsáveis, mas pelo conjunto dos fatos, dada a sofisticação como é perpetrado. Mesmo porque, como se observou das defesas, nenhum deles veio aos autos confirmar que a redução notória dos valores ofertados tinha por finalidade a fraude do certame.

116. Importa repisar que as empresas foram de encontro ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1º da Lei de Licitações), posto que de forma intencional não demonstraram interesse em apresentar propostas compatíveis com os preços de mercado, porém simular a participação no certame (art. 90) mediante a apresentação de proposta com a aplicação de descontos lineares e similares e/ou cópia do orçamento base da Administração (Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, Ministro Bruno Dantas).

117. Em sentido contrário, o Tribunal tem entendimento pela desconsideração da tese do conluio desde que a aplicação linear de preços não esteja acompanhada de outros elementos que a corroborem (Acórdão 809/2017-TCU-Penário, Ministro Benjamin Zymler). Entendemos não ser o presente caso, devendo-se associá-lo à falta de capacidade operacional da licitante vencedora e aos atributos do quadro societário das participantes.

118. Especificamente em relação a uma das concorrentes - Construtora Girassol Ltda. - a equipe de auditoria identificou sócio interposto (laranja), visto que possuía vários vínculos incompatíveis com a função de sócio. Destacou-se que o Sr. Jardel Gonçalves da Silva trabalhou em 2006 em empresa agroindustrial como ‘trabalhador volante da agricultura’, e em 2010 como ‘confeiteiro’ em uma panificadora, percebendo em ambos os casos remuneração da ordem de um salário mínimo.

119. Quanto à empresa vencedora, mencionou-se a falta de mão de obra suficiente para realização dos serviços (informações da RAIS), situação incompatível com volume de recursos auferidos em outras obras pagas pela CEF e demonstrados também no site do TCM/CE.



120. Com base na Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, no exercício de 2008, ano em que foi realizada a licitação, a empresa vencedora do certame, Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), possuía registro de apenas três funcionários (um técnico de obras civis, um gerente de produção e operações, e um servente), situação esta que perdurou também no exercício de 2009 (o servente trabalhou apenas até 12/5/2009), muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva.

121. Tal quantitativo de funcionários era incompatível com o volume de serviços contratado, a teor do demonstrativo consolidado da CEF/GIDUR/FO quando da análise do orçamento proposto, que evidenciou uma metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de artérias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação no município de Aquiraz/CE, acarretando um contrato no valor de R\$ 1.951.497,36.

122. Por sua vez, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que no exercício de 2009 foi efetivada medição de serviços pela Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício.

123. Acrescente-se que, segundo informações disponibilizadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, a Lest Engenharia recebeu do município de Aquiraz/CE, nos exercícios de 2008 e 2009, os montantes de R\$ 872.402,27 e R\$ 1.536.415,29, respectivamente, por serviços supostamente prestados por referida empresa.

124. Em que pese ao desconto padrão, não procede a alegação de ‘variação notória de custos ofertados’, visto se enquadrar mais no critério de desconto padrão mínimo dado ao valor concedido. De acordo com a informação prévia, a proposta da empresa vencedora - Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) continha desconto de 1,0% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE.

125. De igual forma não deve ser aceita a alegação de que a existência de várias empresas tenha preservado a competitividade entre as licitantes, haja vista, como demonstrado acima, os indícios apontam de forma clara que as empresas de forma intencional macularam a licitação objetivando com que uma delas se lograsse vencedora.

126. Por último, em referência a imputação pelo débito integral, este Tribunal entende que a fraude ao certame e os atos dela decorrentes, conluio, p. ex, maculam toda a aplicação dos recursos aplicados. Por consequência, não aproveitam os valores aplicados, visto que a malversação é de ordem integral.

127. Ante o exposto, deve-se afastar a boa-fé dos envolvidos e em razão disto propor-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas, bem como a proposição de rejeição das contas dos responsáveis, aplicação de multa com proposta de inidoneidade das empresas envolvidas.

h) Responsáveis: Nabla Construções Ltda. (CNPJ - 06.866.305/0001-67) e seus sócios administradores **José Cidrão Filho** (CPF 107.613.303-72) e **Manoel Carvalho Cidrão** (CPF 119.210.993-72); **Construtora Girassol Ltda.** (CNPJ - 05.055.759/0001-95), seu sócio administrador **Jardel Gonçalves da Silva** (CPF 021.834.173-31) e seu representante legal (procurador) **Daniel Arruda de Jesus** (CPF 321.836.663-15); **Construtora Edmilson Pinheiro** (CNPJ 01.025.226/0001-00) e seu sócio administrador **José Edmilson Carvalho Pinheiro** (CPF 091.595.923-20)

h.1) - participou de licitação pública (Concorrência 002/2008) realizada pela Prefeitura de Aquiraz/CE, em que foi constatada a formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93:

A proposta da empresa vencedora - Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) apresentou desconto de 1% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura; A Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária; A Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95) apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item 'Serviços Preliminares' e para todos os subitens do item 'Movimento de Terra' (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados - segmentos 6 a 10 (Acesso Psf – Camará; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Rua Principal do Jacundá - Jacundá/Sede; Trecho Estrada Lagoa de Telha - Genipapeiro; Estrada Eusébio / Camará - Tapuio). De forma inconsistente, apresentou, para dois dos mesmos itens de serviços (Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) preços unitários diferentes em relação a outros dois segmentos – segmentos 3 e 4 (CE 040 – Genipapeiro; Localidade de Genipapeiro). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base; A empresa Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67) aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,5% sobre praticamente todos os itens da planilha de serviços (Serviços Preliminares; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 15,0 km; Transporte de Material, exceto Rocha, em Caminhão até 10,0 km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora; Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), à exceção de quatro deles (Regularização de Subleito com Motoniveladora e Compactação Mecânica c/ Rolo Liso, iguais ao orçamento-base; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão basculante; Reforma de Pavimentação em Pedra Tosca c/ Reaproveitamento) (item 3.2.1).

Alegações de defesa (Construtora Girassol) (peça 93):

128. Inicialmente, defendeu os preços ofertados informando não haver qualquer ilegalidade na proposta apresentada pela empresa visto ter a mesma sido ofertada de acordo com os critérios de aceitabilidade contidos no edital. Salientou que não houve o descumprimento de nenhuma norma editalícia, não apresentando preços inexequíveis ou acima dos estipulados na planilha apresentada pela prefeitura.

129. Entende que a metodologia de aferição dos preços é inerente ao licitante, podendo ser linear ou não, faculdade que lhe é assegurada juridicamente pelo princípio da autonomia da vontade, não podendo ser considerada como conluio caso seja utilizada pelos participantes. Caso fosse restringida, segundo os representantes da responsável, estar-se-ia, indo de encontro a princípio da legalidade. Na presente situação, admitiu que adotou a sistemática de desconto linear e defendeu a inexistência de qualquer ilicitude devido que o mesmo procedimento possui amparo no RDC.

130. Segundo ele, o edital apenas demonstra o que é defeso e quando analisadas as propostas, cabe a Administração verificar a conformidade destas com as normas editalícias, bem como a verificação de que os preços ofertados se coadunam com os praticados no mercado (art. 43 da Lei de Licitações).

131. Explicou que, em razão de ter utilizado como parâmetro o orçamento base de preço, a única variável a se alterar foi o preço final em razão do BDI, tendo inclusive trazido manifestação neste mesmo sentido de Marçal Justen Filho. Argumentou que não existem regras jurídicas disciplinadas o cálculo do BDI e consequentemente a estipulação de preços unitários em planilhas orçamentárias de obras a serem apresentadas nas licitações.



132. Em que pese à formação de conluio, declarou não haver participado de nenhuma fraude e que envidou esforço para ganhar o certame, mas que não conseguiu. Neste sentido afirmou desconhecer os Srs. Keilthon Teixeira Costa e Vicente Ferreira Neto.

133. Em referência às irregularidades narradas quanto à empresa Goiana, afirmou não possuir relação com a licitante, razão pela qual não poderia responder pelos atos por ela praticados. Ao final solicitou a exclusão da sua responsabilidade dos autos e arquivamento do presente processo.

Alegações de defesa (Nabla Construções Ltda., José Cidrão Filho e Manoel Carvalho Cidrão) (peça 93, 95 e 99):

134. Os responsáveis, inicialmente, apresentaram arrazoado das irregularidades que lhe foram atribuídos. 135. No que se refere à participação da empresa na prática de conluio e/ou fraude em processo licitatório e a vinculação de sócios entre as demais licitantes, negaram a existência de quaisquer irregularidades.

136. No tocante ao alinhamento de preços declarado pela equipe, argumentaram que ofertaram preços em proporção menor àqueles existentes no orçamento proposto pela Administração que já possuía correlação entre seus itens. Para reforçar este argumento, salientaram não haver nos autos elementos fáticos de combinação ou ajustes entre a empresa e as demais licitantes, assim como na comprovação dos benefícios recebidos indevidamente por aquela. Isto, por si só impediria a aplicação do art. 90 da Lei 8666/93, aliado ao fato de que houve a participação de outras 3 empresas, o que implicaria assim na demonstração do caráter competitivo do certame.

137. Declararam que sua participação foi primada pela boa-fé em todo o certame e defenderam a competitividade dos preços ofertados, sendo superados apenas em termos de adequação ao mercado pela vencedora. Informaram que a obra foi devidamente concluída e que não houve superfaturamento e qualquer tipo de prejuízo ao erário.

138. Com base neste argumento, defenderam que os preços estariam compatíveis com o mercado, não havendo máculas, à medida que o gasto deve ser sempre o foco da licitude do procedimento licitatório, consoante entendimento deste Tribunal nos autos do TC 016.786/2003-9, 2ª. Câmara. Ainda segundo esta mesma compreensão, na pior das hipóteses suas contas poderiam ser julgadas regulares com ressalvas.

139. Defenderam, face ao valor do débito integral atribuído, que fossem deduzidos dos cálculos os valores incluídos na obra, além do que para efeito de julgamento das contas, na pior das hipóteses, fossem julgadas regulares com ressalvas em razão dos argumentos já discorridos (inexistência de superfaturamento, sobrepreço e vícios de qualidade). Ao final solicitaram a exclusão da responsabilidade da empresa do processo e de forma alternativa a aprovação das contas

Alegações de defesa (Construtora Edmilson Pinheiro e José Edmilson Carvalho Pinheiro) (peça 63, 64, 173 e 174):

140. Preliminarmente, negaram a existência do cometimento de qualquer tipo de irregularidade praticado pela empresa. Quanto ao suposto alinhamento, informaram que os valores seriam fruto de coincidência ocasionada pela utilização do modelo de planilha concedido pela Administração. A redução dos valores teria sido fruto de diminuição linear dos preços unitários de todos os itens, alegando que seria de praxe as empresas seguirem os modelos das planilhas apresentadas pelo edital, sob pena de desclassificação.

141. Especificamente quanto aos preços cotados, informaram que a proporcionalidade entre os valores apresentados decorreu do valor estimado pela Administração, o qual estava muito próximo ao necessário para a boa execução do contrato, deixando as empresas sem uma margem de redução que pudesse representar um montante consideravelmente menor que o preço máximo. Ainda segundo o responsável, este Tribunal tem entendido que a mera coincidência na proporcionalidade não é elemento suficiente para configurar a ocorrência de qualquer ilícito (Acórdão 3.552/2006-TCU-1ª. Câmara; Acórdão 299/2013-TCU-Plenário, Acórdão 3513/2014-TCU-Plenário).

142. Em sua defesa ainda alegaram não existir outras irregularidades, mas somente o suposto alinhamento. Em face disto apresentaram jurisprudência do STF no sentido de que a punição por



indícios somente tem validade quando todos os elementos são convergentes e concludentes. Segundo ele, este não seria o caso.

143. Concernente à aplicação do art. 90 da Lei de Licitações à situação, apresentaram julgados acerca da aplicação do dispositivo possível somente quando presentes indícios mínimos da ocorrência do acerto/ajuste entre os licitantes, o que não poderia ser identificado através de mera proporcionalidade das propostas (TRF 4 Inq. 2009.04.00.009430-7, Quarta Seção, Relator Eloy Bernst Justo, D.E 03/02/2010 e TRF 2ª. Região, Recurso em sentido estrito 2005.50.01.010425-7-1595, Relator Des. Federal Messod Azulay Neto).

144. Ao final, solicitaram que fossem julgadas improcedentes as irregularidades apontadas, bem como deixando-se de aplicar quaisquer outras penalidades especificadas na LO-TCU.

Análise da defesa

145. Destaque-se que todos os responsáveis, à exceção dos Srs. Jardel Gonçalves da Silva e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus não apresentaram alegações de defesa. Em razão disto, foi expedido o Edital (peça 129), devendo o Sr. Jardel Gonçalves ser considerado revel, prosseguindo-se os autos na situação em que se encontra.

146. Também importa mencionar que os pressupostos dos argumentos trazidos para exame são similares, posto que serão analisados em conjunto. Em geral buscaram desconstituir as irregularidades, noticiaram a inexistência de ilegalidade na linearidade dos preços ofertados, de conluio entre os participantes, de sobrepreço e/ou superfaturamento, bem como o fato de a obra haver sido regularmente entregue à municipalidade. Também argumentaram que os preços estavam compatíveis com o mercado, assim como o BDI utilizado. Não obstante os presentes elementos de defesa, tais aspectos não foram objeto das citações dirigidas aos responsáveis, tampouco são incompatíveis para invalidar a fraude da licitação por meio de conluio, razão pela qual não serão analisadas.

147. Como se mencionou anteriormente e já confirmado por este Tribunal, a linearidade de preços, por si só, não representa qualquer irregularidade, desde que não acompanhada de outros elementos que configurem conluio (Acórdão 809/2017-TCU-Plenário, Ministro Benjamin Zymler). Deve ser demonstrada mediante outros elementos de prova, e no caso da ausência destes, conjunto de indícios convergentes e concordantes podem demonstrá-lo consoante jurisprudência consolidada (Acórdão 2018/2017-TCU-Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas; 1005/2017-TCU-Plenário, Ministro Marcos Bemquerer; Acórdão 2649/2015-TCU-Plenário, Ministro André de Carvalho).

148. Na presente situação, a equipe logrou descaracterizar a linearidade das propostas, visto que estas apontavam apenas participação formal das empresas, no intuito de conferir aparência de legitimidade ao processo e de simular uma competição entre as licitantes em infringência ao art. 90 da Lei de Licitações. E tanto era assim que duas delas aplicaram descontos padrão a todos os itens ofertados, enquanto que uma terceira repetiu na íntegra os valores propostos pela prefeitura, revelando a falta de interesse em estabelecer uma competição mínima entre elas. Ademais, quando analisado o quadro societário das empresas e a capacidade operacional da vencedora, a situação de conluio é reforçada ante as irregularidades apresentadas.

149. Especificamente em relação a uma das concorrentes - Construtora Girassol Ltda. - a equipe de auditoria identificou sócio interposto (laranja), visto que possuía vários vínculos incompatíveis com a função de sócio. Destacou-se que o Sr. Jardel Gonçalves da Silva trabalhou em 2006 em empresa agroindustrial como 'trabalhador volante da agricultura', e em 2010 como 'confeiteiro' em uma panificadora, percebendo em ambos os casos remuneração da ordem de um salário mínimo.

150. Quanto à empresa vencedora, mencionou-se a falta de mão de obra suficiente para realização dos serviços (informações da RAIS), situação incompatível com volume de recursos auferidos em outras obras pagas pela CEF e demonstrados também no site do ex-TCM/CE.

151. Com base na Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, no exercício de 2008, ano em que foi realizada a licitação, a empresa vencedora do certame, Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), possuía registro de apenas três



funcionários (um técnico de obras civis, um gerente de produção e operações, e um servente), situação esta que perdurou também no exercício de 2009 (o servente trabalhou apenas até 12/5/2009), muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva.

152. Tal quantitativo de funcionários era incompatível com o volume de serviços contratado, a teor do demonstrativo consolidado da CEF/GIDUR/FO quando da análise do orçamento proposto, que evidenciou uma metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de artérias urbanas/ruRAIS com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação no município de Aquiraz/CE, acarretando um contrato no valor de R\$ 1.951.497,36.

153. Por sua vez, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que no exercício de 2009 foi efetivada medição de serviços pela Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício.

154. Acrescente-se que, segundo informações disponibilizadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, a Lest Engenharia recebeu do município de Aquiraz/CE, nos exercícios de 2008 e 2009, os montantes de R\$ 872.402,27 e R\$ 1.536.415,29, respectivamente, por serviços supostamente prestados por referida empresa.

155. Em que pese ao desconto padrão, não procede a alegação de ‘variação notória de custos ofertados’, visto se enquadrar mais no critério de desconto padrão mínimo dado ao valor concedido. De acordo com a informação prévia, a proposta da empresa vencedora - Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89) continha desconto de 1,0% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE.

156. De igual forma não deve ser aceito a alegação de que a existência de várias empresas tenha preservado a competitividade entre as licitantes, haja vista, como demonstrado acima, os indícios apontam de forma clara que as empresas de forma intencional macularam a licitação objetivando com que uma delas se lograsse vencedora.

157. Por último, em referência a imputação pelo débito integral, este Tribunal entende que a fraude ao certame e os atos dela decorrentes, conluio, p. ex, maculam toda a aplicação dos recursos aplicados. Por consequência, não são aproveitados os valores aplicados, visto que a malversação é de ordem integral.

159. Ante o exposto, deve-se afastar a boa-fé dos envolvidos e em razão disto propor-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas, bem como a proposição de rejeição das contas dos responsáveis, aplicação de multa com proposta de inidoneidade das empresas envolvidas.

CONCLUSÃO

160. Trata-se de tomada de contas especial autuada como apartado do TC 013.676/2012-1, por força do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, com vistas a apurar possíveis fraudes na execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 613865) celebrado entre o município e o Ministério do Turismo, com interveniência da Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 1.971.585,00, sendo R\$ 93.885,00 a título de repasse.

161. Regularmente citados, os responsáveis apresentados suas alegações de defesa (Tabela 1), à exceção do Sr. Jardel Gonçalves da Silva a quem foi expedido edital (peça 129), sendo considerado revel.

162. Inicialmente refutou-se os argumentos relativos à realização da obra, inexistência de superfaturamento/sobrepreço, fiscalização do agente repassador, atendimento às normas editalícias e compatibilidade dos preços da empresa vencedora com os praticados no mercado. Mencionou-se que tais aspectos são independentes das análises realizadas por este Tribunal face a sua competência ser de origem constitucional.

163. Analisados os argumentos apresentados pelos interessados, não lograram alterar as provas produzidas pela equipe de auditoria. Alegou-se que estavam mantidos os elementos de convicção do



conluio entre as partes, visto que a linearidade das propostas tinha o condão simular a competitividade entre as participantes e fraudar o certame. Discorreu-se acerca da existência de sócio interposto entre uma das empresas (laranja), bem como ausência de capacidade operacional por parte da empresa vencedora ante a ausência de mão de obra suficiente que pudesse executar todas os empreendimentos contratados consoante informações colhidas em sistemas informatizados.

164. Por fim, propôs a rejeição das alegações de defesa, julgamento das contas dos responsáveis, aplicação de multa e proposta de inidoneidade das empresas envolvidas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

165. Diante do exposto, submetemos os autos a consideração superior propondo:

a) rejeitar as alegações de defesa dos responsáveis Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmar Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda.EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda.(CNPJ - 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda.(CNPJ - 05.055.759/0001-95), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20) e considerar revel o Sr. Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31) e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15);

b) com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, 'c', 19, caput, da Lei 8.443/93, e §2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas dos responsáveis Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmar Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda.EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda.(CNPJ - 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda.(CNPJ - 05.055.759/0001-95), Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31) e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20), condenando-a ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculada a partir da data discriminada, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL (R\$)
14/8/2009	860.611,44
7/12/2009	114.928,56
14/5/2010	229.653,90
21/12/2010	161.843,02
30/3/2011	82.947,00
1/7/2011	212.478,70



c) aplicar aos responsáveis Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmarr Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda.EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda.(CNPJ - 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda.(CNPJ - 05.055.759/0001-95), Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31) e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20), a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/93 c/c o art. 267 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a dos efetivos recolhimentos, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) declarar a inidoneidade das empresas Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67), Construtora Girassol Ltda. (CNPJ - 05.055.759/0001-95) e Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00) para participar de licitação na Administração Pública, nos termos do art. 46 da Lei 8443/92;

e) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

f) autorizar, se requerido pelos responsáveis, o pagamento da dívida em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os acréscimos legais, na forma prevista na legislação em vigor, bem como esclarecer aos responsáveis que, em caso de parcelamento da dívida, a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RI/TCU);

g) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.”

2. O Ministério Público junto ao TCU, representado pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifesta, em parecer à peça 205, discordância com a proposta da unidade técnica, nos seguintes termos:

“(…)

10. Examinando a narrativa dos indícios de irregularidade apontados nos autos, sobretudo a partir do Relatório de Fiscalização n.º 599/2012 (peça 3, pp.40-44), entendemos, com as devidas vênias, merecer reparos a conclusão assentada pela unidade técnica.

11. As condutas atribuídas aos responsáveis podem ser sintetizadas em dois grupos, conforme digam respeito à fase de licitação, ou seja, ao suposto conluio, e à fase de execução da obra, possível ausência de estrutura operacional da contratada.

12. Do que se apresenta, o cerne da indigitada fraude à licitação está na forma de composição dos preços unitários pelas empresas licitantes, a partir da aplicação de desconto linear em relação aos valores orçados, o que, em tese, indicaria que as propostas não teriam por base a real composição de custos de cada empresa. Ainda, destacou-se a diminuta diferença de valores entre as propostas apresentadas, com descontos pouco representativos em relação ao orçamento-base.



13. A nosso ver, o panorama descrito, por si só, não se apresenta suficiente a caracterizar a formação de conluio ou prova inequívoca da ocorrência de fraude à licitação. A aplicação de desconto linear por qualquer licitante não se mostra prática vedada pelas normas aplicadas às licitações, tampouco se obriga os licitantes a praticar um intervalo mínimo de desconto em relação a outro participante. Menos ainda, por óbvio, a que se pratique descontos representativos, o que, por conseguinte, poderia indicar a pouca precisão do orçamento-base elaborado pela própria Administração.

14. No mesmo sentido, a apresentação de preços idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura não configura infração a norma legal.

15. Examinando condutas similares às que foram observadas no certame em voga o TCU consolidou entendimento de que *‘a oferta, por mais de um licitante, de descontos lineares aplicados a todos os itens do orçamento-base não configura fraude à licitação, se desacompanhada de outros elementos que corroborem a tese de conluio.’* (Acórdão n.º 809/2017-TCU-Plenário).

16. A jurisprudência do Tribunal tem sido no sentido de que é necessária a presença de outros indícios de restrição à competitividade para que fique devidamente caracterizada a burla à licitação. Assim, a caracterização de conluio exige a conjunção de indícios vários e coincidentes que apontem para a ocorrência de fraude e de direcionamento a algum licitante (Acórdãos n.ºs 204/2011, 1.618/2011, 1.107/2014 e 502/2015, todos do Plenário).

17. Não se pode olvidar que um robusto conjunto de indícios pode levar a um cenário factível a aplicação da norma inserta ao art. 90 da Lei n.º 8.666/1993, ou ao art. 46 da Lei n.º 8.443/1992. Em especial, para a aplicação deste último requer-se a comprovação da ocorrência de fraude, como se observa:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. (grifos acrescidos)

18. Tal imperativo legal denota a relevância a que se dá à efetiva constatação do ilícito, não se mostrando adequado conjugar práticas que não são expressamente vedadas aos participantes de certames públicos para extrair o entendimento de que estejam atuando em conluio com o fito de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório.

19. Há de se registrar que tal conclusão também é compartilhada pela Procuradoria da República no estado do Ceará, quando da apuração dos fatos narrados nestes autos, no Inquérito Civil Público (arquivado) – IC n.º 1.15.000.002018/2017-14 (peça 190, p.6, item 15; p.9, item 24), que assim registrou: *‘Da análise da documentação acostada aos autos e dos depoimentos prestados, percebe-se não haver prova concreta no sentido de ter ocorrido a formação de conluio na Concorrência Pública 02/2008 (...)’*

20. Isto posto, entende-se não acorrer razões fáticas a conferir, com razoável nível de precisão, a efetiva ocorrência de fraude à licitação, pela aplicação de desconto linear e/ou pela apresentação de propostas idênticas ao orçamento-base, razão pela qual entendemos superada a proposta de declaração de inidoneidade das licitantes (item ‘d’ da proposta de encaminhamento, peça 181, p.29).

21. No que concerne à eventual dano ao erário decorrente das possíveis fraudes perpetradas, a Secex/CE concluiu no seguinte sentido (peça 181, p. 27, item 156): *‘(...) os indícios apontam de forma clara que as empresas de forma intencional macularam a licitação objetivando com que uma delas se lograsse vencedora. (...) em referência a imputação pelo débito integral, este Tribunal entende que a fraude ao certame e os atos dela decorrentes, conluio, p. ex, maculam toda a aplicação dos recursos aplicados. Por consequência, não são aproveitados os valores aplicados, visto que a malversação é de ordem integral.’*

22. Nesse contexto, propôs a unidade técnica o julgamento pela irregularidade das contas, com a imputação de débito integral a todos os responsáveis arrolados nestas contas especiais, independentemente dos atos praticados ou da existência de correlação entre as irregularidades e um possível prejuízo à Administração.



23. Nesse cenário, mostra-se pertinente a avaliação individual da conduta de cada responsável ou grupo de responsáveis na eventual ocorrência do dano.

24. Inicia-se a análise pelas empresas participantes do processo licitatório: Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro e pela contratada Lest Engenharia Ltda., cujos atos impugnados foram assim descritos:

Responsáveis: **Nabla Construções Ltda.** (CNPJ 06.866.305/0001-67) e seus sócios administradores **José Cidrão Filho** (CPF 107.613.303-72) e **Manoel Carvalho Cidrão** (CPF 119.210.993-72); **Construtora Girassol Ltda.** (CNPJ 05.055.759/0001-95), seu sócio administrador **Jardel Gonçalves da Silva** (CPF 021.834.173-31) e seu representante legal (procurador) **Daniel Arruda de Jesus** (CPF 321.836.663-15); **Construtora Edmilson Pinheiro** (CNPJ 01.025.226/0001-00) e seu sócio administrador **José Edmilson Carvalho Pinheiro** (CPF 091.595.923-20).

Conduta: Participou de licitação pública (Concorrência 002/2008) realizada pela Prefeitura de Aquiraz/CE, em que foi constatada a formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93.

Responsáveis: **Lest Engenharia Ltda. EPP** (CNPJ 12.312.542/0001-89) e seu sócio administrador **Luiz Eduardo Studart Gomes Junior** (CPF 101.307.993-00).

Condutas:

i) Participou de licitação pública sagrando-se vencedora da Concorrência 002/2008 realizada pela Prefeitura de Aquiraz/CE, em que foi constatada a formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93;

ii) Celebrou contrato com o Município de Aquiraz/CE, decorrente do referido processo licitatório, não possuindo a empresa estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de vias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva. Ademais, o Relatório de Situação do Processo, da CEF/GIDUR/FO, atinente ao Contrato de Repasse 0242055-65/2007, atesta que, no exercício de 2009, foi efetivada medição de serviços pela Prefeitura de Aquiraz/CE no montante de R\$ 1.299.078,90 (equivalente a cerca de 66% do valor do contrato), a qual foi vistoriada e confirmada pela Caixa Econômica Federal, montante de serviços esse incompatível com o quantitativo de empregados da Lest Engenharia Ltda. EPP naquele exercício (item 3.2.1).

25. Como temos declinado, a apresentação de propostas com descontos lineares ou mesmo com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Administração não expressa categoricamente a ilicitude prevista no art. 90 da Lei n.º 8.666/1993, com a forçosa conclusão pela formação de conluio.

26. No mesmo sentido, inclusive, foi o resultado das apurações dos fatos ora circunstanciados no âmbito do Ministério Público Federal – IC n.º 1.15.000.002018/2017-14 (peça 190, p.16, item 35): *‘conclui-se não ter havido dano ao erário, dolo ou má-fé dos administradores, ou qualquer ato que enseje a atuação deste MPF, ante a ausência de irregularidade grave que justifique a atuação deste Núcleo de Combate à Corrupção, em face da não verificação de ato de improbidade administrativa ou crime correlato.’*



27. À guisa de indicativo preciso da ocorrência de dano, seja por irregular execução contratual, seja por preço acima de mercado, o que se verifica nos autos é a imputação de débito integral apenas pelo indício de fraude à licitação, que teria, em tese, maculado a regular aplicação dos recursos repassados.

28. Por pertinente, há de se valer mais uma vez das apurações levadas a efeito no âmbito do IC n.º 1.15.000.002018/2017-14 (peça 190, itens 2, 14 e 15) que, a partir das informações prestadas pela Caixa, na qualidade de interveniente, indica a efetiva execução da integralidade do objeto pactuado, havendo compatibilidade entre os quantitativos de serviço e o projeto, tendo sido, inclusive, a prestação de contas devidamente aprovada.

29. Não é por demais registrar que a Caixa, como intermediadora do repasse, realiza o acompanhamento dos ajustes firmados, cuja natureza exige a regular execução para fins de desbloqueio dos recursos utilizados para pagamento à contratada, precedido, em regra, das correspondentes vistorias técnicas.

30. No que concerne à possível ausência de estrutura da empresa executora, sobretudo no que tange a um número de funcionários compatível com o volume de serviço contratado, o que se pode suscitar é o possível cometimento de infrações trabalhistas pela ausência de registro, fato que já teve o tratamento devido quando da notificação por parte do próprio MPF, no âmbito do IC n.º 1.15.000.002018/2017-14 (peça 190, p.6, item 16), ao Ministério Público do Trabalho competente.

31. Não se observa, de todo modo, a conexão ou o impacto que eventual falta de estrutura laboral própria da contratada veio a ter na execução dos serviços e que tenha causado prejuízo à Administração.

32. Disto, entendemos não se apresentar crível a imputação de débito integral aos licitantes e à empresa contratada baseado tão somente na ocorrência de fraude à licitação que não veio a ser efetivamente comprovada.

33. Quanto ao responsável **Antônio Napoleão Leite Filgueiras**, assessor técnico especial, engenheiro da prefeitura, verifica-se que fora citado (peça 23) pela seguinte conduta:

Responsável: **Antônio Napoleão Leite Filgueiras** (CPF 241.757.653-87) - Assessor Técnico Especial no período de 1/1/2005 a 11/6/2012

Conduta: Atestou o recebimento dos serviços nos respectivos documentos fiscais, sendo também signatário dos boletins de medições parciais em relação ao contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), não sendo esta detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto pactuado, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

34. A nosso ver, não há uma relação de causalidade entre o ato praticado pelo responsável – atestar o recebimento dos serviços executados – e um possível dano ao erário decorrente de fraude à licitação, nem pelo fato de que a estrutura fixa de funcionários da contratada não seria suficiente para fazer frente ao volume de trabalho, tendo em conta também que não resta evidenciada a subcontratação integral a empresa diversa.

35. Importante frisar que não se cuida de tarefa de alta complexidade a justificar a disponibilidade de profissionais com elevada qualificação e em caráter permanente na empresa. Tampouco se tratou de inexecução contratual que pudesse ter uma conexão com eventual insuficiência de estrutura operacional da contratada.

36. Ademais, na função de supervisionar a execução do objeto, atestando as etapas realizadas, não seria razoável exigir que o engenheiro da prefeitura tivesse ciência da ocorrência de possível fraude no processo licitatório. Em suma, do ato impugnado não se extrai eventual ocorrência de dano ao erário.



37. Assim, das informações colacionadas aos autos não se constata falha a impugnar a atividade de fiscalização exercida pelo engenheiro Antônio Napoleão Leite Filgueiras, não se mostrando cabível a irregularidade de suas contas, bem como eventual condenação em débito.

38. Foram ainda responsabilizados os secretários municipais de planejamento e desenvolvimento urbano, Srs. **Ecmар Demétrio Monte Coelho** e **Francisco Rafael Duarte Sá**, respectivamente, pelos seguintes atos (peças 25 e 22):

Responsável: **Ecmар Demétrio Monte Coelho** (CPF 243.529.423-91), Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 3/5/2008 a 29/11/2008.

Conduta: Adjudicou e homologou a Concorrência 002/2008, assinando o contrato dela resultante, bem como notas de liquidação, na qual foi constatada a ocorrência de: i) Formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93; ii) Contratação da licitante Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), decorrente do referido processo licitatório, empresa esta que não possuía estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego – RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de vias urbanas/_urais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva (item 3.2.1).

Responsável: **Francisco Rafael Duarte Sá** (CPF 953.675.603-00), Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 5/1/2009 a 11/6/2012.

Conduta: Assinou termos aditivos de prorrogação de prazo de execução do contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), sendo também signatário das Notas de Empenho e Notas de Pagamento emitidas àquela firma, não sendo esta detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto contratual, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

39. Das informações acostadas aos autos, não se verifica uma relação direta do ato de prorrogação de prazo com possíveis irregularidades que possam ter ocorrido no processo licitatório. Também não se mostra evidente qual possível impacto da prorrogação na ocorrência de dano decorrente da suscitada falta de capacidade operacional da contratada, tendo em conta que o que se noticia nos autos é a efetiva conclusão da obra de calçamento em pedra contratada.

40. Outrossim, da narrativa que ora se apresenta não se mostra factível extrair de forma inconteste a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o que, por consequência, afasta potencial mácula nos atos de adjudicação e homologação do certame no tocante a essa questão.

41. Desse modo, entende-se não acorrer motivo ensejador para responsabilização dos ex-secretários municipais Francisco Rafael Duarte Sá e Ecmар Demétrio Monte Coelho.

42. Análogo raciocínio pode ser estendido aos integrantes da comissão especial de licitação, **Liana Rangel Borges**, **Maria Ieda Dantas**, **Francisco José Maia de Aguiar** e **Marion Merten**, e aos ex-prefeitos **Ritelza Cabral Demétrio** e **Edson Sá**, que foram citados, respectivamente, pelas seguintes condutas:

Responsáveis: **Liana Rangel Borges** (CPF 461.340.853-91), Presidente da Comissão Especial de Licitação, **Maria Ieda Dantas** (CPF 241.373.403-15), **Francisco José Maia de Aguiar** (CPF 742.683.413-15), **Marion Merten** (CPF 606.368.404-25), membros da Comissão Especial de Licitação.



Conduta: Realizou o processamento e julgamento do certame licitatório para a seleção de empresa a ser contratada sem adotar as providências saneadoras necessárias para garantir a sua regularidade, assinando a Ata da respectiva sessão da Comissão Especial de Licitação alusiva à Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93.

Responsável: **Ritelza Cabral Demétrio** (CPF 107.931.943-34), Prefeita Municipal de Aquiraz/CE no período de 1º/1/2005 a 31/12/2008.

Conduta: Não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação dos membros da Comissão Especial de Licitação e do Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, em relação à Concorrência 002/2008 e ao contrato dela resultante, permitindo a ocorrência de: i) Formação de conluio entre as empresas participantes do certame, mediante alinhamento de preços das propostas e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação, configurando desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93; ii) Contratação da licitante Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), decorrente do referido processo licitatório, empresa esta que não possuía estrutura operacional para execução dos serviços contratados, considerando que pesquisa realizada na base de dados da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, evidenciou que no exercício de 2008, em que foi realizada a licitação, a empresa possuía registro de apenas três funcionários, incompatível com o volume de serviços contratado (metragem linear de 15.526,00 m de segmentos de vias urbanas/rurais com uma área total de 93.156,00 m² de serviços de pavimentação), situação esta que perdurou também no exercício de 2009, muito embora o início das obras tenha sido oficialmente autorizada em 10/6/2008, conforme Ordem de Serviço respectiva (item 3.2.1).

Responsável: **Edson Sá** (CPF 017.421.083-34), Prefeito Municipal de Aquiraz/CE no período de 1/1/2009 a 11/6/2012.

Conduta: Não realizou adequadamente a supervisão sobre a atuação do Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, bem como dos servidores municipais responsáveis pelos atestados dos serviços prestados, assinatura de medições e pelos pagamentos efetuados em relação à execução do contrato celebrado pelo Município de Aquiraz/CE com a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP (CNPJ - 12.312.542/0001-89), firma não detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com o objeto contratual, contratação esta decorrente da Concorrência 002/2008, na qual foi constatada a ocorrência de fraude e/ou conluio entre as empresas participantes, sob a forma de alinhamento dos preços e apresentação de propostas com preços unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, caracterizando a ilicitude prevista no art. 90 da Lei 8.666/93 e acarretando a realização de processo licitatório com restrição ao caráter competitivo e direcionamento da licitação em desrespeito ao art. 3º da Lei 8.666/93 (item 3.2.1).

43. Restando descaracterizada a ocorrência de fraude à licitação não subsiste fundamento a perseguir uma condenação pela integralidade do débito aos integrantes da comissão de licitação. Para além disso, não se verifica nos autos a prática de atos irregulares ou omissão que tenha afrontado a higidez do processamento do certame, o que afasta eventual cominação de sanção, seja pecuniária ou de inabilitação.

44. Outrossim, quanto aos ex-prefeitos, não obstante a descaracterização dos indícios de irregularidades inicialmente relatados, seria de excessivo rigor, no caso em apreço, imputar responsabilidade aos agentes políticos por atos eventualmente praticados no âmbito da comissão de licitação.

45. Ademais, não fora impugnada a prestação de contas final do ajuste apresentada perante à Caixa, sobretudo quanto à não execução dos serviços ou à possível terceirização capaz de afetar o nexo de causalidade na aplicação dos recursos repassados à municipalidade.

46. Para além disso, não se pode desprezar um princípio de especial relevância na relação entre o Estado e os particulares, sejam pessoas naturais ou jurídicas, sobretudo as que firmem atos de natureza



negocial com o Poder Público, que é a vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, conforme expressamente preceitua o parágrafo único, do art. 59, da Lei n.º 8.666/1993.

47. Assim, mesmo se comprovada a fraude à licitação ou a subcontratação irregular, a nosso sentir se revelaria temerária a **imputação de débito integral de maneira irrestrita**, sem a necessária individualização da efetiva participação, a todos que de alguma maneira vieram a ser signatários de algum ato no âmbito da contratação ou da execução do ajuste firmado, posto ter a Lei Orgânica do TCU reprimenda própria a cada conduta irregular praticada, seja com a cominação de multa, a inabilitação para exercício de cargo ou função de confiança ou a declaração de inidoneidade.

Conclusão:

48. A presente TCE teve por objetivo apurar potencial dano ao erário a partir de configuração de possível fraude à licitação.

49. Ponderou a unidade técnica que as irregularidade consubstanciadas na: (i) formação de conluio entre as empresas participantes do certame mediante alinhamento de preços e apresentação de propostas com valores unitários idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Administração e (ii) contratação da licitante Lest Engenharia Ltda. EPP com indício de que o número de profissionais registrados seria incompatível com o volume de serviços contratados, seriam motivos ensejadores a macular toda a contratação realizada, com consequente julgamento pela irregularidade das contas e imputação de débito integral aos ex-prefeitos, ex-secretários municipais, comissão de licitação e todas as empresas participantes do procedimento licitatório, incluindo a declaração de inidoneidade destas.

50. No entanto, entendemos não se revelar presente elementos informadores a se extrair a comprovação da ocorrência de fraude à licitação. O conjunto de indícios apresentados nos autos remonta a práticas não vedadas expressamente pelo regramento de licitações e contratos públicos, carecendo, conforme jurisprudência da Corte de Contas, de elementos outros de prova que conjuguem a prática do ilícito.

51. No que concerne à possível ausência de estrutura da empresa contratada para a plena realização dos serviços, sobretudo no que diz respeito a um corpo de funcionários próprio e compatível com o volume de serviços contratados, o que se verifica, na prática, são suspeitas quanto à possível cometimento de infrações trabalhistas, fato que já teve o tratamento devido quando da notificação por parte do Ministério Público Federal, no âmbito das apurações do caso em exame, ao Ministério Público do Trabalho.

52. Não se observa, de todo modo, a conexão ou o impacto que eventual falta de estrutura de laboral própria da contratada veio a ter na execução dos serviços e que tenha causado prejuízo à Administração, tendo em conta que não se relata qualquer inexecução do objeto, nem ocorrência de sobrepreço ou de subcontratação integral.

53. Desse modo, não se verificam pressupostos fáticos a ensejar o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis e a consequente condenação em débito correspondente ao montante integral dos recursos repassados. Ainda, não restaram comprovadas condutas irregulares a enseja a cominação das demais sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal.

54. Feitas estas considerações, esta representante do Ministério Público de Contas, com as vênias por dissentir do encaminhamento da unidade técnica, propõe que, nos termos do art. 212 do RI-TCU, seja a presente TCE **arquivada sem julgamento de mérito**, por ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válidos.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial autuada por determinação do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, com vistas a apurar possíveis fraudes na execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007



(Siafi 612567) celebrado entre o município de Aquiraz/CE e o Ministério do Turismo, tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca em diversos logradouros da cidade.

2. O contrato de repasse foi firmado no valor de R\$ 1.971.585,00, sendo R\$ 1.877.700,00 repassados pelo Ministério do Turismo e R\$ 93.885,00 a título de contrapartida. Sua vigência ocorreu no período de 27/12/2007 a 30/4/2013.

3. A instauração desta tomada de contas especial decorreu de auditoria na modalidade Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) realizada no Município de Aquiraz/CE, autuada no TC-013.676/2012-1, destinada a apurar notícias veiculadas na imprensa acerca de grupos organizados de pessoas e empresas atuando no Estado do Ceará com o intuito de realizar fraudes em licitações e desviar recursos públicos. Naquela fiscalização, conforme o subitem 3.2.1 do Relatório de Fiscalização 599/2012 (peça 3), foram constatadas as seguintes ocorrências que motivaram a presente TCE:

a) na Concorrência 002/2008, com a participação das licitantes Lest Engenharia Ltda. – EPP (vencedora), Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro, foi verificado que a comparação das propostas apresentadas pelas empresas licitantes, os preços propostos guardavam relação de proporção entre os valores dos itens, demonstrando alinhamento de preços, e/ou apresentavam-se idênticos aos do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE, conforme especificado a seguir:

a.1) a proposta da empresa vencedora – Lest Engenharia Ltda. Epp – apresentou desconto de 1,0% aplicado linearmente sobre todos os preços dos itens da planilha do orçamento-base elaborado pela Prefeitura de Aquiraz/CE;

a.2) a Construtora Edmilson Pinheiro cotou preços com desconto de 0,4% também aplicado sobre os preços de todos os itens da planilha orçamentária;

a.3) a Construtora Girassol Ltda. apresentou preços idênticos aos do orçamento-base para o item 'Serviços Preliminares' e para todos os subitens do item 'Movimento de Terra' (Regularização de Subleito com Motoniveladora; Carga Mecanizada de Terra em Caminhão Basculante; Transporte de Material, exceto rocha, em Caminhão até 10,0 Km; Espalhamento de Material Transportado c/ Motoniveladora) em relação a seis dos segmentos licitados - segmentos 6 a 10 (ACESSO PSF - CAMARÁ; TRECHO ESTRADA LAGOA DE TELHA - GENIPAPEIRO; RUA PRINCIPAL DO JACUNDÁ - JACUNDÁ/SEDE; TRECHO ESTRADA LAGOA DE TELHA - GENIPAPEIRO; ESTRADA EUSÉBIO / CAMARÁ - TAPUIO). Para os itens Colchão de Areia e Piçarra 1:1 h=0.12m; Pavimentação em Pedra Tosca s/ Rejuntamento, c/ Agregado Adquirido, Compactada com Rolo Liso Autopropulsor Vibratório; Meio Fio de Concreto p/ Vias Urbanas (1,00X0,35X0,08), aplicou linearmente o percentual de desconto de 0,2% em relação ao orçamento-base. Assim, os preços globais propostos apresentaram desconto final da ordem de 0,2%;

a.4) indícios de que o sócio administrador da licitante Construtora Girassol Ltda., Jardel Gonçalves da Silva, seria pessoa interposta, o chamado sócio "laranja";

b) a empresa contratada, Lest Engenharia Ltda. – EPP, não detinha comprovada estrutura e capacidade operacional para a execução das obras objeto do Contrato de Repasse 0242055-65/2007, pois, conforme base de dados da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/Ministério do Trabalho e Emprego - RAIS, no período de execução das obras, a empresa possuía registro de apenas três empregados, número incompatível com a estrutura necessária para realização dos serviços contratados, no valor de R\$ 1.951.497,36, bem como de outros realizados pela empresa no município no mesmo período, totalizando o montante de R\$ 2.408.817,56, conforme informações disponibilizadas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM-CE);

4. Esse conjunto de irregularidades motivou a citação solidária dos agentes públicos e particulares envolvidos na consecução do contrato de repasse, a saber: Ritelza Cabral Demétrio, Prefeita Municipal de Aquiraz/CE no período de 1º/1/2005 a 31/12/2008; Edson Sá, Prefeito Municipal de Aquiraz/CE no período de 1º/1/2009 a 11/6/2012; Ecmarr Demétrio Monte Coelho, Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 3/5/2008 a 29/11/2008; Francisco Rafael Duarte Sá, Secretário de Planejamento e Desenvolvimento

Urbano de Aquiraz/CE no período de 5/1/2009 a 11/6/2012; Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Assessor Técnico Especial no período de 1º/1/2005 a 11/6/2012; Liana Rangel Borges, Presidente da Comissão Especial de Licitação; Maria Ieda Dantas, Francisco José Maia de Aguiar e Marion Merten, membros da Comissão Especial de Licitação; Lest Engenharia Ltda. EPP e seu sócio administrador Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00); Nabla Construções Ltda. e seus sócios administradores José Cidrão Filho e Manoel Carvalho Cidrão; Construtora Girassol Ltda., seu sócio administrador Jardel Gonçalves da Silva e seu representante legal (procurador) Daniel Arruda de Jesus; Construtora Edmilson Pinheiro e seu sócio administrador José Edmilson Carvalho Pinheiro.

5. As citações dos responsáveis apontaram que o débito decorreu da “execução fraudulenta/participação na execução fraudulenta do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (SIAFI - 612567), ante a constatação de irregularidades que denotam a prática de atos fraudulentos na utilização dos recursos federais, por meio de licitação montada, simulada ou mediante conluio para formação de preços que resultariam na contratação de empresa sem capacidade operacional para a execução do objeto, com consequente perda do nexo de causalidade entre a origem e a aplicação dos recursos, decorrente das condutas danosas adotadas pelos responsáveis solidários”. Nos ofícios citatórios foram também individualizadas as condutas de cada responsável no cometimento das irregularidades.

6. À exceção de Jardel Gonçalves da Silva, que foi considerado revel por não ter sido localizado nos endereços constantes das bases deste Tribunal, nem ter atendido ao chamado aos autos mediante edital (peças 129/130), os demais responsáveis apresentaram alegações de defesa.

7. A análise das defesas apresentadas, efetuada pela Secex/CE, levou aquela unidade técnica a propor a rejeição das alegações formuladas pelos responsáveis. Em consequência, propôs o julgamento pela irregularidade de suas contas, com imputação do débito no valor total repassado. Ademais propôs a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, além da declaração da inidoneidade das empresas Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro.

8. Por sua vez, o Ministério Público junto ao TCU dissentiu da proposta da unidade técnica, por entender que (1) a aplicação de desconto linear em relação aos valores orçados, ou a apresentação de preços idênticos aos do orçamento-base, não seriam suficientes para comprovar a ocorrência de fraude na licitação; e (2) a eventual falta de estrutura laboral própria da contratada não teria causado prejuízo à Administração, uma vez que não foi apontada a inexecução do objeto, nem ocorrência de sobrepreço ou de subcontratação integral. Dessa forma, o Parquet propõe que a presente TCE seja arquivada sem julgamento de mérito, por ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válidos.

9. Feito esse necessário resumo dos fatos, passo a decidir.

10. Antecipo acolher a análise realizada pela Secex/CE naquilo que não colidir com as considerações que passo a expor.

11. A citação dos responsáveis foi fundamentada nas irregularidades atinentes a (1) prática de fraude, mediante alinhamento de preços nas propostas ofertadas; e (2) contratação de empresa sem capacidade operacional para a execução do objeto.

12. No que tange à prática de fraude, mediante alinhamento de preços nas propostas ofertadas, há que ser reconhecido que, à mingua de outros indícios quanto ao possível conluio entre as empresas, o oferecimento de propostas com preços coincidentes com aqueles constantes do orçamento, ou com descontos lineares em relação a esses preços de referência, não se mostra suficiente para demonstrar a ocorrência comprovada de fraude, conforme requerido pelo art. 46 da Lei 8.443/1992. Por outro lado, não restou elidido o entendimento acerca da ausência de nexo de causalidade entre os recursos e as obras realizadas, devido à falta de capacidade operacional da empresa executora para realizar o objeto do contrato. Com efeito, foi verificado que a mencionada empresa possuía em seus quadros apenas três empregados no período de execução das obras.

13. Ainda quanto à ausência de capacidade operacional da contratada, deixo de acolher o argumento do MP/TCU no sentido de que o número incompatível de empregados da empresa poderia decorrer simplesmente de possível cometimento de infrações trabalhistas pela ausência de registro de seus trabalhadores. Não me parece razoável afastar a irregularidade mediante uma mera suposição,

visto não constar dos autos outros elementos capazes de confirmar o nexo de causalidade, ainda que por meio dessa suposta irregularidade trabalhista. Portanto, não há como afastar os indícios de que a empresa contratada tenha atuado como empresa de fachada, de forma a dar ares de regularidade na aplicação dos recursos oriundos do contrato de repasse, sem ter efetivamente executado as obras do seu objeto.

14. Reforça esse entendimento o fato de que, apesar de não ter sido possível confirmar a ocorrência fraude na licitação – e, diga-se de passagem, o afastamento da fraude decorre basicamente do rigor legal do art. 46 da Lei 8.443/1992 – não há como não se ter como suspeito o ambiente concorrencial que levou à contratação de obras de razoável vulto, especialmente no âmbito municipal, tendo a empresa vencedora da licitação ofertado desconto de apenas 1% sobre o valor orçado, inclusive pela utilização de desconto linear sobre todos os itens do orçamento. Ademais, há também o fato de que a auditoria da qual resultou a presente tomada de contas especial decorreu de notícias sobre grupos organizados de pessoas e empresas atuando no Estado do Ceará com o intuito de realizar fraudes em licitações e desviar recursos públicos.

15. Acerca dos indícios de fraude na licitação e da contratação de empresa sem capacidade operacional, entendo pertinente colacionar o seguinte excerto do Voto condutor do Acórdão 2663/2015-TCU-Plenário, da minha relatoria, que tratou de ocorrências semelhantes no âmbito da Prefeitura Municipal de Maranguape/CE:

“19. Observo, a propósito, que a contratação de empresa sem capacidade operacional constituía o cerne do *modus operandi* da organização criminoso que teria se instalado no Estado do Ceará, revelada pela referida Operação [Gárgula], de modo que não seria improvável a participação conjunta de diversos agentes, desde a licitação até a contratação e pagamento. Neste caso específico, por exemplo, a equipe de fiscalização chegou a apontar, como indício de irregularidade, o alinhamento dos preços entre as propostas das licitantes, e relações de parentesco em relação a alguns deles. O certame em questão, que contou com a participação efetiva de quatro empresas, resultou na contratação de uma sem capacidade operacional. Outras duas, as empresas (...), apresentaram propostas de preços alinhadas entre si e ainda relações de parentesco entre seus sócios, funcionando as mesmas em endereços idênticos, com exceção das salas do edifício onde se localizam suas sedes. Já a empresa (...), apresentou alinhamento de preços em grande parte idênticos à vencedora do certame, repetindo essa empresa, assim como a vencedora, os preços unitários constantes da planilha do edital.

20. É provável que a licitação tivesse sido montada com a participação de todas essas empresas. Todavia, neste específico caso, rendo-me à insuficiência de elementos probantes da participação fraudulenta dessa última empresa, porquanto persiste certa dúvida na análise empreendida acerca do alinhamento intencional dos preços (houve reprodução parcial dos preços da planilha orçamentária da obra), o que afasta, como bem se disse na instrução, a responsabilidade solidária das demais empresas quanto ao débito, adstrito apenas à quebra do nexo de causalidade entre origem e aplicação dos recursos, devido à impossibilidade de execução das obras por uma empresa sem empregados para a execução dos contratos celebrados. O concerto, se realizado, seria envolvendo todas as empresas, e também a comissão licitatória, o que conduziria, somente nessa linha, à condenação de todos, solidariamente.”

16. Por tudo isso, restando não confirmado o nexo de causalidade entre os recursos transferidos e a obra executada, existe razão suficiente, conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal, para o julgamento pela irregularidade das presentes contas, com imputação de débito no valor total transferido por conta do Contrato de Repasse 0242055-65/2007.

17. Passo a tratar da responsabilização nestes autos.

18. Uma vez que não foi possível a confirmação da ocorrência de fraude no procedimento licitatório por parte das empresas não vencedoras do certame, há que ser acolhida a defesa dessas empresas. Acolhe-se também as alegações dos membros da comissão de licitação em relação a essa irregularidade, e também quanto à contratação da empresa vencedora, uma vez que não consta dos autos elementos suficientes para demonstrar que seria possível detectar, durante o certame, que a empresa não dispunha de capacidade operacional para executar o contrato. Ademais, na citação não foi



atribuída aos membros da comissão conduta quanto à não verificação da capacidade operacional das empresas licitantes. Dessa forma, entendo que tais responsáveis e licitantes devem ser excluídos da relação processual.

19. Quanto à contratação de empresa sem capacidade operacional, trato a seguir da responsabilização dos agentes chamados a responder por essa irregularidade.

20. A Sra. Ritelza Cabral Demétrio, ex-prefeita municipal à época da contratação e do início da execução contratual, alega, em relação à irregularidade, que não teria participado dos atos de homologação do certame e de contratação da empresa vencedora, uma vez que os atos da licitação teriam sido praticados pela comissão de licitação, enquanto a adjudicação/homologação e atestos seriam de responsabilidade do secretário municipal competente, e os pagamentos, aditivos contratuais e prestação de contas pelo prefeito sucessor e seu secretário municipal. Alega, ainda, que as obras foram devidamente executadas pela contratada, não havendo que se falar da contratação de terceiros para execução do empreendimento, por falta de provas robustas neste sentido.

21. Além da análise realizada pela Secex/CE refutando os argumentos da responsável, tenho a aduzir que a contratação da obra, bem como o início da sua execução ocorreram no mandato da responsável. Então, por um lado, não lhe socorre o argumento no sentido de que os atos referentes à contratação seriam de responsabilidade de outros agentes municipais, visto que estes lhes eram subordinados. Além disso, o início da execução das obras foi oficialmente autorizado em 10/6/2008 (peça 76, p. 16 do TC-013.676/2012-1), cerca de seis meses antes do término do seu mandato. O Relatório de Execução Físico-Financeiro, assinado pela ex-prefeita em 31/12/2008 (peça 76, p. 19 do TC-013.676/2012-1) dá conta da execução de 28,66% da obra até aquela data. Portanto, mesmo que não fosse possível detectar a incapacidade operacional da empresa no momento da contratação, essa incapacidade se tornaria evidente após o início das obras, pois os trabalhadores que a executaram não pertenciam aos quadros da empresa, situação que deveria ser prontamente verificada pela fiscalização da obra designada pela prefeitura.

22. Por essas razões, além daquelas esposadas pela unidade técnica, entendo que as alegações de defesa da ex-prefeita devem ser rejeitadas, julgando-se irregulares suas contas. Quanto à sua responsabilização pelo débito apurado, considerando que não houve repasse de valores referente ao ajuste durante seu mandato, entendo não lhe ser cabível imputação de débito. Cabe-lhe, entretanto, a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992.

23. O Sr. Ecmar Demétrio Monte Coelho, Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período em que ocorreu a contratação e o início das obras, alega basicamente que não seria possível detectar a falta de estrutura operacional da contratada porque somente foi exigida dos partícipes da licitação a documentação contida nos arts. 27 a 31 da Licitações, razão pela qual não poderia haver indicação para apresentação da RAIS, por exemplo, ou normatização de outros requisitos a critério da comissão de licitação.

24. Aplica-se ao responsável as mesmas considerações apresentadas no final do item 21 acima. Dessa forma, tal como no caso da ex-prefeita, entendo que suas alegações de defesa devem ser rejeitadas, com o julgamento pela irregularidade de suas contas, sem imputação de débito, mas com a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992.

25. O Sr. Edson Sá, ex-prefeito de Aquiraz/CE no período de 1/1/2009 a 11/6/2012, foi citado por não ter realizado adequadamente a supervisão sobre a atuação do Secretário Municipal de Planejamento e Desenvolvimento Urbano, bem como dos servidores municipais responsáveis pelos atestos dos serviços prestados, assinatura de medições e pelos pagamentos efetuados em relação à execução do contrato por firma não detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com o objeto contratual.

26. Em sua defesa quanto à irregularidade, o responsável alegou que o contrato gozava de fé pública, vinha sendo acompanhado pela comissão de licitação, e tinha sido assinado pelo gestor anterior, o qual estava revestido dos poderes de administração, gozando de presunção de veracidade.



Negou a falta de supervisão dos atos do secretário municipal de planejamento e desenvolvimento, informando que antes de assinar qualquer aditivo solicitava posicionamento da procuradoria jurídica.

27. Por sua vez, o Sr. Francisco Rafael Duarte Sá, Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Urbano de Aquiraz/CE no período de 5/1/2009 a 11/6/2012, foi citado por ter assinado termos aditivos de prorrogação de prazo de execução do contrato, sendo também signatário das notas de empenho e notas de pagamento emitidas à contratada, que não detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto contratual.

28. As alegações de defesa do responsável quanto à irregularidade em tela são de que teria assumido o cargo após a conclusão do certame, estando o contrato em curso e, ainda, que teriam sido legais os procedimentos realizados na assinatura de aditivos, empenhos e aditivos, que se basearam na lei de licitações, notadamente no art. 57, e que se fundamentaram em pareceres jurídicos da procuradoria do município.

29. O Sr. Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Assessor Técnico Especial no período de 1/1/2005 a 11/6/2012, foi citado por ter atestado o recebimento dos serviços nos respectivos documentos fiscais, sendo também signatário dos boletins de medições parciais em relação ao contrato celebrado com empresa não detentora de estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução do objeto pactuado.

30. Em sua defesa, o responsável alega que houve a regular construção do empreendimento, no prazo e qualidade determinado, e também que a empresa contratada realizou os serviços para os quais fora contratada, com a mão de obra e equipamentos a altura do exigido, o que contrariaria a falta de capacidade operacional.

31. Quanto às defesas apresentadas por estes três responsáveis pela continuidade da execução contratual pela empresa que não detinha capacidade operacional para execução do objeto contratual, aplica-se as mesmas considerações já expostas no caso dos responsáveis da gestão anterior. Independentemente de o contrato não haver sido celebrado com a participação destes responsáveis, tendo-lhes cabido a continuidade da execução contratual, a evidência da incapacidade operacional da empresa manteve-se durante toda a execução das obras, que teriam sido realizadas por trabalhadores não pertencentes aos quadros da empresa contratada. Essa situação não poderia passar despercebida aos responsáveis, especialmente em razão do vulto da obra. Caberia ao fiscal das obras detectar essa situação que era explícita. Ademais, pela relevância do fato, não é crível que esse agente não a tenha comunicado aos seus superiores. A não ciência dessa irregularidade por parte do ex-prefeito e do ex-secretário municipal, por outro lado, denotaria, no mínimo, omissão no dever de se certificarem acerca da regularidade dos pagamentos e dos demais atos relativos ao contrato em andamento, mormente devido ao montante dos recursos geridos.

32. Por essas razões, mais uma vez em complemento à análise da Secex/CE, entendo que os mencionados responsáveis devem ter suas alegações de defesa rejeitadas e suas contas julgadas irregulares, respondendo solidariamente pelo débito apurado, tendo em vista que a totalidade dos recursos foram geridos no período em que atuaram. Cabe-lhes também a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

33. Por fim, a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP e seu sócio administrador Luiz Eduardo Studart Gomes Junior foram citados quanto à irregularidade em comento em razão de ter celebrado contrato com o Município de Aquiraz/CE sem possuir estrutura e capacidade operacional compatíveis com a execução dos serviços contratados.

34. As alegações de defesa apresentadas pelos citados em relação à falta de capacidade técnica e operacional para execução do empreendimento, são no sentido de refutar a irregularidade, sob o argumento de que a obra foi totalmente concluída e entregue em perfeito estado, sendo variável a contratação de mão obra para esta modalidade de serviço, em razão de eventual paralização das obras.

35. Conforme se verifica, as alegações da empresa e do seu sócio administrador apenas confirma a irregularidade, uma vez que não foram trazidos aos autos quaisquer elementos capazes de comprovar a utilização, ainda que irregular, de mão de obra de terceiros, com eventual burla à legislação



trabalhista. Dessa forma, não foram capazes de demonstrar o nexo de causalidade entre as obras executadas e os recursos federais recebidos.

36. Por essas razões, a empresa e seu sócio administrador também devem ter suas contas julgadas irregulares, cabendo à pessoa jurídica responder solidariamente pelo débito apurado, conjuntamente com os responsáveis acima mencionados. Cabe-lhe também a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Quanto ao seu sócio administrador, deixo de imputar-lhe débito e apenação, tendo em vista que essas providências já incidem sobre a empresa.

37. Além disso, considerando que a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP sequer poderia participar da licitação, uma vez que não detinha ela capacidade operacional para a execução das obras, entendo caber-lhe a sanção de inidoneidade. Com efeito, a comprovação da fraude à licitação, no seu caso, decorre do fato que a documentação por ela apresentada não demonstrava a conformidade com as leis e normas em matéria qualificação técnica e operacional, nem quanto à regularidade fiscal, haja vista que, apesar de ser executora de vários empreendimentos no Ceará à época, não detinha registro de empregados.

38. Nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do RI/TCU, deve ser enviada cópia da deliberação proferida nestes autos à Procuradoria da República no Estado do Ceará para o ajuizamento das ações que considere cabíveis.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2101/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 004.959/2015-9.

1.1. Apenso: 020.925/2017-4

2. Grupo: II – Classe IV - Assunto: Tomada de Contas Especial.

3. Responsáveis: Ritelza Cabral Demétrio (CPF 107.931.943-34), Edson Sá (CPF 017.421.083-34), Ecmar Demétrio Monte Coelho (CPF 243.529.423-91), Francisco Rafael Duarte Sá (CPF 953.675.603-00), Antônio Napoleão Leite Filgueiras (CPF 241.757.653-87), Liana Rangel Borges (CPF 461.340.853-91), Maria Ieda Dantas (CPF 241.373.403-15), Francisco José Maia de Aguiar (CPF 742.683.413-15), Marion Merten (CPF 606.368.404-25), Lest Engenharia Ltda. – EPP (CNPJ 12.312.542/0001-89), Luiz Eduardo Studart Gomes Junior (CPF 101.307.993-00), Nabla Construções Ltda. (CNPJ 06.866.305/0001-67), José Cidrão Filho (CPF 107.613.303-72), Manoel Carvalho Cidrão (CPF 119.210.993-72), Construtora Girassol Ltda. (CNPJ 05.055.759/0001-95), Jardel Gonçalves da Silva (CPF 021.834.173-31), Daniel Arruda de Jesus (CPF 321.836.663-15), Construtora Edmilson Pinheiro (CNPJ 01.025.226/0001-00), José Edmilson Carvalho Pinheiro (CPF 091.595.923-20).

4. Unidade: Município de Aquiraz/CE.

5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

6. Representante do Ministério Público: Suprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade técnica: Sec/CE.

8. Representação legal: Hellen Rocha Diniz (OAB/CE 16.362), Eugênio de Araújo Oliveira e Lima (OAB/CE 18.264), Jaime de Moraes Veras Júnior (OAB/CE 16.921), Caio Frota Rodrigues (OAB/CE 21.933), Danielle de Farias Oliveira (OAB/CE 26.779), Danielle Capistrano Rolim Mota (OAB 20.015/CE), Alcimor Aguiar Rocha Neto (OAB/CE 18.457), e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial autuada por determinação do Acórdão 164/2013-TCU-Plenário, com vistas a apurar possíveis fraudes na execução do Contrato de Repasse 0242055-65/2007 (Siafi 612567) celebrado entre o município de Aquiraz/CE e

o Ministério do Turismo, tendo por objeto a execução de pavimentação em pedra tosca em diversos logradouros da cidade,

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

9.1. excluir da relação processual os responsáveis Liana Rangel Borges, Maria Ieda Dantas, Francisco José Maia de Aguiar, Marion Merten, Manoel Carvalho Cidrão, José Cidrão Filho, Jardel Gonçalves da Silva, Daniel Arruda de Jesus, José Edmilson Carvalho Pinheiro, e as empresas Nabla Construções Ltda., Construtora Girassol Ltda. e Construtora Edmilson Pinheiro;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de Ritelza Cabral Demétrio, Ecmarr Demétrio Monte Coelho, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Luiz Eduardo Studart Gomes Junior e da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP em relação à irregularidade atinente à contratação de empresa sem capacidade operacional para execução das obras objeto do Contrato de Repasse 0242055-65/2007;

9.3. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, irregulares as contas de Ritelza Cabral Demétrio, Ecmarr Demétrio Monte Coelho, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, Luiz Eduardo Studart Gomes Junior e da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP;

9.4. condenar, com fundamento nos arts. 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, solidariamente, Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, e a empresa Lest Engenharia Ltda. EPP ao pagamento das quantias abaixo especificadas, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que seja comprovado, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora calculados a partir das datas de ocorrência indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

Data ocorrência	Valor (R\$)
14/08/2009	860.611,44
07/12/2009	114.928,56
14/05/2010	229.653,90
21/12/2010	161.843,02
30/03/2011	82.947,00
01/07/2011	212.478,70

9.5. aplicar Edson Sá, Francisco Rafael Duarte Sá, Antônio Napoleão Leite Filgueiras, e à empresa Lest Engenharia Ltda. EPP, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 57, da Lei 8.443/1992, multa individual no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das referidas quantias ao 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;

9.6. aplicar a Ritelza Cabral Demétrio e Ecmarr Demétrio Monte Coelho, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, 19 e 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, multa individual no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento das referidas quantias ao 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;

9.7. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;



9.8. declarar a inidoneidade da empresa Lest Engenharia Ltda. EPP para participar, pelo prazo de cinco anos, de licitação que envolva recursos públicos federais, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/92 c/c o art. 271 do Regimento Interno do TCU; e

9.9. remeter cópia deste Acórdão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do Regimento Interno do TCU, à Procuradoria da República no Estado do Ceará para o ajuizamento das ações que considere cabíveis; e

9.10. dar ciência desta deliberação aos responsáveis.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2101-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator).

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC-008.023/2019-0.

Natureza: Relatório de Auditoria.

Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO: AUDITORIA DE CONFORMIDADE. OBRAS DE AMPLIAÇÃO E REFORÇO NA SUBESTAÇÃO DE FOZ DO IGUAÇU/PR. ACHADOS DE AUDITORIA: 1) FALHAS NO ORÇAMENTO-BASE DA LICITAÇÃO, COM SUPERESTIMATIVAS DOS PREÇOS DE EQUIPAMENTOS; 2) ADIANTAMENTO DE PAGAMENTO SEM A APRESENTAÇÃO DAS GARANTIAS CONTRATUAIS. INOCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MITIGAÇÃO DOS RISCOS DECORRENTES DO REFERIDO ADIANTAMENTO DE PAGAMENTO EM RAZÃO DA ENTREGA EFETIVA DOS EQUIPAMENTOS. CIÊNCIA DAS FALHAS INCORRIDAS À ENTIDADE JURISDICIONADA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se da Auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraEletrica, em cumprimento ao Acórdão 835/2019 – Plenário (TC 029.671/2018-3, FISCOBRAS-2019), na empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., no período compreendido entre 22/4 a 7/6/2019.

2. A fiscalização teve como objetivo avaliar a conformidade dos processos de contratação e execução das obras de ampliação e reforço na Subestação de Foz do Iguaçu/PR, localizada no Estado do Paraná, e executada mediante o Contrato 8000010123, firmado em 27/12/2017, no valor de R\$ 60.677.647,53, entre Furnas Centrais Elétricas S.A. e o Consórcio ABB/Enind – SE Foz do Iguaçu – 3R, constituído pelas empresas Asea Brown e Boveri Ltda. e Enind Comércio Engenharia e Comércio Ltda.

3. A Subestação de Foz do Iguaçu/PR constitui uma instalação em operação comercial, de propriedade da Furnas Centrais Elétricas S.A., e é o ponto inicial do sistema tronco da Usina Hidrelétrica de Itaipu, sendo composta de dois setores eletricamente independentes:

3.1. uma subestação elevadora, com transformação de 500 kV para 750 kV, 60 Hz, com

capacidade de 6.300 MW, ponto inicial do tronco de Corrente Alternada (CA), constituído principalmente por três Linhas de Transmissão de 750 kV, as quais atravessam duas subestações intermediárias, cujo ponto final se encontra na Subestação Tijucu Preto, em Mogi das Cruzes/SP;

3.2. uma conversora, com transformação/retificação de 500 kV, 50 Hz, para +/- 600 kV em Corrente Contínua (CC), com capacidade de 6.300 MW, ponto inicial do sistema tronco CC, constituído por dois bipolos interligados à Subestação de Ibiúna/SP.

4. As obras na Subestação de Foz do Iguaçu/PR (inseridas no Plano Geral de Empreendimentos de Transmissão em Instalações em Operação – Pget de Furnas) têm a finalidade de atender a ampliação do Sistema Elétrico Nacional para garantir a segurança operativa e aumentar a confiabilidade da subestação de Foz do Iguaçu, bem como evitar sobrecargas nas unidades quando do desligamento de uma das quatro unidades transformadoras existentes.

5. Conforme apurado pela SeinfraElettrica, tais obras consistem na instalação do quinto banco de autotransformadores monofásicos 765/550-69 kV, 3x550 MVA, composto dos seguintes serviços/equipamentos principais, conforme Resolução Autorizativa da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel 5.012/2015:

5.1. complementação do módulo geral da Subestação, com um módulo de infraestrutura de manobra em 765 kV e um módulo de infraestrutura de manobra em 550 kV, ambos com arranjo em disjuntor e meio, além da previsão de uma edificação (Casa de Relés);

5.2. instalação do quinto banco de autotransformador (AT05), constituído de três unidades de autotransformadores monofásicos 765/550-69 kV, 3x550 MVA, 60Hz, totalizando 1650 MVA;

5.3. instalação de um módulo de conexão de transformador em 765 kV, constituído de um disjuntor, três chaves seccionadoras tripolares, três transformadores de potencial capacitivo, três transformadores de corrente e três para-raios, todos de 765 kV, além de um transformador de aterramento de 69/0,24 kV, um resistor de aterramento de 416 V e três para-raios de 69 kV;

5.4. instalação de um módulo de interligação de barras em 765 kV, constituído de um disjuntor, duas chaves seccionadoras tripolares e três transformadores de corrente, todos de 765 kV;

5.5. instalação de um módulo de conexão de transformador em 550 kV, constituído de um disjuntor, três chaves seccionadoras tripolares e três transformadores de corrente, todos de 550 kV;

5.6. instalação de um módulo de interligação de barras em 550 kV constituído de um disjuntor, duas chaves seccionadoras tripolares, três transformadores de potencial capacitivo, três transformadores de corrente e três para-raios, todos de 550 kV.

6. Transcrevo a seguir, com alguns ajustes de forma, excerto do Relatório produzido pela equipe da SeinfraElettrica, em que constam a contextualização da contratação das obras de reforço, os achados de auditoria, as justificativas apresentadas pela empresa fiscalizada e a correspondente análise da equipe (peça 16, p. 5/20):

“II.2.2. Contextualização da contratação para reforço da Subestação de Foz do Iguaçu – 3R

9. O empreendimento Subestação de Foz do Iguaçu – 3R foi autorizado pela Resolução Autorizativa 5.012 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), de 21 de janeiro de 2015 (peça 13, itens não digitalizáveis).

10. A contratação do empreendimento se deu com base em projeto básico fornecido por Furnas (regime de empreitada semi-integral, previsto no inciso V do art. 42 da Lei 13.303/2016). Dessa forma, o fornecimento de projeto executivo, equipamentos, materiais e sistemas, além da construção e comissionamento do 5º banco de autotransformador 750/500-69 kV – 1650 MVA e seus vãos de conexão 750 e 500 kV foram de responsabilidade da contratada até a sua entrega em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para a utilização do empreendimento em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi prevista.

11. Para consecução dos objetivos da presente auditoria, foram analisados o processo licitatório da Concorrência CO.GCM.A.0015.2017 (peças 5 e 13, itens não digitalizáveis, arquivo Questão_3_Processo_Licitatório.doc), incluindo o projeto básico (peça 13, itens não digitalizáveis,



arquivos Questão_2_Projeto_Básico.doc; e Projeto Básico SE_Foz do Iguaçu_Foz_3R_PII.pdf e ~PII.pdf) e o respectivo Contrato 8000010123 (peça 6 e peça 13, itens não digitalizáveis, arquivo Questão_4_Contrato.doc).

12. A Concorrência CO.GCM.A.0015.2017, do tipo menor preço (peça 5), de âmbito nacional, foi regida pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e apresentou valor de referência de R\$ 96.576.883,56 (data-base: fevereiro/2015).

13. O Contrato 8000010123 foi firmado em 27/12/2017 entre Furnas e o Consórcio ABB/Enind – SE Foz do Iguaçu 3R, formado pelas empresas Asea Brown Boveri Ltda. (ABB) e Enind Engenharia e Comércio Ltda. (peça 6), no valor de R\$ 60.677.647,53 (data-base: julho/2017), apresentando um deságio de cerca de 45% em relação ao orçamento de referência de Furnas (atualizado para a data-base contratual). Tal contrato previa o prazo de execução de 15 meses, e prazo de vigência de 29 meses, contados a partir da sua assinatura.

14. Na inspeção realizada pela equipe técnica do TCU em 16/5/2019, as obras se encontravam em mais de 90% de execução física. O 5º Banco de autotransformador entrou em Operação Comercial em 3/4/2019, com obras civis ainda em fase de finalização, tais como drenagem, arruamento e pavimentação, urbanismo e paisagem, serviços de utilidades e suportes treliçados.

(...)

III. Achados de auditoria

1 III.1. Orçamento do Edital inadequado.

III.1.1. Tipificação

Falhas/Impropriedades (F/I)

Justificativa de não enquadramento no conceito de IGC:

28. Foi verificada a existência de preços de referência superestimados na Concorrência Furnas CO.GCM.A.0015.2017, entende-se pela classificação deste Achado como Falhas e Impropriedades, em detrimento de Irregularidade Grave IGC. Isso porque não se identificaram elementos que caracterizassem sobrepreço no Contrato 8000010123, não havendo, portanto, dano à Administração. Nesse sentido, considera-se o princípio ‘**pas de nulité sans grief**’ do direito administrativo, afastando-se a classificação de Irregularidade Grave em favor da classificação de Falha e Impropriedade.

III.1.2. Situação encontrada:

29. Foram constatadas deficiências no orçamento de referência de Furnas, em especial na precificação dos equipamentos principais, a exemplo da utilização apenas de preços obtidos em consultas a fornecedores na precificação dos autotransformadores, descarte de preços contratados de produtos de natureza equivalente e rejeição de preços contratados com data superior a 180 dias. Além disso, verificaram-se diferenças substanciais entre os preços de referência da Aneel, o orçamento de Furnas e os preços das quatro propostas apresentadas na Concorrência CO.GCM.A.0015.2017, de 20/3/2017.

30. Os valores do orçamento de referência para a contratação das obras divergiram de forma significativa, para maior, dos valores de todos os concorrentes, expondo a estatal Furnas ao risco de contratação antieconômica. O risco não se materializou visto que quatro empresas apresentaram proposta de preço, tendo sido verificado um deságio de cerca de 45% do menor preço ofertado (empresa contratada) em relação ao orçamento de referência adotado por Furnas.

31. A Concorrência CO.GCM.A.0015.2017, de 20/3/2017, do tipo Menor Preço (item 11 do Orçamento, peça 5, p. 25), de âmbito nacional, regida pela Lei 8.666/1993, apresentou valor de referência de R\$ 96.576.883,56 (data-base fevereiro 2015). Tal valor não levou em conta o benefício decorrente da habilitação do empreendimento ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI, conforme Ato Declaratório Executivo nº 8 da Receita Federal, publicado no DOU em 6/9/2016.

32. Mediante Suplemento nº 3, de 2/6/2017, foi feito o ajuste no Edital com a substituição das planilhas de preços e atualização do valor do orçamento, que passou a ser R\$ 93.462.303,70 (base fevereiro/2015). Cabe reforçar que, para o caso concreto, conforme preceitua o art. 40 da Lei 8.666/93,



o orçamento de Furnas era conhecido por todos os licitantes (obras foram licitadas sob o regime de Empreitada Integral com fornecimento do projeto básico).

33. Atualizado para a data base das propostas (julho/2017), o orçamento de Furnas alcançou o montante de R\$ 111.491.181,58. O Contrato 8000010123 foi firmado em 27/12/2017 entre Furnas e o Consórcio ABB/Enind – SE Foz do Iguaçu 3R, formado pelas empresas Asea Brown Boveri Ltda. (ABB) e Enind Engenharia e Comércio Ltda, no valor de R\$ 60.677.647,53 (base julho 2017, peça 6).

34. O item 8 do Edital – Critério de Análise de Julgamento das Propostas (peça 5, p. 22-24) demonstra quão crucial é o orçamento elaborado pela estatal na escolha da proposta vencedora. O Edital fixou preços máximos ficando estabelecido que seriam desclassificadas as propostas que, dentre outros:

‘8.6. Apresentem preços que não atendam ao estabelecido no critério de aceitabilidade de preços máximos, unitários e total, conforme abaixo:

a) Limite Máximo de preços aceitável serão os valores da Planilha de Preços Unitários orçados e atualizados por FURNAS.

b) Preços Unitários – Não poderão ultrapassar os valores orçados e atualizados por FURNAS.

c) Preço Total – Não poderá ultrapassar o valor orçado e atualizado de FURNAS.’

35. Ressalta-se que, tendo o preço de referência fixado por Furnas sido utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação no edital tornou-se obrigatória (Acórdão 2.166/2014-TCU-Plenário – Relator Min. Augusto Sherman).

36. Ocorre que, embora Furnas tenha demonstrado ter seguido os procedimentos previstos nos itens 4 a 7 da Instrução Normativa de Furnas IN.002.2019 – Elaboração do Orçamento das Requisições de Materiais e Serviços, com pesquisas de preços de mercado para os equipamentos principais e os mais variados bens e serviços que compõem o objeto contratado, foi possível verificar que os preços de referência adotados para a maioria dos itens foram significativamente superiores aos ofertados pelos concorrentes. Ademais, em boa parte deles, os preços de referência de Furnas tiveram variações relevantes em relação às estimativas da Aneel com base no seu Banco de Preços (data base junho/2014 atualizado pelo índice de reajuste previsto no Edital para a data base do contrato julho/2017).

37. Cabe destacar que a Diretoria da Aneel aprovou em 19/2/2019 atualização do Banco de Preços de Referência da agência que é utilizado nos processos de autorização, licitação e revisão das receitas anuais permitidas (RAPs) das concessionárias de transmissão de energia elétrica. Segundo a Agência, mais de 300 itens tiveram seus preços atualizados, resultando em redução dos custos para os Módulos de Equipamentos e para os Módulos de Manobra, com impacto positivo para o consumidor, em prol da modicidade tarifária. Ademais, ressalta-se que as atualizações do Banco de Preços da Aneel vêm sendo acompanhadas pelo TCU no âmbito do TC 013.627/2014-7.

Análise dos preços contratados

38. Para fins de análise da estimativa de Furnas e dos valores contratados, consideraram-se como referência os preços utilizados pela Aneel para o cálculo da RAP (junho/2014).

39. Como se demonstra nos parágrafos seguintes, de forma global, os valores contratados foram significativamente inferiores aos constantes do orçamento de Furnas, que, por sua vez, foram inferiores à estimativa da Aneel, indicando ausência de sobrepreço global no contrato, com base nos critérios adotados (peça 7). Porém, para alguns grupos de equipamentos e serviços, os preços contratados foram superiores às referências, indicando riscos de alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de aditivos, sendo que tal desequilíbrio não se efetivou pelo fato de o contrato em análise se encontrar em fase final de execução.

40. Verifica-se que o valor global dos equipamentos no Orçamento de Referência de Furnas está aderente ao banco de Preços da Aneel. Porém, com relação aos preços dos equipamentos principais, observou-se que os preços dos Autotransformadores, Secionadoras de 800 kV e Resistor de aterramento adotados por Furnas foram superiores aos constantes do orçamento Aneel em cerca de 26%, 66% e 44% respectivamente. Por outro lado, os preços de Furnas para os demais equipamentos

ficaram abaixo dos preços da agência. Como exemplo tem-se: Disjuntores SF6 550 kV (57%), Transformador de Potencial Capacitivo 550 kV (53%), Transformador de Corrente 800 kV (64%) e Para-raios 420 kV (31%).

41. A Tabela 1 sintetiza as principais diferenças de preços apresentadas entre o orçamento Aneel e o referencial de Furnas para os principais equipamentos.

Tabela 1 - Diferença de preços dos principais equipamentos nos Orçamentos da Aneel e de Furnas (referência)

Descrição	Orçamento Aneel	Orçamento Furnas	
	Preço Unitário (R\$)	Preço Unitário (com BDI) (R\$)	Diferença em relação a Aneel
Banco de autotransformadores monofásicos, 765/525-69 kV – 3 x 550 MVA	48.971.076,75	62.183.840,80	26,98%
Seccionador tripolar de 800 kV.	262.354,63	437.432,13	66,73%
Disjuntor tripolar a SF6, 550 kV.	2.674.772,69	1.140.359,67	-57,37%
Transformador de Corrente 800 kV	866.650,68	305.769,51	-64,72%
Disjuntor tripolar a SF6, 800 kV	4.827.328,66	1.935.414,38	-59,91%
Seccionador tripolar de 550 kV	181.999,42	161.427,83	-11,30%

Fonte: elaborado pelos autores a partir da peça 7 (propostas de preços, orçamento Furnas e BP Aneel).

42. Além disso, constatam-se diferenças significativas entre os valores global, dos equipamentos e de serviços, quando se cotejam os preços referenciais de Furnas com os preços das quatro propostas apresentadas na Concorrência CO.GCM.A.0015.2017, conforme demonstrado na tabela 2 a seguir.

Tabela 2 - Diferenças de preços apresentadas entre as quatro propostas da licitação, cotejadas com o orçamento de Furnas (referência)

Empresa	Descrição	Equipamentos, Sobressalentes e Serviços	Projeto Executivo, Materiais, Equipamentos e Sistemas auxiliares, Obras Civis, Montagem Eletromecânica e Comissionamento	SOMA (Data base: jul/17)
Orçamento Furnas Atualizado	Referência	79.527,829,39	31.963.352,19	111.491.181,58
1ª - ABB/ENIND (Contratada)	Proposta (R\$)	38.882,512,29	21.795.135,24	60.677.647,53
	Diferença (R\$)	-40.645.317,10	-10.168.216,95	-40.645.317,10
	Desconto (%)	-51,11%	-31,81%	-45,58%
2ª - GE/GRID	Proposta (R\$)	40.557,538,22	25.934.851,13	66.492.389,35
	Diferença (R\$)	-38.970.291,17	-6.028.501,06	-38.970.291,17

	Desconto (%)	-49,00%	-18,86%	-40,36%
3º Siemens/ Grantel	Proposta (R\$)	44.888.49 1,50	25.105.432,35	69.993.923, 85
	Diferença (R\$)	- 34.639.337,89	-6.857.919,84	- 34.639.337,89
	Desconto (%)	-43,56%	-21,46%	-37,22%
Fasttel	Proposta (R\$)	61.790.59 0,69	25.034.872,48	86.825.463, 17
	Diferença (R\$)	- 17.737.238,70	-6.928.479,71	- 17.737.238,70
	Desconto (%)	-22,30%	-21,68%	-22,12%

Fonte: planilha ANALISE PREÇO EQUIPAMENTOS.xlsx, constante da peça 13 (itens não digitalizáveis).

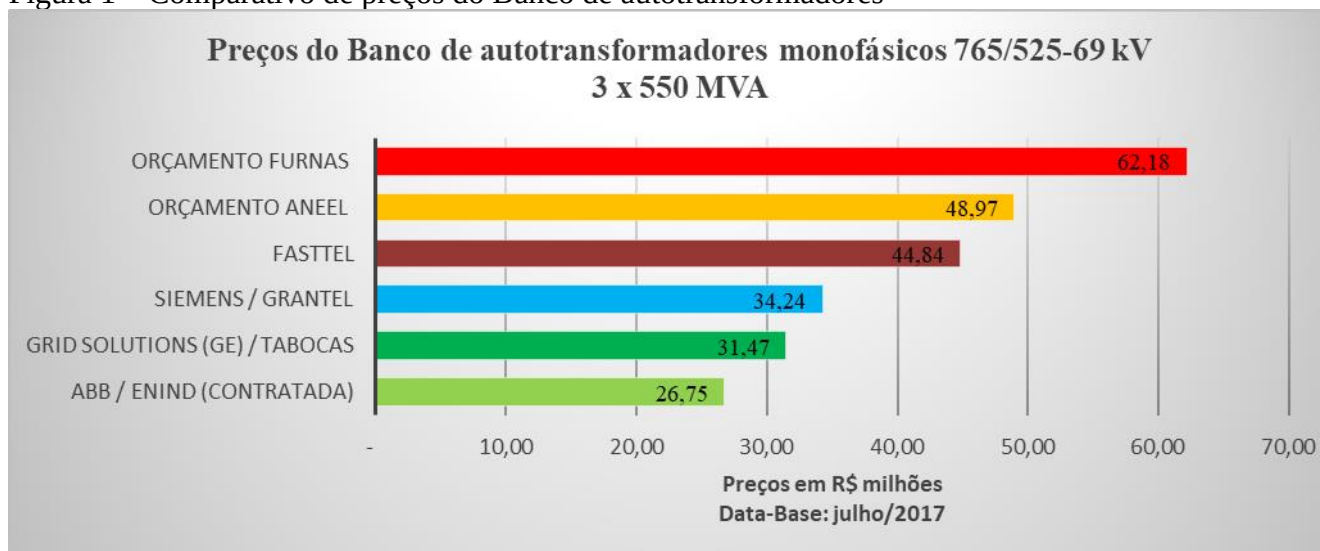
43. Dessa forma, foi constatada, por meio de análise da Tabela 2, **retro**, divergência significativa dos preços dos equipamentos ofertados pelos licitantes em relação ao preço referencial. Verificou-se que a média dos preços de equipamentos ofertados pelas três propostas de menor preço, é cerca de 47% do Orçamento de Referência de Furnas (todos na data base das propostas).

44. Registra-se que a maior variação se deu no preço dos autotransformadores para o qual foram verificadas uma proposta com variação de -56% (ABB/Enind) e uma proposta com variação de -49% (Grid Solutions/Tabocas).

45. As Figuras 1 e 2 demonstram as principais variações verificadas nos preços dos equipamentos principais selecionados.

46. No caso da Figura 1, verifica-se a grande distorção entre o valor orçamento por Furnas para o principal grupo de equipamento da contratação (valores ajustados para a mesma data-base). Em valores aproximados, a estatal orçou por R\$ 62,2 milhões e a contratação foi efetivada pelo valor de R\$ 26,8 milhões (-56%).

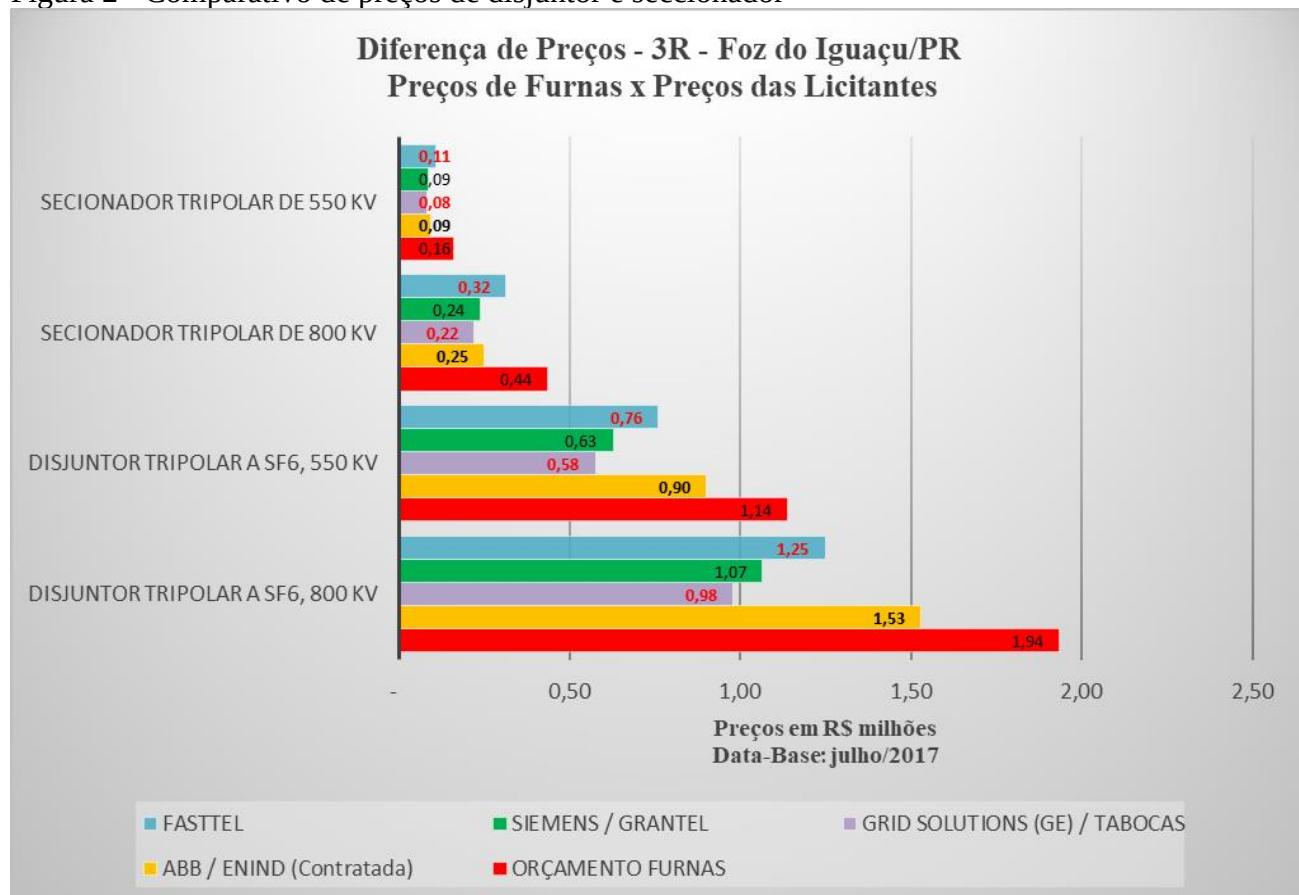
Figura 1 – Comparativo de preços do Banco de autotransformadores



Fonte: elaborado pelos autores a partir da peça 7 (propostas de preços, orçamento Furnas e BP Aneel)

47. No caso da Figura 2, demonstram-se distorções relevantes também em outros equipamentos de menor materialidade, a exemplo do seccionador tripolar de 800 kV, cuja estimativa, por unidade, de Furnas foi R\$ 437.432,00 e o valor unitário contratado foi R\$ 252.450,00 (-42%).

Figura 2 - Comparativo de preços de disjuntor e seccionador



Fonte: elaborado pelos autores a partir da peça 7 (propostas de preços, orçamento Furnas).

48. Não obstante a variação para menos dos preços ofertados, verificou-se, para o tipo de licitação adotada, um comportamento atípico por parte de dois licitantes (segundo e terceiro colocados). Em sua planilha de preços ofertados, o consórcio Grid Solutions/Tabocas apresentou desconto padrão de 49,39% para todos os equipamentos. Este também foi o comportamento do consórcio Siemens/Grantel que apresentou desconto padrão de 44,93% para todos os equipamentos. O comportamento dos preços dos licitantes foi considerado anormal pois espera-se que cada licitante apresente preços específicos para os diferentes equipamentos, de acordo com sua expertise (capacidade operativa) e não descontos lineares, como apresentados na concorrência em análise (CO.GCM.A.0015.2017). Conduto, tal comportamento, por si só, não caracteriza uma irregularidade.

49. Já em relação aos demais bens, adotando-se igual procedimento ao da análise dos equipamentos, verificou-se que o custo total de materiais (outros bens) do Contrato 8000010123 está aderente ao custo total extraído do Banco de Preços Aneel atualizado para a data-base do contrato. Contudo, o preço total do item materiais (incluindo bens) atualizado do Orçamento de Referência de Furnas, encontra-se muito acima do Preço Aneel (diferença de 67%) e do preço contratado (76%). Ademais, ficou também acima do preço dos demais concorrentes (Grid Solutions/Tabocas = 21%, Siemens/Grantel = 25% e Fasttel = 33%).

50. Por fim, em relação aos serviços de obras civis e montagem eletromecânica, verificou-se que o custo total do Orçamento de Referência de Furnas encontra-se aderente ao Preço Aneel para os mesmos itens e data-base. Já em relação ao Contrato, tem-se que o Orçamento Furnas (para os itens analisados) encontra-se cerca de 20% acima, o que não caracteriza por si só preço excessivo. Ademais, verificaram-se desvios significativos nos preços total dos serviços de terraplenagem e arruamento e pavimentação, mas que no global não podem ser caracterizados como uma impropriedade.

51. Consoante aos preços de referência dos equipamentos, um outro ponto foi motivo de atenção: verificou-se que no global o Orçamento Furnas ultrapassou a estimativa da Aneel (data-base junho

2014) atualizada pela variação do IPCA (conforme previsão contratual). Ressalta-se que o TCU já se manifestou quanto à existência de risco de deslocamento entre os valores contidos no Banco e os valores de mercado, dentre outras razões, em vista do uso de custos antigos para equipamentos e materiais atualizados por índices por longos períodos. Além disso, o TCU verificou variação expressiva nos custos unitários dos principais equipamentos e materiais utilizados no Banco de Preços com os valores médios praticados pela Eletrobras (Acórdão 1.163/2014-TCU-Plenário – Relator Min. José Jorge).

52. Importa ressaltar que a situação numa avaliação global não apresenta potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros visto que as obras foram contratadas com deságio de cerca de 45% em relação ao orçamento de referência, e na inspeção realizada pela equipe técnica do TCU, em 16/5/2019, as obras se encontravam em mais de 90% de execução física realizada. Ademais, o 5º Banco de autotransformador entrou em Operação Comercial em 3/4/2019, embora com parcela de obras civis ainda em andamento, tais como drenagem, arruamento e pavimentação, urbanismo e paisagem, serviços de utilidades e plataformas de serviços em pórticos metálicos, sem prejuízo para a operação.

Justificativas de Furnas

53. Indagada sobre quais os possíveis motivos para a ocorrência de diferenças significativas entre os valores orçados pela estatal tendo como base consulta de preços a potenciais fornecedores e os valores das propostas apresentadas (Ofício de Requisição 002-67/2019-TCU/SeinfraElettrica, de 14/5/2019, peça 8, item 1.3.4, p. 11), Furnas informou que a primeira estimativa, elaborada com a utilização de valores do Banco de Preços de Furnas, foi questionada pela Gerência de Planejamento e Controle de Suprimentos – GPC.A, gerência da estatal que analisa as requisições, a qual formulou uma lista de recomendações (peça 8, p. 46-47).

54. Dentre as recomendações, dada a especificidade dos equipamentos da SE Foz 3R (750 kV), foi apontada a necessidade de atender ao Acórdão 157/2008-TCU-Plenário – Relator Min. Raimundo Carreiro, no sentido de aumentar a abrangência da pesquisa de preços, bem como ao Acórdão 1928/2011-TCU-2ª Câmara – Relator Min. José Jorge, que determina a pesquisa de preços composta de, no mínimo, três orçamentos distintos. Ademais, a GPC.A rejeitou preços de propostas obtidas há mais de 180 dias.

55. Em apresentação feita na sede de Furnas na etapa de execução da auditoria, restou demonstrado que a revisão do orçamento atendendo as novas exigências foi iniciada em outubro/2015 e concluída em abril/2016, ou seja, foram dispendidos perto de sete meses no processo de revisão do orçamento de referência (Linha do tempo – Apresentação TCU SE Foz 3R 13-05-19 peça 8, p. 26, item 1.1.11 - resposta of. 002-67).

56. Importa destacar que, de acordo com a Resolução Autorizativa Aneel (RA 5012/2015), a data de energização dos autotransformadores era 26/07/2017, período de implantação de 30 meses após a aprovação (26/01/2015).

57. Questionada sobre o processo de cotação, validação e atualização para formação do preço de referência, em resposta ao item 1.2.3 do mesmo Ofício de Requisição, Furnas informou que para ‘itens de bens (equipamentos, materiais e sistemas), a cotação é validada a partir dos valores obtidos através [sic] da pesquisa de preços e se baseia na análise qualitativa destes valores, excluindo-se aqueles que apresentem desvios relevantes, superiores ou inferiores a 30% da média dos mesmos’. O preço final é escolhido entre o menor valor e a média dos valores válidos (corrigidos para a data base do orçamento pela IPCA). Já para os itens de serviços, são seguidas as definições do Decreto 7983/2013 (Sinapi, Sicro, cotações de 3 propostas) aplicando-se os encargos sociais e complementares e o BDI (peça 8, p. 43).

58. Furnas encaminhou, juntamente com as respostas, a IN.002.2019 – Elaboração do Orçamento das Requisições de Materiais e Serviços de Furnas, vigente a partir de 20/3/2019 (peça 8, p. 19-23). Em sua resposta, Furnas esclareceu que a IN só entrou em vigor em 2019, contudo vinha sendo utilizada a bastante tempo e foi seguida na elaboração do Orçamento de Referência da SE Foz 3R.

59. Em análise da manifestação de Furnas, em apertada síntese, a IN.002.2019, em seu item 4 (orçamento de bens e serviços comuns) dispõe que, deve ser elaborado orçamento com base em pesquisa de mercado seguindo os parâmetros estabelecidos no Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras. Ademais, salvo em situações excepcionais justificadas, a pesquisa de preços é válida por 180 dias, e sendo este prazo ultrapassado, a pesquisa deve ser refeita. E, no caso de pesquisa de mercado com agentes econômicos, a obtenção de menos de três preços poderá ser admitida em casos excepcionais.

60. Destaca-se que o Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras, em seu art. 28 (peça 9, p. 28-29), define os critérios gerais para orçamento, que o valor orçado deve ser obtido em razão de pesquisa de mercado, mediante média ponderada excluindo os desvios relevantes (superiores ou inferiores a 30% da média), baseada em um ou na combinação de parâmetros, tais como, contratos similares firmados por empresas da Eletrobras (atualizado monetariamente), contratos similares firmados por outras empresas públicas ou sociedades de economia mista, pesquisa pública (mídia especializada) e pesquisa direta com agentes econômicos. De igual forma que a IN.002.2019, o Regulamento estabelece que a pesquisa de preços e os dados e informações de contratos devem observar o limite máximo de 180 dias de prazo após a pesquisa e/ou encerrado o prazo de vigência do contrato.

61. Nesse contexto, pode-se observar que a Gerência de Planejamento e Controle de Suprimentos – GPC.A manteve-se obediente aos critérios estabelecidos tanto na IN.002.2019 – Furnas, quanto no Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras.

62. É certo que a pesquisa de preços se destina a subsidiar a estimativa de custo da contratação para permitir a fixação do valor máximo aceitável pelo Edital nas aquisições da Administração Pública. A pesquisa deve ter amplitude suficiente, proporcional ao risco da compra, observando a especificidade dos bens ou serviços, bem como as restrições de mercado no momento.

63. Não há evidência de que os valores apresentados por empresas consultadas sejam efetivamente valores de mercado. Exemplo disso está nos preços dos autotransformadores da SE Foz 3R que se apresentaram significativamente superiores aos ofertados nas propostas de preço (aproximadamente 120% e 57% - vide Tabela 3). Isso demonstra um risco aumentado de que a Licitação poderia vir a resultar em uma contratação antieconômica.

Tabela 3 - Comparação dos preços informados para o autotransformador na cotação e os efetivamente propostos na Concorrência CO.GCM.A.0015.2017

m	Ite	Descrição	U	GE/ALSTOM		SIEMENS	
				Valor da Cotação (em 03/2016)	Valor da Proposta de Preço (em 07/2017)	Valor da Cotação (em 03/2016)	Valor da Proposta de Preço (em 07/2017)
	1.2	AUTOTRANSFORMADOR					
	1.2	Autotransformador monofásico					
	1.1.1	330/440/550MVA, 765/525-69kV	u	23.500.000,00	10.489.720,94	17.960.000,00	11.414.291,44

Fonte: arquivo autotransformador_Memorial_Orçamentário.pdf (peça 13, itens não digitalizáveis).

Nota: A empresa Toshiba respondeu a consulta e ofereceu preço para os autotransformadores, contudo não participou da licitação.

64. O TCU tem se manifestado sobre o fato de a cotação de preços junto a fornecedores não necessariamente representar o preço de mercado. O Acórdão 299/2011-TCU-Plenário – Relator Min. José Mucio Monteiro tratou de pregão eletrônico no qual a estimativa de preço realizada pela entidade

fiscalizada foi superestimada em 55% em relação aos preços finais obtidos. A Corte recomendou a adoção de medidas com vista a obter uma avaliação real e fidedigna do valor de mercado dos bens e serviços (bens e serviços de TI), realizando estimativas que consideram, além de pesquisa de preços junto a fornecedores, outras fontes, como, por exemplo, contratações em outros órgãos e entidades da Administração Pública, conforme previsto no art. 15, inciso V, parágrafo primeiro, com o art. 43, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993. O Relatório que subsidiou o Acórdão aponta que a estimativa que considere apenas cotação de preços junto a fornecedores pode apresentar preços superestimados, uma vez que as empresas não têm interesse em revelar, nessa fase, o real valor a que estão dispostas a realizar o negócio. Ademais, considera que os fornecedores, tendo conhecimento de que o valor informado será usado para a definição do preço máximo que o órgão estará disposto a pagar, tendem a informar valores superestimados nessas consultas.

65. No Acórdão 3.452/2011-TCU-2ª Câmara – Relator Min. Augusto Nardes, o TCU recomendou consulta prévia aos preços praticados no site de compras do Governo, bem como nas Atas de Registro de Preços de outros órgãos (no caso, Hospitais Federais) para a obtenção de preços reais e melhores que aqueles fornecidos quando da pesquisa de mercado para aquisição de bens/produtos. Também no voto (item XIII) que subsidiou o Acórdão 2.149/2014-TCU-1ª Câmara – Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, a questão é abordada. O Relator considera que as coletas destinadas apenas a formar o preço de referência dos serviços a serem licitados precisam ser vistas com reserva porque o mercado fornecedor está ciente de que os valores informados naquela ocasião não vinculam as propostas que eventualmente venham a apresentar no certame licitatório. Alerta que os fornecedores de bens e serviços não desejam revelar aos seus concorrentes os preços que estão dispostos a praticar, no futuro certame licitatório, e por isso, os preços são artificialmente subestimados ou superestimados. Sustenta que haveria de considerar os preços efetivamente praticados pelo mercado fornecedor em situação semelhante.

66. Ademais, no Acórdão 2.816/2014-TCU-Plenário – Relator Min. José Mucio Monteiro, a Corte recomendou a diversos órgãos cautelas a serem adotadas no planejamento de contratações de empresas para prestação de serviços de organização de eventos, de modo a não restringir a pesquisa de preços às cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando também outros parâmetros, conforme previsto no art. 2º da IN SLTI/MP 5/2014, com o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993.

67. Por seu turno, no Acórdão 98/2011-TCU-Plenário – Relator Min. Augusto Nardes, que avaliou a confiabilidade do Sicro-2, o TCU determinou ao Dnit fosse envidado esforço visando aprimorar a coleta e o processo de crítica de preços. Naquele caso, foi apontado o indício de preços superestimados, que ‘poderiam ser mitigados com a existência de efetiva competição’.

68. É certo que as obras da SE Foz 3R possuem particularidades bastante significativas em relação ao contexto nacional. O Sistema de Transmissão 750 kV de Itaipu é único no país. O mercado de fornecedores para esse segmento não é amplo e os equipamentos especificados visando a implantação do 5º banco de transformadores são singulares.

69. Contudo, viu-se que a SE Tijuco Preto, que recebe a energia advinda da SE Foz, vem passando por vários reforços. Em recente contratação (Contrato 8000007228 com vigência de 15/09/2014 a 15/09/2017, peça 10) foram adquiridas 7 unidades de autotransformadores de 300/400/500 MVA – 765-345/20 kV ao preço unitário de R\$ 10.218.735,00 (incluindo sobressalentes, desmontagem, montagem e supervisão de montagem e comissionamento e ensaios tipo e especiais). No entanto, essa aquisição não foi considerada para subsidiar Furnas no processo de validação dos preços obtidos na consulta, mediante um mecanismo de extrapolação de preços, já que existem diferenças representativas nas especificações do equipamento. Ademais, não foi demonstrado que Furnas tenha processo de crítica de preços coletados, de forma a mitigar preços superestimados.

70. Ademais, é certo que equipamentos de tensão 765 kV são restritos ao sistema de transmissão de Itaipu. Contudo, as obras de reforço envolviam também sistema de 500 kV, de uso bastante difundido no país, especialmente nas empresas do Sistema Eletrobras. Não se identificou no caso em apreço a realização de pesquisa e/ou a utilização de dados de aquisição de equipamentos similares de

outras subsidiárias da Eletrobras na elaboração do orçamento de referência.

71. Outro ponto que chamou a atenção foi que, conforme já mencionado, a revisão do orçamento, visando atender as exigências formuladas pela Gerência de Planejamento e Controle de Suprimentos – GPC.A, foi iniciada em outubro/2015 e concluída em abril/2016, ou seja, foram dispendidos perto de sete meses no processo de revisão do orçamento de referência.

72. Verificou-se que a consulta de preços se estendeu, praticamente, a todos os itens que compõem os custos visando a obtenção de três propostas de preço. Não foi observada uma priorização dos elementos mais relevantes para fins de realização de uma pesquisa abrangente e uma análise mais criteriosa, como o emprego do método da Curva ABC (‘Curva de Pareto’, ou ‘Regra 80/20’, que consiste na proposição de que 80% da importância total de um conjunto estão concentradas em 20% dos elementos desse conjunto). Nesse contexto, é razoável que os itens que compõem o Grupo ‘C’ com muitos itens e pouca relevância econômica tenham pesquisa de preços simplificada.

73. Ressalta-se que o TCU tem dezenas de julgados validando o uso da Curva ABC como ferramenta de análise de sobrepreço (pela qual seleciona os itens com maior representatividade). Como exemplo registra-se o Acórdão 763/2007-TCU-Plenário – Relator Min. Marcos Bemquerer que no voto condutor anuncia que em obras de grande porte, a comparação dos valores contratados com os adotados no mercado deve ser realizada mediante obtenção de amostra significativa do orçamento da obra, por meio da confecção de Curva ABC. Outrossim, observa-se que o próprio Regulamento de Licitações e Contratos Eletrobras dispense tratamento diferenciado para a conformidade de preços dos itens relevantes (art. 62, peça 9).

74. A existência de três orçamentos para todos os componentes do preço não garante preços aderentes ao mercado. A Lei 8.666/93 não faz essa exigência. No inciso V do art. 15, a Lei determina que as compras, sempre que possível, deverão ‘balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública’.

75. Assinale-se, ainda, a importância do orçamento base da licitação consignada nos dispositivos legais atinentes às contratações de obras e serviços de engenharia, a exemplo do art. 3º, **caput**, do art. 43, inciso IV e da alínea ‘f’, inciso IX, art. 6º da Lei 8.666/1993, que especifica o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados. A recente Lei 13.303/2016 mantém o orçamento em patamar elevado de importância quando dispõe que as licitações realizadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa e considera que há sobrepreço quando os preços orçados para a licitação são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado (art. 31, § 1º, inciso I), ou ainda quando determina que o orçamento estimado para a contratação é limite a ser respeitado na hipótese de convocação de licitantes remanescentes (art. 29, XVIII, § 1º).

76. Destaca-se que o TCU já se manifestou sobre a responsabilização de agentes por irregularidades relativas a sobrepreço em virtude de preços excessivos em relação aos praticados no mercado decorrente de inadequações metodológicas do orçamento base (Acórdão 3.213/2014-TCU-Plenário – Relator Min. Benjamin Zymler). Ademais, em decisão mais recente, no item 9.2 do Acórdão 819/2019-TCU-Plenário, Min. Rel. Bruno Dantas, o TCU cientificou à Amazonas Geração e Transmissão de Energia, empresa integrante do Sistema Eletrobras, quanto a fragilidades no orçamento estimado, tendo em vista que impede a administração pública de avaliar a vantajosidade da proposta, bem como o custo da contratação o que afronta o art. 3º, **caput**, da Lei 8.666/1993 e o art. 9º, § 2º, do Decreto 5.450/2005 (pregão eletrônico).

77. Importa, por fim, considerar a relevância do princípio da racionalidade administrativa dos processos (art. 14 do Decreto-Lei 200/67).

III.1.3. Conclusão da equipe

78. Com base em todo o exposto, no caso em tela, não obstante a observância de procedimentos estruturados, o rigorismo na consulta de preços, tais como a rejeição dos preços com data superior a 180 dias e o descarte de preços contratados de produtos de natureza equivalente, embora no global aderente ao Banco de preços da Aneel, o orçamento do edital com vista à contratação das obras para

implantação do 5º banco de autotransformadores monofásicos 765/550-69 kV, 3x550 MVA da Subestação de Foz do Iguaçu/PR (SE Foz 3R) divergiu, para maior, dos valores de todos os concorrentes. Verificou-se fortes indícios de ocorrência de preços de referência superestimados, expondo a estatal Furnas ao risco de contratação antieconômica.

79. Embora tratar-se de irregularidade com potencial risco de contratação antieconômica e mesmo considerando a importância da higidez do orçamento base para as licitações, posto que não há garantia de que haja competitividade, reputa desnecessária a oitiva, bastando a ciência de Furnas para que se atente para o processo de orçamentação, especificamente no tocante a pesquisa de preços em um ambiente de poucos fornecedores e a necessidade de fazer um exame crítico de eventuais cotações cotejando as demais referências existentes (licitações anteriores, bancos e preços públicos, dentre outros), a fim de se evitar a reiteração de tal irregularidade em futuras contratações.

80. Ademais, entende-se que recomendações ou determinações mais gerais no tocante aos procedimentos de formação dos preços das subsidiárias do Sistema Eletrobras devem ser objeto de um trabalho mais amplo do TCU, podendo o presente relatório servir de subsídio.

III.2. Adiantamento de pagamento sem a apresentação das garantias contratuais.

III.2.1. Tipificação

Falhas/Impropriedades (F/I)

III.2.3. Situação encontrada:

81. Foi constatada a previsão de adiantamento de pagamentos para fornecimento de equipamentos no cronograma de eventos de medições do Termo Contratual 8000010123, sem as devidas cautelas e garantias adicionais, o que contraria o disposto no artigo 65, inciso II, alínea c, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e no artigo 38 do Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986, bem como na jurisprudência pacificada deste Tribunal de Contas.

82. Constatou-se, por meio de análise da planilha contratual de eventos de pagamentos (peça 6, p. 91-107), que foram fixados eventos de medições para liberação de pagamentos em valores muito superiores aos produtos entregues pelo contratado, desassociados da execução física do empreendimento, tais como emissão de documentos de compra, aprovação de documentos do fabricante e conclusão pro-rata de componentes de equipamentos, os quais caracterizam adiantamento de pagamentos, pois, tais eventos antecedem a entrega efetiva dos equipamentos e apresentam custos elevados, quando comparados aos valores totais desses bens, além de representarem 20% do valor contratual original.

83. A tabela constante da peça 11 demonstra o detalhamento de previsões contratuais de adiantamentos de pagamentos para fornecimento de equipamentos e materiais para a subestação de Foz do Iguaçu. Como exemplo, apresenta-se na Tabela 4 a seguir o detalhamento das previsões de adiantamentos referentes ao fornecimento do Banco de autotransformadores, item que apresentou R\$ 9,6 milhões (35,0% do valor total do equipamento) referentes a eventos que caracterizam adiantamento de pagamentos:

Tabela 4: Detalhamento dos pagamentos antecipados previstos na Planilha Contratual de Eventos de Pagamentos para o fornecimento do Banco de autotransformadores

Cálculo de Adiantamento de Pagamentos Previstos na EAP			
Item	Descrição		
1.2	Valor Total dos Bens - Equipamento: Autotransformador	27.313.123	
.1.1	(R\$)	,49	
16	Aprovação por FURNAS do cronograma do fornecimento e do plano de inspeção e ensaios, informações técnicas e garantidas e liberação para fabricação de todos os desenhos	5,00 %	
17	Conclusão de fabricação das bobinas, pro-rata	10,00 %	
18	Conclusão das partes ativas, pro-rata	10,00 %	

19	Aprovação na forma final de todos os relatórios de ensaios de rotina, tipo e/ou especiais	5,00 %
20	Aprovação na forma final de todos os desenhos com respectivo CD, de todos os manuais de instrução, da lista de embalagem e recebimento de todas as informações para o ONS	5,00 %
	Previsão de Adiantamentos de pagamentos - Autotransformador (%)	35,00 %
	Previsão de Adiantamentos de pagamentos - Autotransformador (R\$)	9.559.593,22

Fonte: Termo Contratual – Planilha de Eventos de pagamentos e descritivos dos itens de preços (peça 6, p. 91-107); planilha de detalhamento de pagamentos antecipados previstos na planilha contratual de eventos de pagamentos (peça 11).

84. O evento ‘aprovação por Furnas dos cronogramas de fornecimento e do plano de inspeção e ensaios, informações técnicas e garantias, e liberação para fabricação de todos os desenhos de fabricantes’, por exemplo, apresentou a previsão de adiantamento de pagamento de 5% do valor dos principais equipamentos (ou 3,11% do valor da obra).

85. Verifica-se que o evento ‘conclusão de fabricação pro-rata’, ou seja, conclusão de componentes dos principais equipamentos, indicou a previsão de adiantamento de pagamentos de 10 a 20% do valor total desses equipamentos (ou 10,22% do valor da obra).

86. O evento ‘aprovação de relatório de ensaios’ refere-se ao Termo de Inspeção e Recepção Técnica que, por sua vez, é o documento que aprova os ensaios, análises e inspeções nos equipamentos na fábrica antes do envio/embarque do equipamento ao sítio da obra. Esse item corresponde de 5% do valor dos principais equipamentos (ou 3,06% do valor da obra). Apesar de ser uma fase que permite inferir que o equipamento já está produzido e próximo de ser entregue, o produto continua na fábrica do fornecedor, não estando em posse da estatal e ainda a sujeitando ao risco de não entrega do produto.

87. Os desenhos de fabricantes são projetos com a especificação técnica correspondente a cada manual, além de manuais e demais documentos pertinentes para cada equipamento fornecido. Por esse item, a planilha contratual de eventos de pagamentos (peça 6, p. 91-108) indica o pagamento de 5% do valor dos principais equipamentos (ou 3,11% do valor da obra). Ressalta-se que toda a elaboração do projeto executivo foi prevista em outro item, o qual representou 1,13% da obra, demonstrando um descasamento evidente entre o valor pago e o produto adquirido.

88. Dessa forma, constata-se que o total de adiantamentos de pagamentos previstos na planilha de eventos de pagamentos do Contrato 8000010123, a partir de emissão e aprovação de documentos e conclusão de componentes de equipamentos, entre outros, alcançou o montante de R\$ 11,84 milhões, ou seja, 19,51% do valor total contratual original (peça 11).

89. Ademais, verifica-se, por meio de análise da planilha consolidada de eventos de pagamentos x medições (peça 12, até a 12ª medição), que Furnas atestou na 2ª medição, em 5/6/2018, os primeiros eventos geradores de adiantamentos de pagamentos, no valor de R\$ 1.768.700,79.

90. Já na 6ª medição, foi constatado o maior valor medido acumulado de eventos geradores de adiantamentos, de R\$ 9.383.094,87. E, a partir da 7ª medição, foi constatada a entrega efetiva de equipamentos, iniciando-se com o valor de R\$ 4.774.049,38 e encerrando-se na 9ª medição, com o valor de R\$ 12.433.141,38, referente a entrega dos autotransformadores.

91. Portanto, conclui-se que Furnas, por precaução, poderia ter previsto no contrato uma cautela ou garantia (seguro de fornecimento) no valor total de cobertura de pelo menos R\$ 9,4 milhões, com duração mínima de nove meses, a partir de 1º/4/2018 (data do primeiro adiantamento), considerando-se o cumprimento fiel do cronograma físico-financeiro da obra.

92. Instada, por meio do Ofício 1-67/2019-TCU/SeinfraElétrica (peça 8, p. 2, item 2.1.12), a apresentar comprovantes de contratação de seguros e garantias contratuais referentes a eventuais adiantamentos de pagamentos relativos ao Contrato 8000010123, Furnas ficou silente, somente apresentando a garantia contratual prevista no art. 56 da Lei 8.666/1993.



93. Dessa forma, constata-se que Furnas não previu no Contrato 8000010123 tampouco apresentou justificativas para os pagamentos antecipados previstos no referido termo contratual, sendo que tal situação contraria dispositivos contidos no item 9, art. 87, do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras, reproduzido a seguir nos termos:

‘Art. 87. [...]’

9 – Não é permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços, salvo nas hipóteses previstas em contrato e devidamente justificadas pela unidade de gestão técnica, em que o pagamento antecipado propiciar sensível economia de recursos ou representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para assegurar a prestação do serviço.’

94. E, como visto na tabela constante da peça 11, foram previstas antecipações de pagamentos no Termo Contratual 8000010123, no valor de cerca de 20% do valor total contratual.

95. Além disso, verifica-se, por meio de pesquisa a jurisprudência do Tribunal, tais como o Acórdão 2.262/2011-TCU-Plenário e Acórdão 2.225/2014-TCU-Plenário, ambos da relatoria do Min. José Mucio Monteiro, que tal prática é recorrente não somente na mencionada estatal, como em praticamente todas as subsidiárias da Eletrobras.

96. A recorrência dessa situação no setor de energia não é mera coincidência. As obras para expansão da geração e transmissão de energia necessitam de equipamentos com valores vultuosos, feitos muitas vezes especificamente para aquele empreendimento. Nesse sentido, é prática comum do setor que os fornecedores de equipamentos exijam o pagamento antecipado de parte dos custos. Portanto, para harmonizar o fluxo de caixa dos contratados, os contratantes incluem critérios de medição prévio à entrega do equipamento.

97. Contudo, na prática, esses pagamentos intermediários são realizados sem a entrega efetiva de bens ou serviços que efetivamente justifiquem os valores despendidos, de modo que tais critérios de medição apresentam as características de adiantamento de pagamento.

98. Segundo a legislação (Decreto 93.872/1986, art. 38; Lei 4320/1964, arts. 62 e 63; Lei 8666/1993, art. 65, inciso II) e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 3.003/2010 - Relator Min. Valmir Campelo, 1.879/2011 - Relator Min. Augusto Nardes, 2.262/2011 - Relator Min. José Jorge, 2.353/2017 – Relatora Min. Ana Arraes e 817/2018 – Relator Min. Aroldo Cedraz, todos do Plenário do TCU e Acórdão 4.143/2016-TCU-1ª Câmara – Relator Min. Benjamin Zymmler), é vedado o pagamento de adiantamento, salvo em casos em que seja comprovado o benefício para o erário e com as devidas cautelas e garantias específicas.

99. Destaca-se que o entendimento desta Corte de Contas é pela necessidade de garantias específicas para proteção dos cofres do contratante, tendo em vista o aumento da exposição ao risco em casos de falência ou desinteresse do contratado em continuar a obra.

100. Esse risco já foi materializado em algumas oportunidades, por exemplo na Usina Eólica de Casa Nova (TC 007.173/2012-1) e no Complexo Eólico de Fortim (TC 014.791/2018-8), em que grande parte do valor da obra era relativo ao fornecimento de bens, com critérios de medição prévios à entrega efetiva dos aerogeradores. Antes da conclusão da obra a fornecedora contratada faliu e causou prejuízos vultuosos à Chesf e à Furnas, respectivamente.

101. Nesse sentido, mesmo que as estatais discutam a conceituação desses pagamentos elevados por ‘projetos’, ‘desenhos’ e ‘testes na fábrica’ como uma espécie de adiantamento, é fato que eles elevam o risco de prejuízo dessas empresas.

III.2.3. Conclusão da equipe

102. No caso sob exame, verifica-se que as previstas antecipações de pagamentos possuíam potencialidade para causar prejuízo ao erário e à execução das obras em comento.

103. No entanto, verifica-se que a obra se encontra na fase final de execução (90% de execução financeira), com todos os equipamentos em Operação Comercial, ou seja, com os mencionados riscos mitigados pela entrega efetiva dos equipamentos relacionados.



104. Além disso, cabe registrar que Furnas adotou, como cautela, condicionar o pagamento de 5% do valor dos principais equipamentos e materiais à emissão do Termo de Recebimento Provisório da obra (ver planilha contratual de eventos de pagamentos, peça 6, p. 91-108 e peça 11), totalizando o valor condicionado de R\$ 2.303.337,45.

105. Pelo exposto, entende-se suficiente propor que seja dada ciência à Furnas, a fim de se evitar a reiteração de tal irregularidade em futuras contratações.

106. Ademais, repisa-se decisão mais recente desta Corte que, no item 9.1 do Acórdão 819/2019-TCU-Plenário, Min. Rel. Bruno Dantas, proferiu determinação para realização de estudo de impacto financeiro e orçamentário pela Amazonas Geração e Transmissão de Energia, empresa integrante do Sistema Eletrobras, com vistas à inclusão, no modelo de contratação em que se preveja o adiantamento de pagamentos, de garantias mais abrangentes para mitigação do risco de inadimplemento do fornecedor. Nesse sentido, no âmbito do TC 007.985/2019-3, referente ao Fiscobras do presente ano, a SeinfraElétrica propôs encaminhamento semelhante para a Eletrobras, buscando uniformizar o entendimento em todas as companhias do Sistema Eletrobras.

IV. Análise dos comentários dos gestores

107. Em atenção ao Memorando Circular Segecex 8/2014, e ao disposto na Portaria 280/2010, alterada pela Portaria-TCU 168/2011, c/c item 9.4. do Acórdão 1.255/2013 – TCU – Plenário relator Min. Subst. Marcos Bemquerer, registram-se as justificativas para o não encaminhamento do relatório para comentários dos gestores.

108. Foi apontado um achado, cuja situação encontrada, apesar de ser considerada grave (IGC), não se enquadra nos incisos IV e V do § 1º do artigo 118 da Lei 13.707/2018 (LDO 2019). Portanto, o relatório preliminar não foi submetido a manifestação preliminar dos gestores.”

7. Diante do exposto, a equipe de auditoria, que contou com a anuência do Diretor e da titular da SeinfraElettrica (peças 16-18), propõe ao Tribunal:

7.1. dar ciência à Furnas Centrais Elétricas S.A, com fundamento no art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, que:

7.1.1. as fragilidades no processo de orçamentação, especialmente no tocante à pesquisa de preços de equipamentos (pesquisa de preços somente junto a potenciais fornecedores, ausência de exame crítico de cotações, licitações anteriores, bancos e preços das demais subsidiárias do Grupo Eletrobras, dentre outros) impedem a administração pública de avaliar a vantajosidade da proposta, bem como o custo da contratação e afrontam ao disposto nos arts. 3º, **caput**, 6º, inciso IX, alínea **f**, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (Achado III.1);

7.1.2. a falta de exigência específica e suficiente, na forma de seguros ou garantias, para a autorização de antecipações de pagamentos previstas no Contrato 8000010123, afronta ao disposto no art. 38 do Decreto 93.872/1986; art. 40, inciso XIV, alínea **d**, e art. 65, inciso II, alínea **c**, da Lei 8.666/1993; art. 31, § 1º, inciso II, alínea **d**, e art. 81, inciso V, da Lei 13.303/2016, e a jurisprudência do TCU (Achado III.2);

7.2. encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, à Furnas Centrais Elétricas S.A. e à Eletrobras.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trago à apreciação deste Colegiado Relatório da Auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraElettrica, em cumprimento ao Acórdão 835/2019 – Plenário (TC 029.671/2018-3, FISCOBRAS-2019), na empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., no período compreendido entre 22/4 a 7/6/2019.

2. A fiscalização teve como objetivo avaliar a conformidade dos processos de contratação e execução das obras de ampliação e reforço em instalações de transmissão de energia elétrica na Subestação de Foz do Iguaçu/PR, localizada no Estado do Paraná e executada mediante o Contrato

8000010123, firmado em 27/12/2017, no valor de R\$ 60.677.647,53, entre Furnas Centrais Elétricas S.A. e o Consórcio ABB/Enind – SE Foz do Iguaçu – 3R, constituído pelas empresas Asea Brown e Boveri Ltda. e Enind Comércio Engenharia e Comércio Ltda.

3. A Subestação de Foz do Iguaçu/PR constitui uma instalação em operação comercial, de propriedade da Furnas Centrais Elétricas S.A., e é o ponto inicial do sistema tronco da Usina Hidrelétrica de Itaipu.

4. Como visto no Relatório precedente, as obras na referida Subestação de Foz do Iguaçu/PR têm a finalidade de atender a ampliação do Sistema Elétrico Nacional para garantir a segurança operativa e aumentar a confiabilidade da aludida Subestação, bem como evitar sobrecargas nas unidades quando do desligamento de uma das quatro unidades transformadoras existentes.

5. De acordo com as apurações feitas pela equipe de auditoria, tais obras consistem na instalação do quinto banco de autotransformadores monofásicos 765/550-69 kV, 3x550 MVA, composto dos seguintes serviços/equipamentos principais, conforme Resolução Autorizativa da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel 5.012/2015:

5.1. complementação do módulo geral da Subestação, com um módulo de infraestrutura de manobra em 765 kV e um módulo de infraestrutura de manobra em 550 kV, ambos com arranjo em disjuntor e meio, além da previsão de uma edificação (Casa de Relés);

5.2. instalação do quinto banco de autotransformador (AT05), constituído de três unidades de autotransformadores monofásicos 765/550-69 kV, 3x550 MVA, 60Hz, totalizando 1650 MVA;

5.3. instalação de um módulo de conexão de transformador em 765 kV, constituído de um disjuntor, três chaves seccionadoras tripolares, três transformadores de potencial capacitivo, três transformadores de corrente e três para-raios, todos de 765 kV, além de um transformador de aterramento de 69/0,24 kV, um resistor de aterramento de 416 V e três para-raios de 69 kV;

5.4. instalação de um módulo de interligação de barras em 765 kV, constituído de um disjuntor, duas chaves seccionadoras tripolares e três transformadores de corrente, todos de 765 kV;

5.5. instalação de um módulo de conexão de transformador em 550 kV, constituído de um disjuntor, três chaves seccionadoras tripolares e três transformadores de corrente, todos de 550 kV;

5.6. instalação de um módulo de interligação de barras em 550 kV constituído de um disjuntor, duas chaves seccionadoras tripolares, três transformadores de potencial capacitivo, três transformadores de corrente e três para-raios, todos de 550 kV.

6. Com base na fiscalização efetuada foram constatados dois achados de auditoria: inadequação do orçamento-base da licitação e adiantamento de pagamento sem a apresentação das garantias contratuais.

7. Após examinar os esclarecimentos prestados pela empresa Furnas, a SeinfraElettrica, considerando o deságio de aproximadamente 45% em relação aos valores previstos no orçamento-base, a execução física de mais de 90%, bem como a efetiva entrega dos equipamentos, concluiu que tais falhas, nessa fase final, não apresentaram potencialidade de ocasionar dano ao erário nem de comprometer o término da execução das obras.

8. Nesse contexto, a equipe de auditoria, com a anuência do titular da SeinfraElettrica, propôs ao Tribunal dar ciência das aludidas ocorrências à empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., de modo a prevenir a reincidência de falhas semelhantes.

9. Acolho, desde já, os fundamentos apresentados pela unidade especializada como minhas razões de decidir, de modo que considero adequado o desfecho sugerido para estes autos.

10. Na Concorrência CO.CGM.A.0015.2017, a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. apresentou orçamento de referência no valor de R\$ 93.462.303,70 (base fevereiro/2015), que atualizado para a data base das propostas dos licitantes (julho/2017) correspondeu a R\$ 111.491.181,58. O contrato com o Consórcio vencedor do certame foi assinado no total de R\$ 60.677.647,53, portanto com um deságio de 45,54% em relação ao montante do orçamento referencial.

11. A diferença de preços do orçamento de referência significativamente superior aos ofertados pelos licitantes evidencia, sem dúvida, inconsistência relevante na precificação levantada pela estatal,

na medida em que os preços orçados se distanciaram da realidade de mercado e expôs a estatal a alto risco de eventual contratação antieconômica.

12. Segundo apuração feita na auditoria, destaco que os preços dos autotransformadores, seccionadoras de 800 kv e resistor de aterramento, considerados como os principais equipamentos, estão superiores aos preços constantes do Banco de Preços da Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), cerca de 26%, 66% e 44%, respectivamente. Para outros equipamentos, há variação abaixo dos preços da Aneel, como disjuntores SF6 550 kv (57%), transformador de potencial capacitivo 550 kv (53%), disjuntores SF6 550 kv (57%) e para-raios 420 kv (31%).

13. Chama atenção a expressiva divergência dos preços ofertados pelas quatro licitantes em relação aos preços do orçamento de referência adotado por Furnas. A tabela 2, constante do Relatório precedente, detalha comparativamente tais números, importando aqui destacar que as propostas foram efetivamente menores ao orçamento de referência de Furnas em 45,54% (R\$ 60.677.647,53, consórcio ABB/Enind, contratado), 40,36% (R\$ 66.492.389,35, GE/GRID); 37,22% (R\$ 69.993.923,85, Siemens/Grantel), e 22,12% (R\$ 86.825.463,17, Fasttel).

14. Na análise mais esmiuçada, a equipe indicou que a média dos preços dos equipamentos ofertados pelas três propostas de menor preço é de 47% do orçamento de referência de Furnas. E a maior variação negativa em relação ao preço referencial de Furnas concentrou-se no preço dos autotransformadores, com menos 56% (ABB/Enind) e 49% (Grid Solutions/Tabocas). No principal grupo de equipamentos, Furnas havia orçado em R\$ 62,2 milhões e contratou por R\$ 26,8 milhões, ou seja, com um decréscimo de 56%.

15. No curso da fiscalização, Furnas esclareceu à equipe de auditoria que seguiu os procedimentos normativos internos para a elaboração do orçamento de materiais e serviços, com pesquisas de mercado para os equipamentos principais e demais bens e serviços objeto do certame. Não obstante, o orçamento inicial foi questionado pela Gerência de Planejamento e Controle de Suprimentos – GPC.A de Furnas, que recomendou aumentar a abrangência da pesquisa de preços, com no mínimo três orçamentos distintos, e rejeitou os valores obtidos há mais de 180 dias, impondo, portanto, a revisão do orçamento, com a realização de nova pesquisa de preços.

16. Não obstante o empenho da equipe de orçamentação de Furnas e o rigor na observância das normas internas, resta evidente o descolamento entre os valores do orçamento de referência que orientou a Concorrência CO.CGM.A.0015.2017 e os preços efetivamente praticados no mercado, prova disso são as propostas ofertadas pelas empresas licitantes.

17. A equipe de auditoria indica, com acerto, algumas variáveis que podem ter afetado a orçamentação ora questionada, como a utilização de apenas preços obtidos em consultas a principais fornecedores de equipamentos, como no caso dos autotransformadores, e o descarte de preços orçados há mais de 180 dias.

18. Nem sempre a cotação de preços junto a fornecedores é suficiente para revelar o preço de mercado. Pode ocorrer que as empresas optem por majorar e/ou diminuir o preço do bem na etapa da pesquisa e somente na fase do certame decidam revelar o real valor do bem licitado, com o intuito de assegurar-lhes maior competitividade nos torneios. Nesse contexto, é preciso cautela no momento da orçamentação exclusivamente junto a fornecedores, porque eles podem camuflar o verdadeiro preço do bem. Nesse sentido, transcrevo, a seguir, excerto do voto condutor, parte XIII, do Acórdão 2.149/2014 – 1ª Câmara (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), em que a matéria foi assim abordada:

“Os preços obtidos pela Administração na fase interna da licitação, em coletas destinadas apenas a formar o preço de referência dos serviços a serem licitados, precisam ser vistos com reserva, porque o mercado fornecedor está ciente de que os valores informados naquela ocasião não vinculam as propostas que eventualmente venham a apresentar no certame licitatório.

Nesse cenário, os fornecedores de bens e serviços não desejam revelar aos seus concorrentes os preços que estão dispostos a praticar, no futuro certame licitatório. Por isso, os preços são artificialmente subestimados ou superestimados.

Esses preços não se mostram hábeis, pois, a compor o referencial utilizado na quantificação de aparente superfaturamento de preços. A comparação, para esse fim, haveria de considerar os preços efetivamente praticados pelo mercado fornecedor em situação semelhante, o que não ocorreu nestes autos.”

19. Assim, para conferir ao orçamento referencial maior fidedignidade, é fundamental ao órgão/entidade licitante dar maior amplitude possível na pesquisa de preços de mercado, deixando de se limitar à cotação feita somente junto a fornecedores. Nesse sentido, eis alguns precedentes do TCU:

“4. A principal deficiência na estimativa de preços relacionou-se à falta de amplitude na pesquisa das cotações. De fato, o INSS limitou-se, na maioria dos itens, a consultar fornecedores, sem ter estendido a pesquisa a órgãos e entidades da Administração Pública e sem ter realizado ampla pesquisa de mercado, procedimento que contraria o art. 15, inciso V e parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93. Como resultado, a estimativa de preço da contratação (R\$ 115.830.015,93) suplantou em muito o valor final do pregão (R\$ 52.658.579,64). Não restou configurado dano ao erário, contudo, porque a grande participação de licitantes acabou aproximando os preços da realidade de mercado. Como não há garantia de que isso volte a ocorrer em futuras licitações, cabe expedir alerta à entidade com vistas à adoção de medidas que possibilitem uma avaliação acurada dos preços dos bens e serviços de TI a serem licitados futuramente, possibilitando, com isso, a elaboração de pesquisas de preço confiáveis.” (excerto do voto condutor do Acórdão 299/2011 – Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro).

“9.2. alertar o Instituto Nacional do Seguro Social quanto:

9.2.1. à necessidade de adoção de medidas com vistas a obter uma avaliação real e fidedigna do valor de mercado dos bens e serviços de TI a serem licitados, realizando estimativas que considerem, além de pesquisa de preços junto a fornecedores, outras fontes, como, por exemplo, contratações em outros órgãos e entidades da Administração Pública, conforme previsto no art. 15, inciso V, § 1º, c/c o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993;” (Acórdão 299/2011 – Plenário, rel. Min. José Múcio)

“A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão. (Enunciado constante da Jurisprudência Seleccionada do TCU, referente aos Acórdãos 1.548/2018 – Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, e 2.787/2017 Plenário, rel. Min. Subst. Augusto Sherman Cavalcanti).

“O orçamento estimativo da contratação deve ser elaborado mediante consulta a fontes diversificadas, a fim de conferir maior segurança no que diz respeito à fixação dos valores dos itens ou serviços a serem adjudicados, mostrando-se inadequada a sua elaboração com base apenas em consulta a fornecedores.” (Enunciado constante da Jurisprudência Seleccionada do TCU, relativo ao Acórdão 1.678/2015 – Plenário, rel. Min. Subst. Augusto Sherman Cavalcanti).

20. Mais recentemente, em abril/2019, em caso bem semelhante ao examinado nestes autos, o Tribunal apreciou o TC 012.369/2018-7, relatório de auditoria, no bojo do Fiscobras 2018, referente a licitações e contratos para fornecimento de equipamentos para implantação de reforços em instalações de transmissão de energia elétrica nas Subestações Manaus e Jorge Teixeira, ambas sob a responsabilidade da empresa Amazonas Geração e Transmissão de Energia S.A., havendo deliberado por dar ciência à aludida empresa de que a realização de pesquisa de preços somente junto a potenciais fornecedores fragiliza o orçamento estimado em suas licitações, tendo em vista que impede a Administração Pública de avaliar a vantajosidade da proposta bem como o custo decorrente da contratação (Acórdão 819/2019 – Plenário, rel. Min. Bruno Dantas).

21. Apesar da deficiência no orçamento referencial de Furnas, o potencial risco de dano ao erário decorrente de possível contratação antieconômica foi mitigado em vista dos seguintes fatores: efetiva contratação da licitante vencedora com um deságio de mais de 45% em relação ao orçamento da estatal, o que aproxima aos preços de mercado; execução física de mais de 90% das obras, conforme apurado à época da fiscalização; e funcionamento do 5º banco de autotransformadores, que

entrou em operação comercial em 3/4/2019. Portanto, não se verificou, no presente caso, a ocorrência de dano ao erário; mas, mesmo assim, mostra-se oportuno dar ciência a Furnas Centrais Elétricas S.A. da falha incorrida na orçamentação referencial.

22. O outro achado de auditoria trata da previsão de adiantamentos de pagamentos para fornecimento de equipamentos no cronograma de eventos do Contrato 8000010123, sem as devidas cautelas e garantias adicionais.

23. Houve a fixação de eventos de medição para liberação de pagamentos em valores bem superiores aos produtos entregues pelo contratado e desassociados da execução física do empreendimento, tais como: emissão de documentos de compra, aprovação de documentos do fabricante (relatórios de ensaios de rotina, tipos e/ou especiais), aprovação de desenhos, com manuais de instrução, conclusão pro-rata de componentes de equipamentos.

24. Para se ter ideia, na 6ª medição de eventos o valor acumulado dos adiantamentos era de R\$ 9.383.094,87, havendo sido constatada a entrega dos equipamentos a partir da 7ª medição, iniciando no valor de R\$ 4.774.049,38 e encerrando na 9ª medição com o total de R\$ 12.433.141,38, referente à efetiva entrega dos autotransformadores.

25. Esse tipo de adiantamento de pagamento na aquisição de equipamentos de valores expressivos e, muitas vezes, com especificações direcionadas para obras de expansão de geração e transmissão de energia elétrica tem sido prática comum entre as subsidiárias da Eletrobras, como exemplos os casos abordados nos Acórdãos 2.262/2011 e 2.225/2014, ambos do Plenário (rel. Min. José Múcio). Eis o relato da situação encontrada nos autos do TC 012.547/2011-5, referente a Furnas Centrais Elétricas S.A.:

“3.1 - Adiantamento de pagamento sem a apresentação das garantias contratuais.

(...)

3.1.2 - Situação encontrada:

Observou-se antecipação de pagamentos no contrato de fornecimento de estruturas metálicas. **Segundo a jurisprudência deste Tribunal, tem sido aceita como excepcionalidade a compra de matérias-primas essenciais ao processo de fabricação do bem a ser fornecido, desde que acompanhada das adequadas cautelas e garantias. No entanto, para o caso em questão, não foi apresentada garantia contratual de forma a resguardar o erário.** Como cautela optou-se pela assinatura de um termo de fiel depositário em quantitativo muito inferior ao correspondente pagamento antecipado. Conclui-se pela inadequação do instrumento utilizado para resguardar a estatal contratante dos riscos de perda e extravio dos referidos materiais.

O Contrato CT 19.058 celebrado entre Furnas e a empresa [...], referente ao fornecimento de estruturas metálicas, previu como evento gerador de pagamento a compra de matéria-prima (cantoneiras) no valor de R\$ 6.158.240,00, mediante apresentação de nota fiscal e assinatura do Termo de Fiel Depositário. O referido contrato (valor total de R\$ 18.108.000,00), em sua cláusula 7ª, também prevê a garantia de cumprimento do contrato, no valor de 5% do total contratado, isto é, R\$ 905.400,00.

Entende-se que o pagamento da matéria-prima (cantoneiras) para a execução do serviço contratado (torres metálicas) constitui adiantamento de pagamentos, uma vez que não caracteriza prestação efetiva do serviço contratado. Consoante os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964, não se admite na administração financeira pública a antecipação de despesas. O art. 38 do Decreto 93.872/1986 reitera que não será permitido o adiantamento, no entanto, caso necessário ao interesse público, poderá ser feito pagamento de parcela contratual, desde que mediante as indispensáveis cautelas ou garantias.

Cumpra observar o disposto em doutrina e na jurisprudência deste tribunal acerca do assunto. Tem-se que, apenas em casos excepcionais, o TCU tem admitido a antecipação mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, efetuando-se, posteriormente, os respectivos descontos nos créditos da empresa contratada em valores atualizados na forma do contrato. Tal jurisprudência pode ser observada nos Acórdãos 25/2005-TCU-Plenário, 2.367/2006-TCU-Plenário,



606/2006, item 9.2.3-TCU-Plenário e nas decisões 300/99-Plenário e 933/2000-Plenário, entre outros julgados deste tribunal.”

26. Nos autos do já mencionado TC 012.369/2018-7, o relator Min. Bruno Dantas ao se deparar com adiantamento de pagamento sem a correspondente garantia contratual, assim se manifestou no voto condutor do Acórdão 819/2019 – Plenário, culminando na determinação constante de seu subitem 9.1, reproduzido na sequência:

“24. A equipe de auditoria identificou, também, que os Contratos 2190/OC/2017, 2191/OC/2017, 2844/OC/2018 e 2833/OC/2018 previam a possibilidade de adiantamento de pagamento sem a correspondente apresentação de garantias contratuais, o que iria de encontro ao art. 38 do Decreto 93.872/1986.

25. Apesar de concordar com as análises empreendidas pela unidade instrutora – as quais incorporo às minhas razões de decidir –, discordo da proposta de realização de audiências dos gestores da AmGT, pelos motivos que passo a expor.

26. Conforme consignado no relatório de auditoria, a realização de pagamentos antecipados em contratos para compra de equipamentos customizados é prática do setor elétrico.

27. Assim, é de se esperar que o modelo de contratação verificado nas avenças mencionadas seja adotado pela estatal em todas as contratações semelhantes.

28. Diante desse cenário, e considerando que não houve a materialização de ocorrência mais grave, entendo que seria descabida a responsabilização de agentes em casos pontuais nos quais foi meramente replicada uma política institucionalizada.

29. Por outro lado, o fato de se tratar de prática usual do setor não mitiga o risco a que se expõe a Administração com esse tipo de contratação, nem constitui aval para descumprimento de normativos legais.

30. Como bem ressaltado pela unidade instrutora, as garantias previstas em contrato, de 5% do valor pactuado, não são suficientes para cobrir eventual inadimplemento contratual, já que os adiantamentos previstos são de 40% do valor do equipamento principal.

31. Nesse sentido, reputo que o mais adequado, nesse caso, seria uma revisão do modelo de contratação, que deverá perpassar por uma análise do impacto financeiro e orçamentário da previsão de garantias mais abrangentes em contratos que comportam o adiantamento de pagamentos.

32. Portanto, cabe determinar à AmGT [Amazonas Geração e Transmissão de Energia S.A.] que realize os estudos correspondentes e apresente a esta Corte, no prazo de sessenta dias, um cronograma de implementação dessa medida.” (excerto do voto condutor do Acórdão 819/2019 – Plenário, rel. Mim. Bruno Dantas)

“9.1. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Amazonas Geração e Transmissão de Energia S.A. que realize estudo de impacto financeiro e orçamentário com vistas à inclusão, no modelo de contratação em que se preveja o adiantamento de pagamentos, de garantias mais abrangentes para mitigação do risco de inadimplemento do fornecedor, em conformidade com o art. 38 do Decreto 93.872/1986 e encaminhe a esta Corte, no prazo de sessenta dias, um cronograma para implementação dessa medida;” (Acórdão 819/2019 – Plenário, rel. Min. Bruno Dantas).

27. No presente caso, conforme apurado pela equipe de auditoria, houve a efetiva entrega dos equipamentos, os quais inclusive entraram em operação comercial em 3/4/2019, fato que afastou o risco inicial do potencial dano ao erário, seja em decorrência de eventual falência do fornecedor ou de algum desinteresse em cumprir os termos contratuais.

28. Não obstante a mitigação desse risco, a irregularidade ocorreu, na medida em que houve pagamentos adiantados sem a devida apresentação das garantias contratuais capazes de suportar eventual não entrega do equipamento, cabendo dar ciência à empresa estatal da falha constatada, a fim de evitar reincidência futura.

Ante exposto, acolho a proposta da SeinfraElettrica e manifesto-me por que seja adotada a Deliberação que ora submeto a este Colegiado.



ACÓRDÃO Nº 2102/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC-008.023/2019-0.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria.
3. Interessado/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
 - 3.2. Responsáveis: Luiz Carlos Ciochi (374.232.237-00) e Ricardo Medeiros (778.342.088-53).
4. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica – SeinfraElettrica.
8. Representante legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Relatório de Auditoria decorrente de fiscalização realizada na empresa Furnas Centrais Elétricas S.A., com o objetivo de avaliar a conformidade dos processos de contratação e execução das obras de ampliação e reforço na Subestação de Foz do Iguaçu/PR, referentes ao Contrato 8000010123.

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

9.1. com fundamento no art. 7º da Resolução/TCU 265/2014 e com o intuito de coibir a reincidência de falhas semelhantes, dar ciência à Furnas Centrais Elétricas S.A. que:

9.1.1. as fragilidades no processo de orçamentação, especialmente no tocante à pesquisa de preços de equipamentos (pesquisa de preços somente junto a potenciais fornecedores, ausência de exame crítico de cotações, licitações anteriores, bancos e preços das demais subsidiárias do Grupo Eletrobras, dentre outros) impedem a administração pública de avaliar a vantajosidade da proposta, bem como o custo da contratação, e afrontam ao disposto no art. 31, **caput**, e § 3º, da Lei 13.303/2016; nos arts. 3º, **caput**, 6º, inciso IX, alínea **f**, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993;

9.1.2. a falta de exigência específica e suficiente, na forma de seguros ou garantias, para a autorização de antecipações de pagamentos previstas no Contrato 8000010123, afronta ao disposto no art. 38 do Decreto 93.872/1986; nos arts. 40, inciso XIV, alínea **d**, 65, inciso II, alínea **c**, da Lei 8.666/1993; e nos arts. 31, § 1º, inciso II, alínea **d**, e 81, inciso V, da Lei 13.303/2016;

9.2. encaminhar cópia deste Acórdão à Furnas Centrais Elétricas S.A. e à Eletrobras;

9.3. arquivar os presentes autos, com fundamento no inciso V do art. 169 do RI/TCU.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2102-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.



GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 020.925/2007-3 [Apenso: TC 011.641/2006-3]

Natureza: Prestação de Contas - Exercício: 2006.

Entidade: Fundação Nacional de Saúde

Responsável: Paulo de Tarso Lustosa da Costa (000.445.123-68).

Representação legal: Adriano Soares Branquinho (19.172/OAB-DF) e outros, representando Paulo de Tarso Lustosa da Costa.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. TENTATIVA DE REDISCUTIR O MÉRITO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Paulo de Tarso Lustosa da Costa (peça 131), então presidente da Fundação Nacional de saúde (Funasa), em face do Acórdão 1.214/2019-TCU-Plenário, que julgou irregulares suas contas ordinárias relativas ao exercício de 2006, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, e aplicou-lhe multa de R\$ 15.000,00, com base no art. 58, inciso I, do mesmo normativo.

2. Em síntese, a condenação deveu-se à rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo responsável por conta de irregularidades relacionadas à execução dos Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005 e ao TC 009.240/2007-5, conforme subitem 9.4.1 da decisão.

3. Nesta etapa processual, o ex-presidente da Funasa, por meio de seus procuradores, requerer que “sejam acolhidos os embargos para que, sanada a omissão apontada, seja dado provimento para afastar a aplicação de multa”.

4. Para tanto, alega que:

i) os vícios apontados nesses Contratos [Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005], ou ligados à execução defeituosa dos serviços, são anteriores a nomeação do embargante como presidente da Funasa;

ii) as áreas da Funasa tinham independência administrativa e funcional, “não dependendo da Presidência para atuar em busca da finalidade de cada um dos órgãos”;

iii) “com a indicação de regularidade pela área técnica, como ocorreu na celebração destes aditivos, não haveria outra justificativa para não os assinar”;

iv) “concluir que houve enfraquecimento da atuação da Auditoria Interna da Fundação na sua gestão, o que ocasionou na diminuição da autonomia e da independência do órgão, é ficar preso no campo hipotético, já que não há prova de que isso foi a causa de todos os males da ineficiência administrativa da entidade”.

É o relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se, nesta fase processual, de embargos de declaração opostos por Paulo de Tarso Lustosa da Costa, ex-presidente da Fundação Nacional de saúde (Funasa), em face do Acórdão 1.214/2019-TCU-Plenário, que julgou irregulares suas contas ordinárias relativas ao exercício de 2006, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, e aplicou-lhe multa de R\$ 15.000,00, com base no art. 58, inciso I, do mesmo normativo.

2. Originalmente, os autos cuidam da prestação de contas ordinárias da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), referentes ao exercício de 2006. Em síntese, a condenação do embargante deveu-se à rejeição das razões de justificativa apresentadas por conta de irregularidades relacionadas à execução



dos Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005 e ao TC 009.240/2007-5, conforme subitem 9.4.1 da decisão combatida, prolatada nos seguintes termos:

9.1. julgar irregulares as contas dos seguintes responsáveis, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, do Regimento Interno/TCU:

9.4.1. Paulo de Tarso Lustosa da Costa, na qualidade de Presidente da Funasa, em função da rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo responsável por conta de irregularidades relacionadas à execução dos Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005 e TC 009.240/2007-5;

3. Nesta etapa processual, o ex-presidente da Funasa alega que:

i) os vícios apontados nesses Contratos [Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005] ou ligados à execução defeituosa dos serviços são anteriores à nomeação do embargante como presidente da Funasa;

ii) o responsável não assinou o aditivo desse contrato [Contrato 35/2004];

iii) as áreas da Funasa tinham independência administrativa e funcional, “não dependendo da Presidência para atuar em busca da finalidade de cada um dos órgãos”;

iv) “com a indicação de regularidade pela área técnica, como ocorreu na celebração destes aditivos, não haveria outra justificativa para não os assinar”;

v) “concluir que houve enfraquecimento da atuação da Auditoria Interna da Fundação na sua gestão, o que ocasionou na diminuição da autonomia e da independência do órgão, é ficar preso no campo hipotético, já que não há prova de que isso foi a causa de todos os males da ineficiência administrativa da entidade”.

4. Ao fim, requerer que “sejam acolhidos os embargos para que, sanada a omissão apontada, seja dado provimento para afastar a aplicação de multa”.

5. De início, conheço os presentes embargos de declaração, uma vez preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie recursal, nos termos dos arts. 32 e 34 da Lei 8443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU. No mérito, proponho rejeitá-los, por inexistir a omissão alegada.

6. Em suma, o Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa se limita a rediscutir o mérito, sem apontar de forma clara onde a decisão questionada teria sido omissa. Argumenta, inicialmente, que os vícios apontados nos Contratos 74/2002, 35/2004, 61/2005 e 75/2005 seriam anteriores à sua nomeação para o cargo e que não teria assinado o aditivo questionado, relativo ao Contrato 35/2004.

7. Tais argumentos não merecem ser acolhidos. O responsável ocupou a presidência da Funasa no período de 20/7/2005 a 28/3/2007, de modo que estava à frente da entidade quando da vigência dos Contratos 61/2005 e 75/2005. Além disso, os outros dois ajustes questionados, Contratos 74/2002 e 35/2004, assinados antes do início de sua gestão, se estenderam até 2007. O mencionado aditivo, inclusive, foi assinado em 5/10/2006.

8. Em seguida, de forma contraditória, o embargante alega que assinou os aditivos contratuais, pois eles tinham indicação de regularidade pela área técnica. Acrescenta ainda que “as áreas da Funasa tinham independência administrativa e funcional”.

9. Também não merecem acolhimento tais argumentos. A mera alegação de que as áreas da Funasa tinham independência não afasta sua responsabilidade na supervisão das atribuições da entidade e na escolha de seus supervisionados. Relembro que o Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa, no caso do Contrato 74/2002, por exemplo, foi citado:

pela culpa in eligendo e in vigilando, a quem incumbia fiscalizar as ações de seus subordinados, especialmente em função da relevância e materialidade do Contrato 74/2002, por permitir o incremento de 23% no quantitativo de terceirizados contratados durante o exercício de 2006 e de 24% no valor mensal estimado quando da celebração do 5º Termo Aditivo, ambos desamparados das devidas justificativas, em desrespeito ao § 2º, art. 57 da Lei 8.666/93, ocorrências evidenciadoras do descontrole da execução contratual, corroboradas pelas irregularidades que feriram os princípios da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, que envolveram a direção da Funasa e foram motivadoras de audiência específica anterior realizada nestes autos. (grifos acrescidos)



10. Essas mesmas irregularidades foram objeto de Processo Administrativo Disciplinar, cujo relatório destacou que o presidente da entidade e o Coordenador-Geral da CGLOG, à época, teriam se incumbido de “fazer da repartição um cabide de emprego, encharcando o contrato” (peça 29, p. 20).

11. Por último, embora o “enfraquecimento da atuação da Auditoria Interna da Fundação” durante a gestão do Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa tenha sido considerado no julgamento de suas contas, informo que este Tribunal não afirmou que “isso seria a causa de todos os males da ineficiência administrativa da entidade”.

12. Não vislumbro, portanto, no acórdão recorrido quaisquer dispositivos que mereçam reparo e considero as alegações trazidas pelo embargante insuficientes para alterar o mérito do julgado anterior. A linha argumentativa evidencia o inconformismo do responsável com aquela deliberação e sua intenção de rediscutir o mérito do processo, o que não se coaduna com a via estreita dos embargos declaratórios.

13. Por esses motivos, posiciono-me por conhecer dos embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo inalteradas as disposições do acórdão aguerrido.

Diante do exposto, manifesto-me para que seja adotada a minuta de deliberação que ora trago ao exame deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2103/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 020.925/2007-3.
- 1.1. Apenso: 011.641/2006-3.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Embargos de declaração.
3. Recorrente: Paulo de Tarso Lustosa da Costa (000.445.123-68).
4. Entidade: Fundação Nacional de Saúde.
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação legal:
 - 8.1. Adriano Soares Branquinho (19.172/OAB-DF) e outros, representando Paulo de Tarso Lustosa da Costa.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração opostos pelo ex-presidente da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em face do Acórdão 1.214/2019-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares suas contas ordinárias relativas ao exercício de 2006 e aplicou-lhe multa;

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

- 9.1. conhecer os embargos de declaração, com fulcro nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, rejeitá-los;
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao embargante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2103-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.



13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

GRUPO II - CLASSE I – Plenário

TC 035.919/2011-6

Natureza: Embargos de Declaração (Pedido de Reexame em Representação)

Embargante: Banco do Nordeste do Brasil S.A. (07.237.373/0001-20)

Representação legal: Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214.490 e OAB/DF 30.967) e outros, representando Banco do Nordeste do Brasil S.A. (peças 228 e 229)

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO PEDIDO DE REEXAME DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU PARA CONVERTER OS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL E AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS E CITAÇÕES. OMISSÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE UM DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS NAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO. CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS PARA SANAR A OMISSÃO APONTADA E INTEGRAR A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE EFEITOS INFRINGENTES. MANUTENÇÃO DA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO QUESTIONADO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (peça 230) opostos pelo Banco Nordeste do Brasil S.A. (BNB) em face do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal deu provimento ao pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para determinar a conversão dos autos em tomada de contas especial e a realização das citações e audiências sugeridas pela unidade instrutora de origem, reformando o Acórdão 1.709/2015-TCU-Plenário, que havia ordenado o arquivamento desta Representação por perda de objeto.

2. A presente representação foi formulada por equipe de fiscalização da então 8ª Secex para noticiar supostas irregularidades identificadas durante os trabalhos de auditoria operacional realizada no Fundo de Terras e da Reforma Agrária/Banco da Terra – FTRA/BT (TC 009.242/2011-2), relativas à base de cálculo utilizada para remuneração dos agentes financeiros do Programa Nacional do Crédito Fundiário (PNCF).

3. O PNCF é um programa social que tem como objetivo financiar propriedades rurais para trabalhadores sem-terra, visando a combater a pobreza. Possui como órgão gestor a Secretaria de Reordenamento Agrário (SRA), unidade integrante do MDA; como gestor financeiro o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e como agentes financeiros o BB, o BNB e a Caixa Econômica Federal (Caixa).

4. Conforme apurou a equipe representante (peça 51), as dívidas vencidas há mais de 360 dias não eram baixadas do saldo devedor das carteiras de cobrança dos agentes financeiros, as quais continuavam compondo a base de cálculo utilizada para a remuneração desses bancos e, consequentemente, onerando o erário, em desacordo com o item 55 da Norma de Execução PNCF 01/2005, *in verbis*:

“55. Após o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, deverá a dívida ser baixada da carteira do Agente Financeiro e apresentada sua inscrição na Dívida Ativa. O Fundo de Terras e da Reforma Agrária apresentará o débito aos Órgãos competentes do Governo Federal para a execução da garantia.”



5. Após diversas diligências saneadoras e a oitiva dos agentes financeiros e dos demais responsáveis, a SecexAmbiental propôs a conversão desta representação em tomada de contas especial com vistas à citação do Banco do Brasil S.A. e do Banco Nordeste do Brasil S.A, para que respondessem, respectivamente, pelos débitos de R\$ 14.366.074,90 e R\$ 4.186.564,31, referentes ao recebimento de remuneração indevida entre os anos de 2005 e 2013.

6. Contudo, mediante o Acórdão 1.709/2015 – TCU – Plenário, decidiu-se arquivar os autos, por perda de objeto, decisão que foi impugnada pelo MPTCU e posteriormente reformada por meio do acórdão embargado, que determinou a conversão do processo em TCE e a realização das audiências e citações anteriormente propostas pela SecexAmbiental.

7. Nesta oportunidade, o embargante alega que a deliberação recorrida estaria eivada de omissão no que diz respeito à conclusão de que a entidade teria recebido por serviços não prestados, ao deixar de considerar a alegação, apresentada nas contrarrazões ao recurso do MPTCU (peça 194, parágrafo 40 e seguintes), de que os créditos não baixados da sua carteira teriam continuado sendo objeto de ações pelo banco.

8. Assim, no seu entender, a manutenção das operações em carteira não teria ocorrido sem a devida contraprestação da entidade financeira, pois, a despeito do silêncio normativo acerca da operacionalização específica dos créditos fundiários, ela teria adotado providências de cobrança e administração das dívidas vencidas, assimilando, portanto, o custo operacional dessas providências.

9. Sob esse prisma, defende que a remuneração paga aos agentes financeiros seria justificável e legítima, na medida em que, durante o período de inadimplência, o banco teria feito a adequada gestão dessas operações, com vistas a possibilitar a renegociação dos contratos inadimplentes.

10. Argumenta que a decisão embargada teria, contudo, passado ao largo dessa discussão, o que justificaria o provimento dos presentes embargos de declaração, com vistas a integrá-la, examinando a matéria ora destacada.

11. 3. Diante da pretensa relevância das questões aduzidas, o embargante finaliza o expediente com o seguinte pedido:

“Pelo exposto e considerando que os presentes embargos de declaração possuem nítido propósito de sanar as omissões, o Embargante pede sejam os mesmos processados, conhecidos e inteiramente providos, para o fim de que sejam sanadas as omissões apontadas e, por conseguinte, sejam-lhes atribuídos efeitos infringentes para fins de acolher e declarar prejudicada a ordem para instaurar a Tomada de Contas Especial, em virtude da ausência de dano ao erário, pressuposto basilar para sua existência.”

É o relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Banco Nordeste do Brasil S.A. em face do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal deu provimento ao pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para determinar a conversão dos autos em tomada de contas especial e a realização das citações e audiências sugeridas pela unidade instrutora de origem, reformando o Acórdão 1.709/2015-TCU-Plenário, que havia ordenado o arquivamento desta Representação por perda de objeto.

2. Nesta oportunidade, o embargante alega que a deliberação recorrida estaria eivada de omissão no que diz respeito à conclusão de que a entidade teria recebido por serviços não prestados, ao deixar de considerar a alegação, apresentada nas contrarrazões ao recurso do MPTCU, de que os créditos não baixados da sua carteira teriam continuado sendo objeto de ações pelo banco.

3. Satisfeitos os requisitos atinentes à espécie, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

4. Quanto ao mérito, entendo que assiste parcial razão ao embargante. De fato, o acórdão questionado não enfrentou, pontualmente, de forma clara, direta e objetiva, o argumento de que o BNB teria continuado a adotar providências e a ter custos operacionais com cobrança e administração das



dívidas que permaneceram indevidamente no saldo devedor das suas carteiras de cobrança. Diante disso, deve-se dar parcial provimento aos presentes embargos de declaração, para integrar o Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário, sanando a omissão apontada. Considero incabível, contudo, conceder os efeitos infringentes pleiteados, uma vez que o argumento em questão, cuja análise será feita a seguir, em nada altera o mérito do que foi decidido.

5. Para a melhor compreensão da matéria, transcrevo os seguintes trechos do voto condutor do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário:

“23. Diante disso, considero equivocada a conclusão que embasou a decisão *a quo* no sentido de que ‘seria incongruente a baixa desses débitos pelo Banco do Brasil e pelo Banco do Nordeste do Brasil enquanto não fossem finalizadas as negociações nos prazos estipulados pelo Conselho Monetário Nacional’. Primeiro porque o fato de ter sido autorizada a renegociação das dívidas não significa que efetivamente haveria essa renegociação, cuja iniciativa competia aos mutuários. **Depois porque a obrigação regulamentar de baixar os créditos vencidos há mais de 360 dias nunca deixou de existir nem foi excepcionada pelas normas que concederam prazo para renegociações, nas quais constou ressalva expressa nesse sentido.**

24. **Outrossim**, salvo se houvesse expressa determinação em contrário, atentaria contra a boa técnica bancária e seria temerário admitir que créditos inadimplidos pudessem ficar eternamente nas carteiras dos agentes financeiros, gerando despesas e sem possibilidade de recuperação, em razão da simples possibilidade de serem renegociados. **Isso, além de configurar mal-uso dos recursos do programa e de por em risco a recuperação dos créditos em razão do escoamento dos prazos prescricionais, ainda acarretaria o enriquecimento sem causa dos agentes financeiros, pois os contratos continuariam sendo objeto de remuneração embora não lhes gerassem mais custos, por estarem a longo tempo sem ensejar ações da instituição.**

(...)

26. Posteriormente, a SecexAmbiental, ao examinar os argumentos apresentados pelo BB e pelo BNB em resposta às oitivas promovidas nesta representação, teceu novas e esclarecedoras considerações sobre esse ponto (peça 130):

“25. Estes argumentos indicam que a possibilidade de renegociação das dívidas seria fato impeditivo da efetiva baixa dos financiamentos inadimplidos das suas carteiras de cobrança e justificaria a remuneração recebida. Ocorre que é importante destacar que ‘possibilidade de renegociação’ é diferente de ‘efetiva renegociação’. No caso dos contratos inadimplentes, não houve a efetiva prestação do serviço de renegociação, pois, caso houvesse, estes contratos deixariam de ser inadimplentes antes de completar os 360 dias exigidos pelo item 55 da Norma de Execução do PNCF para baixa da carteira do banco.

26. Além disso, mesmo com a superveniências das Resoluções do CMN permaneceu a obrigatoriedade de atendimento ao item 55 da Norma de Execução PNCF 01/2005 quanto às dívidas vencidas há mais de 360 dias. Nesse sentido, o débito calculado diz respeito aos valores não renegociados e mantidos indevidamente no montante total utilizado para remuneração do banco.

27. Confirma-se, portanto, que no período relativo ao débito indicado nesta instrução, o BB e o BNB receberam indevidamente o percentual calculado sobre o saldo total de financiamento, sem excluir deste montante os valores das dívidas vencidas há mais de 360 dias. Nesse sentido, o débito calculado diz respeito aos valores mantidos indevidamente na base de cálculo utilizada pelos bancos para cálculo das suas remunerações, o que caracterizou o recebimento por um serviço não prestado.”

27. Ressalto ainda que, como bem colocou a Serur, essas resoluções não poderiam retroagir para acobertar situações que há muito estavam irregulares, gerando remunerações indevidas aos agentes financeiros e prejudicando o resultado do programa. O fato de um contrato que estava inadimplente há mais de 360 dias ser renegociado com o mutuário, voltando à condição de adimplente, **não elide a irregularidade concernente à remuneração do agente financeiro no período vedado pela legislação.**

(...)

28. **Ademais, não se pode esquecer que os agentes financeiros não estavam administrando recursos próprios. Eles agiam como mandatários da União na administração de recursos pertencentes a um fundo público, regido por regulamento próprio, não lhes cabendo questionar a Norma de Execução Financeira 1/2005-SRA-MDA, mas tão somente cumpri-la.” (grifo meu)**

6. No entender do embargante, a suposta prestação de serviços em relação aos créditos vencidos há mais de 360 dias, que permaneceram em suas carteiras de cobrança sem respaldo normativo e

aumentaram indevidamente a base de cálculo da sua remuneração, descaracterizaria a ocorrência de dano ao erário, por comprovar a legitimidade dos pagamentos feitos à instituição.

7. Ocorre que o banco apenas alega que teria tido custos com a cobrança e administração desses créditos, sem, contudo, apresentar qualquer prova nesse sentido. Como se sabe, o ônus da prova compete à parte que alega os fatos. Nesse sentido, o código de processo civil estabelece que o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, I do Código de Processo Civil), e o réu, sempre que formular defesa de mérito indireta, ou seja, alegar fatos novos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor, atrairá para si o ônus da prova em relação a tais fatos (artigo 333, II do Código de Processo Civil).

8. Trazendo esse raciocínio para o caso em análise, entendo que, uma vez comprovado que os agentes **financeiros** descumpriram o dever de baixar de suas carteiras de cobrança as dívidas vencidas há mais de 360 dias, caberia a eles o ônus de comprovar que, a despeito disso, tais dívidas, que não deveriam mais compor a base de cálculo da sua remuneração, ensejaram a prestação de serviços bancários.

9. De qualquer sorte, ainda que o BNB tivesse apresentado as provas dessa alegação, o que não ocorreu, isso não afastaria a ilegalidade da remuneração recebida pela instituição financeira sobre os créditos que permaneceram indevidamente em sua carteira de cobrança.

10. Conforme se observa do excerto acima transcrito, o ponto fulcral da decisão, que levou à conclusão acerca da ilegalidade da remuneração do agente financeiro no que diz respeito aos créditos vencidos há mais de 360 dias que permaneceram em sua carteira de cobrança, foi o descumprimento dos normativos que determinavam expressamente a baixa dessas dívidas.

11. Como consignei por ocasião do acórdão embargado, os agentes financeiros não estavam administrando recursos próprios. Eles agiam como mandatários da União na administração de recursos pertencentes a um fundo público, regido por regulamento próprio, não lhes cabendo questionar a Norma de Execução Financeira 1/2005-SRA-MDA, mas tão somente cumpri-la.

12. Assim, serviu apenas como reforço argumentativo para a decisão a conclusão de que o banco teria sido remunerado sem a correspondente contraprestação de serviços. Mesmo que tal premissa venha a ser afastada, o que, como dito, dependeria de provas que não foram apresentadas, isso não teria o condão de afastar a ilegalidade dos benefícios financeiros auferidos pelo banco com a manutenção indevida de créditos vencidos em sua carteira.

13. Ora, admitir o contrário seria o mesmo que, *mutatis mutandis*, aceitar que um contratado cobre por produtos ou serviços fornecidos sem o consentimento do contratante, situação claramente absurda.

14. Desse modo, cabe acolher parcialmente os presentes embargos de declaração, apenas para integrar a fundamentação da decisão impugnada, sanando a omissão apontada por meio da análise acima realizada, mantendo-se, todavia, inalterada a parte dispositiva do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2104/2019 - TCU - Plenário

1. Processo nº TC 035.919/2011-6
2. Grupo II - Classe de Assunto: I - Embargos de Declaração (pedido de reexame em representação).
3. Embargante: Banco do Nordeste do Brasil S.A. (07.237.373/0001-20).
4. Órgão: Secretaria de Reordenamento Agrário (SRA/MDA).
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, em substituição ao Ministro Bruno Dantas.



6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAmbiental).
8. Representação legal:
 - 8.1. Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214.490 e OAB/DF 30.967) e outros, representando Banco do Nordeste do Brasil S.A. (peças 228 e 229)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se apreciam embargos de declaração opostos pelo Banco Nordeste do Brasil S.A. em face do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal deu provimento ao pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para determinar a conversão dos autos em tomada de contas especial e a realização das citações e audiências sugeridas pela unidade instrutora de origem, reformando o Acórdão 1.709/2015-TCU-Plenário, que havia ordenado o arquivamento desta Representação por perda de objeto,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, conhecer e acolher parcialmente os presentes embargos de declaração, para integrar a motivação do acórdão impugnado, conforme a análise consignada no voto que fundamenta este acórdão, mantendo-se inalterada a parte dispositiva do Acórdão 1.591/2018-TCU-Plenário;

9.2. dar ciência deste acórdão ao embargante.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2104-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa (Relator) e André Luís de Carvalho.

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 013.543/2015-6.

Natureza: Monitoramento.

Órgãos: Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – Sempe-MCTIC e Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

Responsável: Virgílio Augusto Fernandes Almeida (CPF 130.465.196-72).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: MONITORAMENTO. CUMPRIMENTO DE ALGUMAS DETERMINAÇÕES. DESCUMPRIMENTO DE OUTRAS DETERMINAÇÕES. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de monitoramento das determinações prolatadas pelo Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no bojo do TC 007.006/2010-1, ao apreciar a auditoria de conformidade realizada sobre a



então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Sepin-MCTIC: atual Secretaria do Empreendedorismo e Inovação do MCTIC – Sempe-MCTIC) com o objetivo de verificar a regularidade da gestão na concessão, fiscalização e utilização dos recursos federais provenientes da Lei nº 8.248 (Lei de Informática), de 1991, em prol dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

2. Após a análise do feito, o auditor federal da Secex-Desenvolvimento lançou o seu parecer à Peça 93 (fls. 1/25), com a anuência dos dirigentes da unidade técnica (Peça 94 e 95), nos seguintes termos:

“(...) Trata-se de monitoramento do cumprimento das determinações do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, prolatado no TC 007.006/2010-1.

II. Histórico

2. O TC 007.006/2010-1 cuidou de auditoria de conformidade realizada na Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Sepin/MCTIC), atual Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do MCTIC (Sempe/MCTIC), com o objetivo de verificar a regularidade da gestão da concessão, fiscalização e utilização de recursos provenientes da renúncia de receitas de que trata a Lei 8.248/1991 (Lei de Informática) em projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

3. Em apreciação a supracitada fiscalização, este Tribunal expediu, por meio do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, de 29/8/2012, as seguintes determinações à Sepin/MCTIC e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB):

“(...) 9.2. determinar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI) que informe ao TCU, no prazo de 90 (noventa) dias, o resultado dos procedimentos adotados com vistas à efetiva implementação das seguintes medidas:

9.2.1. comprove o cumprimento do subitem 9.2.2.2 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca ao estabelecimento de procedimentos para análise dos relatórios demonstrativos das aplicações das contrapartidas em pesquisa e desenvolvimento, prevendo prazos de análise, prazos para que as empresas apresentem contestações, a autoridade responsável pela análise dessas e ainda a quantidade máxima de contestações;

9.2.2. comprove o cumprimento do subitem 9.2.3 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente na Uniemp (item 19.4.3 da instrução de mérito);

9.2.3. elabore plano de providências, com cronograma de implementação de curto/médio prazo e foco no aprimoramento de controles internos que:

9.2.3.1. seja capaz de controlar a situação das empresas quanto ao adimplemento de todos os requisitos impostos pela legislação às beneficiárias de isenção/redução de imposto, especialmente quanto às obrigações de:

9.2.3.1.1. quitar eventuais saldos devedores de P&D (resíduos de aplicação da contrapartida) apurados pela Sepin no curso da análise dos RDs de anos-base anteriores, segundo a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, art. 9º, parágrafo único, c/c o Decreto nº 5.906, de 26 de setembro de 2006, arts. 35, inciso II, e 10;

9.2.3.1.2. efetuar depósitos trimestrais no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, nos termos da Lei nº 8.248, de 1991, art. 11, § 1º, inciso III, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 8º, § 1º, inciso III;

9.2.3.1.3. realizar o pagamento mensal do parcelamento dos débitos de aplicação insuficiente em P&D a que se refere a Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, que facultou à empresa beneficiária parcelar em até 48 meses os débitos decorrentes da não realização, total ou parcial, a qualquer título, até o período encerrado em 31 de dezembro de 2003 (débitos de aplicação insuficiente em P&D), segundo a Lei nº 11.077, de 2004, art. 4º, § 2º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 42;

9.2.3.1.4. apresentar Relatório Demonstrativo anual das aplicações em P&D (aplicação da contrapartida), segundo a Lei nº 8.248, de 1991, art. 11, § 9º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 33;

9.2.3.1.5. assegurar a manutenção da regularidade fiscal e previdenciária, nos termos da Constituição de 1988, art. 195, § 3º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 22, inciso IV; 9.2.3.2. contemple a adoção de prazos e medidas concretas com vistas a analisar conclusivamente os RDs referentes a exercícios anteriores a 2008 e assegurar análise completa dos relatórios anualmente apresentados em prazo compatível com a materialidade e o risco de decadência tributária envolvidos;

9.2.3.3. preveja fiscalização in loco sobre a regularidade da aplicação dos recursos em projetos de investimento em P&D pelas empresas, mediante visitas aos locais de execução desses, de forma a dar cumprimento ao art. 35-A do Decreto nº 5.906, de 2006;

9.2.3.4. contemple providências com vistas ao correto armazenamento e segurança das informações protegidas por sigilos fiscal e industrial, em atenção ao art. 325 do Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 1940;

9.2.4. adote as providências administrativas cabíveis com vistas à restituição, a ser efetuada pelas as empresas beneficiárias da Lei de Informática (ou respectivas sucessoras), das importâncias das dívidas constituídas contra si em decorrência da aplicação insuficiente de contrapartida em P&D de exercícios pretéritos, a teor do que estabelece o art. 8º da Lei nº 8.443, de 1992, a menos que as beneficiárias quitem seus débitos espontaneamente;

(...)

9.3. determinar à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) que adote providências com vistas a promover o intercâmbio de informações com a Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI), de modo a receber e fornecer dados tempestivos, atualizados e confiáveis sobre a situação das pessoas jurídicas beneficiárias da Lei de Informática, permitindo que o MCTI realize a verificação do faturamento de cada empresa beneficiária com produtos incentivados na forma da Lei de Informática, para fins de conferência e cálculo da contrapartida da renúncia fiscal;

(...)

9.5. encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do Relatório e da Proposta de Deliberação que a fundamenta, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, determinando que sejam adotadas as seguintes medidas:

9.5.1. examine a questão da incidência, ou não, da suposta decadência tributária concernente às importâncias correspondentes à aplicação a menor em Pesquisa e Desenvolvimento, conforme as apurações preliminarmente empreendidas pela 6ª Secex nos presentes autos, encaminhando, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, manifestação conclusiva acerca desse exame ao Tribunal de Contas da União, com vistas a que esta Corte de Contas tenha condições de, se for o caso, promover a devida responsabilização dos agentes públicos que porventura tenham indevidamente dado causa à falta ora suscitada, sem prejuízo das medidas competentes para preservação dos interesses da administração tributária, a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

9.5.2. encaminhe ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pronunciamento conclusivo acerca da situação tributária das empresas Alígera Equipamentos Digitais Ltda. e Datasul Computadores Ltda., manifestando-se especialmente quanto à fruição, ou não, de benefícios fiscais no exercício de 2008, por parte da primeira empresa, e nos exercícios de 2003 a 2008, por parte da segunda empresa, de forma a permitir que, se for o caso, este Tribunal promova a devida responsabilização dos agentes públicos que porventura tenham indevidamente dado causa à possível falta administrativa, sem prejuízo das medidas competentes para preservação dos interesses da administração tributária, a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil’.

3. A fim de apurar o adimplemento das prescrições dirigidas à Sepin/MCTIC, esta Unidade Técnica (UT) requereu, por intermédio do Ofício 476/2014 - SecexDesen, de 24/6/2014 (peça 18), informações das medidas adotadas pelo referido órgão para cumprir as deliberações exaradas, as quais foram encaminhadas em 12/8/2014, consoante Ofício 358/2014 – Gab/Sepin, acostado à peça 19.



4. No tocante às determinações expedidas para RFB, o órgão apresentou suas considerações por meio do Ofício 270/2013 - RFB/Gabin, protocolado no TCU em 9/4/2013 (peça 20).

5. Assim, a partir das manifestações das unidades jurisdicionadas (UJs), o adimplemento das disposições foi avaliado, nos termos da instrução à peça 56, que concluiu pela adoção das seguintes propostas de encaminhamento quando da avaliação de mérito dos autos: cumprimento das prescrições constantes dos subitens 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.3 e 9.5.1; encerramento do monitoramento dos subitens 9.2.3.4 e 9.3; insubsistência das determinações consignadas nos subitens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1 e expedição de ciência à Sepin/MCTIC em relação à interpretação registrada pela RFB acerca da incidência de prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário oriundo de recolhimento a menor de IPI.

6. Outrossim, em face do descumprimento dos subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.3.1.2, 9.2.3.1.3 e 9.2.3.2, foi alvitrada a audiência do Sr. Virgílio Augusto Fernandes Almeida, ocupante do cargo de Secretário de Política de Informática do MCTIC no período de 2/2/2011 até 15/11/2015, para apresentação de suas razões de justificativa no prazo de 15 dias.

7. A proposta de audiência foi acolhida pelo Secretário de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (peça 58), com fundamento na delegação de competência do Ministro Relator, consoante Portaria – Gab – Mins – ALC 1, de 30/7/2014. O expediente foi promovido por meio do Ofício 483 – TCU/SecexDesenvolvimento, de 1/8/2016 (peça 59).

8. O defendente tomou ciência da comunicação em 10/8/2016, conforme atesta o aviso de recebimento (AR) à peça 62.

9. Em 16/8/2016, o responsável solicitou, por intermédio de correspondência eletrônica à peça 60 e requerimento à peça 61, 30 dias de prorrogação de prazo para apresentação de sua defesa. O pleito foi deferido, conforme despacho à peça 64.

10. As razões de justificativa foram apresentadas, tempestivamente, por meio de correspondência datada de 16/9/2016 (peça 69) e documentação integrante das peças 67-73. 11. Dessa forma, passa-se à análise da defesa apresentada, organizada por item da deliberação, cada qual transcrita antes do respectivo exame técnico.

11. Dessa forma, passa-se à análise da defesa apresentada, organizada por item da deliberação, cada qual transcrita antes do respectivo exame técnico.

III. Exame Técnico

12. Determinação do subitem 9.2.1.

9.2. determinar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI) que informe ao TCU, no prazo de 90 (noventa) dias, o resultado dos procedimentos adotados com vistas à efetiva implementação das seguintes medidas:

9.2.1. comprove o cumprimento do subitem 9.2.2.2 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca ao estabelecimento de procedimentos para análise dos relatórios demonstrativos das aplicações das contrapartidas em pesquisa e desenvolvimento, prevendo prazos de análise, prazos para que as empresas apresentem contestações, a autoridade responsável pela análise dessas e ainda a quantidade máxima de contestações.

12.1. Razões de Justificativa (peça 69, p. 2)

12.1.1. O Sr. Virgílio Augusto Fernandes assevera que a exequibilidade da aludida determinação depende do equacionamento do passivo de Relatórios Demonstrativos (RDs) e do aperfeiçoamento da legislação aplicável à matéria, em especial, no tocante à simplificação do acompanhamento das contrapartidas, reduzindo, assim, o risco de constituição de novos passivos.

12.1.2. Além disso, o responsável aduz que, somente após a apuração dos resultados obtidos no tratamento do estoque de RDs, em virtude da contratação do Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (CTI-RA) e da implementação de outras medidas pela Sempe/MCTIC, a exemplo da adoção do modelo de RD simplificado, será possível avaliar a pertinência e a oportunidade do cumprimento integral da deliberação desta Corte.

12.2. Análise das Razões de Justificativa



12.2.1. Os Relatórios Demonstrativos (RDs), objeto da determinação em análise, cuidam das prestações de contas anuais apresentadas pelas beneficiárias da Lei de Informática acerca dos investimentos em P&D realizados a título de contrapartida para usufruto do incentivo fiscal. Este instrumento de accountability tem sua previsão legal no art.11, § 9º, da Lei 8.248/1991 e, regulamentar no art. 33 do Decreto 5.906/2006.

12.2.2. A primeira determinação dirigida à Sepin/MCTI, atual Sempe/MCTIC, para que estabelecesse procedimentos e prazos para análise dos RDs foi prolatada em 8/8/2007, em apreciação a acompanhamento realizado com o fito de avaliar a renúncia de receitas prevista na Lei de Informática (subitem 9.2.2.2 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, Ministro Relator: Marcos Bemquerer).

12.2.3. Por sua vez, o monitoramento do cumprimento dessa primeira prescrição foi empreendido no curso de auditoria de conformidade realizada na gestão da aludida renúncia fiscal no exercício de 2010 (TC 007.006/2010-1). Assim, amparada nas evidências colhidas, a equipe de fiscalização concluiu, entre outros, pelo inadimplemento da referida determinação o que ensejou a expedição, em 29/8/2012, da deliberação ora monitorada (subitem 9.2.1 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, Ministro Relator: André de Carvalho).

12.2.4. Já no exercício de 2016, por oportunidade do monitoramento da presente prescrição, ou seja, passados mais de nove anos da primeira deliberação sobre a matéria, a Sepin/MCTI apresentou essencialmente as mesmas alegações já ventiladas para justificar o inadimplemento da prescrição exordial, conforme cotejamento de informação constante de instrução de mérito acostada à peça 4, p. 16-17, do TC 007.006/2010-1 e a análise preliminar do cumprimento da presente determinação (peça 56, p. 3-5).

12.2.5. Dessa forma, verificada a reincidência do descumprimento de decisão dessa Corte, foi realizada a audiência do responsável, Sr. Virgílio Augusto Fernandes Almeida, ocupante do cargo de Secretário de Política de Informática do MCTI, no período de 2/2/2011 até 15/11/2015.

12.2.6. Passa-se, então, a análise das razões de justificativas apresentadas pelo ex-gestor.

12.2.7. As ponderações do defendente acerca da premência do prévio equacionamento do passivo de RDs e de contestações e da eventual necessidade de apuração dos resultados obtidos no tratamento desse estoque em virtude da contratação CTI-RA não merecem prosperar. A simples existência de passivo de RDs não deveria ser fator impeditivo de construção normativa que trate de procedimentos e prazos para sua análise. Além disso, é razoável considerar que os RDs e as contestações represados na Sepin/MCTI não seriam afetados pela edição de norma tratando dos procedimentos e dos prazos para sua análise, pois, somente os documentos recebidos após a publicação da aludida regulamentação se sujeitariam a sua aplicação. Outrossim, a novel normatização poderia prever tratamento diferenciado para esse passivo, por meio, por exemplo, do estabelecimento de prazos diferidos visando a sua redução, em caráter de transição, até a sua adequação a quantitativos e prazos mais enxutos.

12.2.8. Igualmente, não é admissível a alegação de imprescindibilidade de aperfeiçoamento preliminar da legislação aplicável à renúncia fiscal para adimplemento da determinação, uma vez que a regulamentação a ser expedida deveria considerar como pressupostos para os procedimentos e os prazos a serem adotados justamente as balizas legais então existentes.

12.2.9. Por fim, no que concerne ao argumento de indispensável efetivação precedente de outras medidas pela Sepin/MCTI, tal justificativa só corrobora a desídia da UJ no cumprimento da prescrição dessa Corte. Com efeito, considerado o extenso lapso temporal decorrido entre a primeira determinação prolatada (8/8/2007) e a apresentação das razões de justificativas ora examinadas (16/9/2016), a necessidade de suposta implementação de medidas preliminares que dependeriam tão somente da atuação da Sepin/MCTI atesta a inércia da própria secretaria em levar a efeito a prescrição exarada.

12.2.10. Ademais, a necessidade do estabelecimento de procedimentos e prazos para análise dos RDs e de suas respectivas contestações e recursos justifica-se pelo indispensável aperfeiçoamento no

controle da manutenção do benefício fiscal, sem o qual recrudescer o risco de que empresas com débitos de aplicação insuficiente em P&D relativos a exercícios anteriores continuem usufruindo os respectivos incentivos.

12.2.11. Dessa forma, em que pese as justificativas trazidas aos autos indicarem a continuidade do inadimplemento da determinação, pesquisa realizada no sítio eletrônico de MCTIC (peça 75), permitiu verificar que, a partir de 2012, foram emitidas as seguintes portarias versando sobre o tratamento a ser dispensado aos RDs e às contestações dos benefícios fiscais previstos na Lei de Informática:

a) Portaria MCTI 863, de 19/8/2014, estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados na análise dos RDs de que trata o § 9º do art. 11 da Lei nº 8.248/1991 (peças 12 e 22);

b) Portaria MCTI 1.324, de 28/11/2014, estabelece procedimentos operacionais complementares ao disposto na Portaria MCTI 863/2014 (peça 76);

c) Portaria MCTI 1.325, de 28/11/2014, designa membros para compor o Grupo de Gestão Sempe/MCTIC (peça 77);

d) Portaria Sepin/MCTI 25, de 4/12/2014, designa os membros para comporem o Grupo de Supervisão Sepin/MCTI, previsto no art. 2º da Portaria MCTI 863/2014, referente à análise dos RDs de que trata o Decreto 5.906/2006 (peça 78);

e) Portaria Sepin/MCTI 27, de 4/12/2014, designa os membros para comporem o Grupo de Operação Sepin, previsto no art. 2º da Portaria MCTI 863/2014, referente à análise dos RDs de que trata o Decreto 5.906/2006 (peça 79);

f) Portaria MCTI 390, de 11/5/2016, dispõe sobre critérios de prioridade para a análise dos RDs, referentes à Lei de Informática, no âmbito da Sepin/MCTIC (peça 80);

g) Portaria MCTIC 4.561, de 11/8/2017, dispõe sobre os procedimentos para a impugnação do resultado preliminar da análise dos RDs do cumprimento das obrigações estabelecidas na Lei 8.248/1991, e no Decreto 5.906/2006 (peça 81);

h) Portaria MCTIC 5.029, de 28/8/2017, altera o art. 2º da Portaria MCTIC 4.561/2017 (peça 82);

i) Medida Provisória 810, de 8/12/2017, altera a Lei 8.248/1991 e a Lei 8.387/1991 e dá outras providências (peça 83);

j) Lei 13.674, de 11/6/2018, altera a Lei 8.248/1991 e a Lei 8.387/1991 e dá outras providências (peça 84);

l) Portaria MCTIC 3.118, de 12/6/2018, dispõe sobre o cadastramento de firmas ou organizações de auditoria independentes para o exercício de atividades previstas na Lei 8.248/1991. (peça 85); e

m) Portaria MCTIC 5.150, de 2/10/2018, dispõe sobre as instruções para elaboração do relatório conclusivo pelas auditorias independentes, na análise dos demonstrativos de cumprimento das obrigações de que trata o § 9º do art. 11 da Lei 8.248/1991 - Manual de Análise do Relatório Demonstrativo Anual (peça 86).

12.2.12. Inicialmente, no que tange à análise dos RDs, constata-se que a publicação das Portarias MCTI 863/2014; 1.324/2014 e 1.325/2014 e Portarias Sempe/MCTI 25/2014 e 27/2014 teriam o potencial de atender parcialmente o Subitem 9.2.1 do Acórdão 2.343/2012 – TCU – Plenário, uma vez que contemplam a estruturação dos procedimentos aplicados a essa avaliação, permanecendo, entretanto, silentes quanto ao disciplinamento dos prazos para sua efetivação.

12.2.13. De fato, o art. 1º, inciso I, da Portaria MCTI 863/2014 estabeleceu que o CTI-RA auxiliaria a Sepin/MCTIC na revisão, melhoria e sistematização da metodologia e dos critérios de análise dos RDs referentes às atividades de P&D e respectivos dispêndios, nos termos do Decreto 5.906/2006, que regulamentou a Lei de Informática.

12.2.14. Por sua vez, o resumo descritivo da metodologia de avaliação apresentado pelo CTI-RA (Produto 4 – Metodologia de Avaliação – versão final à peça 24) corroborou o estabelecimento de

modelos de referência e de métodos de análise a serem adotados na avaliação de RDs, consoante excerto in verbis:

‘O documento apresenta metodologia de avaliação de projetos e respectivos dispêndios apresentados nos Relatórios Demonstrativos Anuais (RDA) para cumprimento das obrigações devidas pelas empresas no âmbito da Lei de Informática. Ao longo do texto, essa metodologia é chamada apenas de “Metodologia”. A Metodologia compreende os Modelos de Referência e os Métodos de Análise. Os Modelos de Referência são: (a) Modelo de Referência para enquadramento dos projetos como sendo de P&D, como o conjunto de critérios e sua respectiva gradação; e (b) Modelo de Referência para análise de dispêndios, com o conjunto de atributos utilizados. Os Métodos de Análise são: (a) Método para análise do enquadramento como P&D, como a sequência de análise e linha de corte; e (b) Método para análise de dispêndios, como a sequência de análise e linha de corte. O modelo de referência para análise do enquadramento dos projetos como P&D é constituído basicamente de um conjunto de critérios fundamentados na legislação (especialmente o Decreto nº 5.906/2006 e os manuais e outras instruções do MCTI, expedidos para orientar o preenchimento dos RDA)’.

12.2.15. Em que pese as evidências de entrega da metodologia de avaliação de RDs pelo CTI-RA (peça 25), a referida sistematização só teria aplicabilidade aos processos de trabalho da Sepin/MCTI se devidamente validada e aprovada pela UJ. Nesse sentido, o art. 2º da Portaria MCTI 863/2014 dispõe sobre a constituição de grupos de trabalho incumbidos de atividades inerentes ao estabelecimento das diretrizes e procedimentos de avaliação dos RDs. Conforme art. 3º, § 2º, inciso II, da aludida norma, compete ao Grupo de Gestão aprovar a metodologia e os critérios desenvolvidos pelo CTI-RA. Já o art. 4º, §1º, inciso IV, da Portaria MCTI 863/2014 preceitua que a validação desse modelo de avaliação compete ao Grupo de Operação. A designação de membros dos aludidos comitês, bem como a discriminação das correspondentes atribuições constam, respectivamente, das Portarias MCTI 1.325/2014 (peça 79) e Sepin/MCTI 27/2014 (peça 81). Entretanto, não obstante a instituição dos aludidos grupos de trabalho e de previsão de validação da metodologia de avaliação de RDs produzida pelo CTI-RA para o final de agosto de 2015 (Nota Técnica DMPS 2/2015, peça 25, p. 2), a Sepin/MCTIC não disponibilizou os referidos documentos de aquiescência, consoante requisição à peça 87. Assim, ante a ausência de elementos que evidenciem a validade e aplicabilidade do referido modelo, nem mesmo a parte inicial da presente deliberação poderia ser considerada cumprida até o exercício de 2016.

12.2.16. Igualmente, até o exercício de 2016, a Sepin/MCTI ainda não havia disciplinado os prazos de análise dos RDs. Com efeito, malgrado a publicação da Portaria MCTI 390/2016 sinalizar, ainda que de forma incipiente, para o estabelecimento de algumas balizas temporais para o exame dos RDs, ao estabelecer a ordem de priorização de sua análise, prevendo, inclusive a anteposição da avaliação daqueles apresentados há mais de dois anos, consoante art. 1º, inciso VI do normativo, o regramento em questão não é suficiente para atender o comando da determinação monitorada.

12.2.17. Nada obstante o exposto, a partir de 2017, alterações substanciais no arcabouço legislativo da renúncia fiscal foram introduzidas pela Medida Provisória 810/2017 (peça 83), posteriormente convertida na Lei 13.674/2018 (peça 84), com objetivo, sobretudo, de reduzir a burocracia e aumentar a eficiência dos procedimentos de avaliação dos RDs, conforme exposição de motivos da proposta de MP (peça 83, p 1-5). Nesse sentido, uma das principais modificações promovidas na legislação refere-se à obrigação de as beneficiárias do incentivo encaminharem, juntamente com o respectivo RD, um parecer elaborado por auditoria independente com manifestação conclusiva acerca do cumprimento da contrapartida da renúncia fiscal (investimento em P&D). Outrossim, conforme se depreende da redação vigente do art. 11. §.9º, caput, e inciso II, alínea “a” da Lei 8.248/1991, as auditorias independentes passarão a ser responsáveis por atestar a veracidade das informações prestadas pelas empresas beneficiárias a respeito dos investimentos em P&D realizados, bem como pela sua análise. Impende destacar que a atuação dessas auditorias

independentes no âmbito da Lei de Informática não se restringe aos aspectos contábeis, abrangendo também manifestação sobre o mérito dos investimentos em P&D. Contudo, tal atuação fica condicionada ao credenciamento na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como à habilitação junto ao MCTIC. Desse modo, a parametrização da atuação das auditorias independentes habilitadas constitui etapa fundamental à eficácia do modelo proposto por meio da Lei 13.674/2018. A par disso, o ministério editou a Portaria MCTIC 3.118/2018 prevendo, como requisito ao cadastramento, que as auditorias independentes disponham de profissional com capacidade técnica e experiência em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) na área de tecnologias, informação e comunicações (TIC) e a Portaria MCTIC 5.150/2018, dispondo sobre as instruções para elaboração do relatório conclusivo pelas auditorias independentes, incluindo a metodologia a ser usada na avaliação dos RDs consubstanciado no Manual de Análise do Relatório Demonstrativo Anual (peça 87). Ademais, tendo em vista que o prazo limite para entrega dos RDs e do parecer conclusivo da auditoria independente está estabelecido no art. 33 do Decreto 5.906/2006, qual seja, 31 julho de cada ano, reputa-se cumprida a deliberação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.343/2012 – TCU – Plenário, no tocante à comprovação do estabelecimento de procedimentos e prazos para análise dos demonstrativos de cumprimento das aplicações das contrapartidas em P&D.

12.2.18. No que se refere às contestações interpostas contra a avaliação inicial dos RDs, as Portarias MCTIC 4.561/2017 e 5.029/2017 também evidenciaram o adimplemento da determinação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.343/2012, ao estabelecer os procedimentos, prazos, autoridade responsável pela análise e quantidade máxima de recursos aplicáveis aos aludidos requerimentos de impugnação. De fato, ao esmiuçar os referidos regramentos constata-se que:

a) o art. 2º, caput, § 1º e 1º-A, da Portaria MCTIC 4.561/2017 alterados pela Portaria 5.029/2017 e o art. 5º, caput e § 1º da Portaria MCTIC 4.561/2017 fixaram os prazos de apresentação de contestação da análise inicial dos RDs, requisitos para concessão de prorrogação desse prazo e de prazos adicionais para contestação e respectiva extensão da dilação e período para interposição de pedido de reexame e recurso hierárquico contra decisão denegatória da contestação;

b) o art. 2º, §§ 2º e 3º da Portaria MCTIC 4.561/2017, alterado pela Portaria 5.029/2017, e art. 7º do mesmo normativo prescreveram a forma de comunicação dos resultados das análises dos RDs às beneficiárias da renúncia; a obrigatoriedade de manutenção do endereço atualizado da beneficiária para fins de comunicação e a exigência de intimação de todos os atos do processo aos interessados;

c) os arts. 3º, 4º e 5º, § 2º da Portaria MCTIC 4.561/2017 estabeleceram requisitos de admissibilidade dos requerimentos de contestação e dos respectivos recursos, bem como o conteúdo mínimo da decisão sobre esses pleitos;

d) o art. 5º, §§ 1º e 3º da Portaria MCTIC 4.561/2017 definiram as autoridades competentes para decidir a respeito da contestação e do pedido de reconsideração e recurso hierárquico interposto contra decisão denegatória da contestação;

e) o art. 6º, da Portaria MCTIC 4.561/2017 determinou que todos os atos e documentos relativos aos RDs devem constar do respectivo processo eletrônico; e

f) o art. 9º, da Portaria MCTIC 4.561/2017 impôs às beneficiárias da renúncia fiscal a obrigação de quitar o saldo devedor de aplicação insuficiente em P&D após o resultado definitivo da contestação da análise do RDs.

12.2.19. Ante o exposto, propõe-se considerar cumprida a determinação do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.343/2016 – TCU – Plenário, nada obstante a rejeição das alegações do responsável, visto que não demonstrou o adimplemento da referida deliberação durante sua gestão e nem logrou apresentar qualquer justificativa capaz de isentá-lo da aludida insolvência.

13. Determinação do subitem 9.2.2.

9.2. determinar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI) que informe ao TCU, no prazo de 90 (noventa) dias, o resultado dos procedimentos adotados com vistas à efetiva implementação das seguintes medidas:



(...) 9.2.2. comprove o cumprimento do subitem 9.2.3 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente na Uniemp (item 19.4.3 da instrução de mérito);

(...)

13.1. Razões de Justificativa (peça 69, p. 2, peças 67-68 e 70-73)

13.1.1. O responsável entende que, a despeito de a transferência dos recursos em questão ter se dado em período anterior à sua gestão, os extratos bancários das contas correntes da Fundação Certi, da Rede Nacional de Pesquisa e Ensino (RNP) e da Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro (Softex) juntados às peças 67-68 e 70-73, corroboram o cumprimento da determinação.

13.2. Análise das Razões de Justificativa

13.2.1. Preliminarmente, cumpre esclarecer que, não obstante o responsável afirmar que a suposta transferência de recursos ocorreu previamente à sua gestão, subsiste sua responsabilidade em demonstrá-la, uma vez que a determinação foi expedida durante o período em que comandou a Sepin/MCTI. Nesse sentido, o dispositivo em questão é claro ao dispor que a exigência diz respeito à comprovação da transferência dos recursos depositados indevidamente na Uniemp, o que independe da época em que o referido depósito foi realizado, bastando a mera demonstração de sua realização para se reputar adimplida a deliberação.

13.2.2. Os pecúlios consignados na deliberação em análise decorrem da obrigação de as empresas beneficiárias da renúncia fiscal prevista na Lei de Informática investirem em atividades de P&D, na forma de recursos materiais e/ou financeiros, consoante art. 11 da Lei 8.248/1991.

13.2.3. A primeira determinação acerca da matéria decorreu da apreciação do relatório de acompanhamento objeto do TC 013.237/2005-0, que constatou, entre outros, o recebimento e a custódia dos aludidos recursos pelo Instituto Uniemp. Assim, para cumprir parte das obrigações de investimento em P&D, as beneficiárias da Lei de Informática realizavam transferência bancária para conta do instituto e apresentavam documentos fiscais do fornecimento de equipamentos ou da prestação de serviços técnicos (peça 26, p. 2, item 77, TC 013.237/2005-0).

13.2.4. À vista desse achado, este Tribunal entendeu que a intervenção do instituto não se sustentava por se tratar de simples intermediário. Ademais, reputou indevida a cobrança de taxa de administração dos recursos depositados, visto que tal prática é vedada pelo art. 8º, inciso I, da revogada IN-STN 1/1997, bem como de percentual sobre o produto armazenado, uma vez que, em que pese tal medida não configurar desvio de recursos, acarretava a não destinação desses valores às atividades de P&D previstas na Lei de Informática. Por fim, julgou desvio de finalidade a aplicação de parcela dos valores no pagamento de pessoal técnico e administrativo da Rede Nacional de Pesquisa (RNP), entidade executora de projetos (Acórdão 1.549/2007 – TCU – Plenário).

13.2.5. Assim, essa Corte de Contas determinou à Sepin/MCTI que transferisse os recursos financeiros e materiais que se encontravam em poder do Instituto Uniemp para os convenientes responsáveis pela efetivação das atividades de P&D a que se refere a Lei de Informática (Subitem 9.2.3 do Acórdão 1.549/2007 – TCU – Plenário). O volume de recursos financeiros então identificados (agosto/2005) foi de aproximadamente R\$ 27,7 milhões (peça 27, p. 7, e peça 28, p. 3).

13.2.6. O monitoramento da determinação supracitada foi realizado nos autos do TC 007.006/2010- 1, que cuidou de auditoria de conformidade na gestão da aludida renúncia fiscal. Por meio dos exames empreendidos, a equipe de auditoria constatou o inadimplemento da prescrição. Cumpridas as audiências dos responsáveis, concluiu-se que os expedientes e informações apresentados também não escusavam o referido descumprimento (peça 29, p. 24-25), o que resultou na reiteração da expedição da medida (subitem 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012 – TCU – Plenário).

13.2.7. Por sua vez, a instrução preliminar desses autos registrou que, em inspeção realizada na Sepin/MCTI com o fito de verificar o cumprimento das determinações do Acórdão 2.343/2012 – TCU – Plenário, a UJ apresentou listagem contendo ofícios destinados ao Instituto Uniemp, solicitando a

transferência dos valores ora custodiados a entidades executoras de projetos/eventos (peças 30 e 31). A tabela a seguir resume as informações apresentadas: (...)

13.2.8. Entretanto, malgrado a existência de requerimentos da Sepin/MCTI para que a transferência fosse efetuada, tais documentos não evidenciaram que os valores ali mencionados foram, de fato, objeto de depósito bancário em favor de entidades executoras de atividades de P&D, conforme exigiu a determinação. Dessa forma, a UJ foi novamente considerada reincidente no descumprimento da deliberação e o seu responsável ouvido na presente audiência.

13.2.9. Por seu turno, o ex-gestor apresentou em sua defesa extratos bancários das contas correntes das seguintes entidades executoras de projetos de P&D prevista na Lei de Informática, destacando transferências bancárias realizadas em benefício das mesmas (peças 67-68; 70-71 e 73):

(...)

13.2.10. Cotejando os extratos bancários constantes das peças 67-68; 70-71 e 73 com o rol de ofícios destinados ao Instituto Uniemp solicitando a transferência dos recursos custodiados (peças 30, 31 e 72), verifica-se a ausência de comprovante dos depósitos realizados em benefício da entidade executora do Programa Nacional de Microeletrônica PNM- Design, no montante de R\$ 7.177.996,00. Além disso, constata-se a diferença a menor, no importe de R\$ 901.761,00, em relação aos valores registrados nos extratos bancários das contas correntes de titularidade da Associação para Promoção da Excelência do Software Brasileiro (Softex) e os constantes dos ofícios requisitórios das transferências.

13.2.11. Conquanto sejam desconsideradas as supracitadas inconsistências, a documentação apresentada pelo ex-gestor não constitui meio idôneo a demonstrar o necessário nexo de causalidade entre os recursos repassados pelo instituto e os pecúlios recebidos pelas entidades executoras dos projetos de P&D previstos na Lei de Informática. De fato, não é possível identificar, nos comprovantes em comento, a origem dos valores creditados, o que inviabiliza o estabelecimento da correlação entre os recursos custodiados pelo Instituto Uniemp e o importe recebido pelas entidades destinatárias das transferências registradas. Ademais, em situações análogas ao presente caso, essa Corte já asseverou que o gestor deve demonstrar, de forma inequívoca, que os valores gastos no objeto de um convênio tenham como origem os recursos do ajuste, e não eventuais outras fontes (Acórdão 976/2008 – TCU – 2ª Câmara. Ministro Relator: Raimundo Carreiro; 2.847/2007 – TCU – 2ª Câmara. Ministro Relator: Raimundo Carreiro; 1.888/2007 – 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Bemquerer).

13.2.12. Por todo o exposto, verifica-se que os elementos trazidos aos autos pelo responsável não o eximiram do descumprimento da deliberação monitorada, razão pela qual se propõe rejeitar as razões de justificativas apresentadas, sem prejuízo de se determinar à Sempe/MCTIC que apresente, em novo prazo de noventa dias, comprovação do cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Instituto Uniemp.

14. Determinação do subitem 9.2.3.1.2

9.2.3. elabore plano de providências, com cronograma de implementação de curto/médio prazo e foco no aprimoramento de controles internos que:

9.2.3.1. seja capaz de controlar a situação das empresas quanto ao adimplemento de todos os requisitos impostos pela legislação às beneficiárias de isenção/redução de imposto, especialmente quanto às obrigações de:

(...)

9.2.3.1.2. efetuar depósitos trimestrais no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, nos termos da Lei 8.248/1991, art. 11, § 1º, inciso III, c/c o Decreto 5.906/2006, art. 8º, § 1º, inciso III;

14.1. Razões de Justificativa (peça 69, p. 3) 14.1.1. O defendente esclarece que o acompanhamento dos depósitos trimestrais no FNDCT é realizado por meio do recebimento dos seus

registros. Entretanto, relaciona os seguintes empecilhos a implementação de um controle mais satisfatório e adequado dessa obrigação:

a) impossibilidade de a Sepin/MCTI identificar tempestivamente as beneficiárias da renúncia fiscal sujeitas ao encargo, uma vez que a imposição legal se aplica apenas às empresas cujo faturamento anual supere R\$ 15 milhões e as informações acerca desse faturamento são disponibilizadas no respectivo RD, entregue em 31 de julho do ano subsequente;

b) inconsistência entre prazo para depósito fixado no art. 11, § 1º, inciso III, da Lei 8.248/1991 (trimestral) e o previsto no art. 34, inciso II, do Decreto 5.906/2006 (último dia útil de janeiro do ano subsequente), cumulada com a existência de sanção apenas para inadimplência anual da obrigação, consoante os termos art. 36, § 2º, do Decreto 5.906/2006; e

c) previsão de aplicação, até a data de entrega do RD, dos recursos financeiros residuais, atualizados e acrescidos de doze por cento, no Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Setor de Tecnologia da Informação (PADSTI), na hipótese de investimento insuficiente em P&D, o que inclui os depósitos trimestrais no FNDCT, conforme art. 35, inciso I do Decreto 5.906/2006, cumulada com a inexistência de sanção legal ou regulamentar até a efetiva inadimplência.

14.1.2. À vista das dificuldades expostas, o ex-gestor pugna para que as incongruências do diploma legal sejam consideradas atenuantes no estabelecimento de um controle preciso e efetivo do cumprimento da obrigação de realizar depósitos trimestrais no FNDCT pelas empresas beneficiárias da renúncia fiscal prevista na Lei 8.248/1991.

14.2. Análise das Razões de Justificativa

14.2.1. Inicialmente, é necessário esclarecer alguns pontos do arcabouço legal da renúncia fiscal em análise, relacionados à obrigação objeto da determinação.

14.2.2. A essência da Lei de Informática reside na concessão de incentivo fiscal, por meio da redução ou isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), às empresas que atuem no desenvolvimento ou na produção de bens de informática e automação (art. 4º da Lei 8.248/1991).

14.2.3. Entretanto, o usufruto da renúncia fiscal está condicionado à apresentação de contrapartida pelas empresas beneficiárias na forma de investimentos, no montante mínimo de cinco por cento do faturamento bruto dos produtos incentivados deduzidos de tributos especificados, em projetos de P&D (art. 11, § 1º da Lei 8.248/1991).

14.2.4. Mormente, em relação às beneficiárias cujo faturamento bruto anual seja superior a R\$ 30.000.000,00, a lei exige a aplicação de parcela da contrapartida em categorias específicas de investimento em P&D, dentre as quais, a realização de depósitos trimestrais no FNDCT (art. 11, § 1º, inciso III, e § 11 da Lei 8.248/1991, alterado pela Lei 13.674/2018).

14.2.5. Nesse sentido, os percentuais a serem depositados no FNDCT seguem a regra geral ou a regras específicas a depender do local onde os bens são produzidos, do tipo de produto incentivado e do lapso temporal aplicável. A tabela subsequente resume os percentuais mínimos de aplicação em P&D (contrapartida) e de depósito trimestral no FNDCT, para o período de 2004 a 2029, consoante disposto na Lei 8.248/1991 e em entendimento esposado pela Sepin/MCTI à peça 34 (...).

14.2.6. Na auditoria de conformidade que originou a determinação em exame, foi constatada, dentre outras irregularidades, a existência de débitos de aplicação insuficiente em P&D, não recolhidos pelas empresas beneficiárias ao FNDCT. A aludida falha foi atribuída à deficiência e à precariedade dos controles internos estabelecidos pela Sepin/MCTI na gestão da Lei de Informática (peça 2, p. 25-26 e 29-33, TC 007.006/2010-1).

14.2.7. As informações inicialmente prestadas pela secretaria acerca do adimplemento da prescrição (peça 19, p. 7) se limitaram a afirmar que a determinação dessa Corte se relacionava a procedimentos/atividades de rotina já realizadas pela UJ, sem, entretanto, apresentar qualquer medida para aprimoramento dos controles internos aplicáveis ao aludido processo de trabalho. Assim, à vista da carência de elementos que evidenciassem o cumprimento da deliberação, foi incluída, no escopo de inspeção empreendida na Sepin/MCTI, no período de 23/11/2015 a 25/11/2015 (peça 23), a realização de testes de observância no acompanhamento dos depósitos trimestrais no

FNDCT, efetivados pelas beneficiárias da Lei de Informática, referentes ao interstício de 2012 a 2014, conforme procedimentos descritos à peça 56, p. 10-11. As evidências então colhidas (peça 38 e peça 56, p. 26-42) demonstraram a inexistência de controle adequado e tempestivo sobre os valores que deveriam ingressar e aqueles que ingressaram no fundo, relativos a determinado ano-base, de modo que a sanção aplicável ao descumprimento da obrigação legal, qual seja, a suspensão da portaria de concessão do benefício fiscal, não vinha sendo realizado (art. 36 da Lei. 8.248/1991).

14.2.8. Por seu turno, as justificativas ora apresentadas pelo ex-gestor em nada o eximem da inobservância da prescrição prolatada por este Tribunal. Com efeito, não há que se falar em antinomia entre o texto legal e o seu respectivo decreto regulamentar, pois, a contradição real ou aparente entre um e outro é resolvido em favor da espécie normativa primária cujo fundamento de validade é extraído do próprio Texto Magno (art. 61 da CF/88).

14.2.9. Entretanto, em que pese a existência de hierarquia entre as normas ser fundamento basilar de todo ordenamento jurídico pátrio, não se verifica, no caso concreto, os supostos conflitos entre os dispositivos da Lei 8.248/1991 e o Decreto 5.906/2006. De fato, não existe qualquer inconsistência entre o prazo para depósito fixado na Lei de Informática e o disposto no seu respectivo decreto regulamentar, pois o preceito da norma infralegal que estabelece a obrigatoriedade de realização de depósitos trimestrais no FNDCT (art. 8º, § 1º, inciso III do Decreto 5.906/2006) é uma reprodução literal do art. 11, § 1º, inciso III, da Lei 8.248/1991. Ademais, a previsão consignada no art. 34, inciso II, do Decreto 5.906/2006, citada pelo ex-gestor, refere-se apenas ao exercício de competência dos referidos depósitos trimestrais no FNDCT, uma vez que considera como aplicação em pesquisa e desenvolvimento de determinado ano-calendário, os depósitos (trimestrais) no FNDCT efetuados até o último dia útil de janeiro do exercício seguinte.

14.2.10. Outrossim, no que se refere à existência de sanção legal, diversamente do afirmado pelo responsável e a partir de interpretação sistemática dos dispositivos legais e regulamentares, a previsão de que o investimento insuficiente em P&D enseja a aplicação dos recursos financeiros residuais, atualizados pela Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) e acrescidos de doze por cento, no Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Setor de Tecnologias da Informação (PADSTI), até a data de entrega dos respectivos RDs (art. 9º, § 1º da Lei 8.248/1991 c/c art. 35, inciso I do Decreto 5.906/2006), já é a primeira sanção aplicável à inadimplência parcial da contrapartida do incentivo fiscal, visto que os valores a serem depositados extemporaneamente serão atualizados e acrescidos do percentual indicado (multa de mora). Além disso, a existência dessa primeira penalidade não constitui impedimento para o aperfeiçoamento de controles internos capazes de evitar, detectar e corrigir falhas no processo de acompanhamento dos depósitos trimestrais no FNDCT pela Sepin/MCTI. Pelo contrário, o aprimoramento desses controles pela UJ se faz ainda mais necessária em razão da aludida previsão, uma vez que a identificação tempestiva de eventuais beneficiárias insolventes oportuniza a notificação para regularização da situação, por meio da aplicação dos recursos residuais mais a multa de mora até a data de entrega do RDs, sanção menos gravosa do que a suspensão por até 180 dias da portaria de concessão do incentivo fiscal, cumulada com o ressarcimento dos benefícios usufruídos, atualizados e acrescidos de multas pecuniárias aplicáveis aos débitos relativos aos tributos da mesma natureza (art. 9º da Lei 8.248/1991 c/c art. 36, § 2º do Decreto 5.906/2006).

14.2.11. Por fim, também não merece prosperar a alegação de eventual impossibilidade de a Sepin/MCTI identificar tempestivamente as beneficiárias da renúncia fiscal sujeitas ao encargo (empresas cujo faturamento bruto anual seja superior a R\$ 30.000.000,00, nos termos do art. 11, § 1º, inciso III, e § 11 da Lei 8.248/1991, alterado pela Lei 13.674/2018), tendo em vista que esse valor só será conhecido a partir das informações constates do respectivo RD. Com efeito, a justificativa do ex-gestor só denota a premência de análise do RDs em prazos mais enxutos e razoáveis com vistas a afastar o risco de que empresas com débitos de aplicação em P&D relativos a exercícios anteriores continuem usufruindo os respectivos incentivos. Além disso, o suposto obstáculo legal ao estabelecimento de controles mais precisos e efetivos do cumprimento da obrigação de realizar

depósitos trimestrais no FNDCT é apenas mais um ponto de verificação da própria obrigação a ser considerado no desenho do aludido processo de trabalho.

14.2.12. Em auditoria de conformidade realizada na Sepin/MCTI, no período de 29/8/2017 a 20/10/2017, com o objetivo avaliar a regularidade dos procedimentos administrativos para concessão e manutenção dos benefícios fiscais previstos na Lei 8.248/1991 (TC 025.094/2017-3), a equipe de auditoria verificou a manutenção de rotinas e procedimentos aplicáveis ao macroprocesso suspensão e cancelamento do incentivo fiscal, no qual está inserido o acompanhamento dos depósitos trimestrais no FNDCT realizados pelas beneficiárias da isenção (peça 48, TC 025.094/2017-3), em relação ao respectivo fluxograma gráfico e narrativo do correspondente processo de trabalho da UJ registrado no TC 015.436/2013-6, em virtude da realização de levantamento na operacionalização das políticas públicas industriais e setoriais baseadas em renúncia de receitas tributárias (peça 79, TC 015.436/2013- 6). Dessa forma, resta evidenciada a inércia da unidade em promover as necessárias melhorias de seus controles de forma a escoimar deficiências favoráveis à ocorrência de impropriedades e irregularidades.

14.2.13. Ante o exposto, conclui-se que as justificativas do responsável não o isentaram do inadimplemento da deliberação monitorada, razão pela qual se propõe rejeitá-las. Não obstante o aludido descumprimento, foi expedida, no âmbito do Acórdão 1.014/2018 – 2ª Câmara, determinação de escopo análogo a presente prescrição (subitem 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018 – 2ª Câmara). Dessa forma, propõe-se encerrar o monitoramento da determinação do subitem 9.2.3.1.2 do Acórdão 2.343/2012 - TCU- Plenário, uma vez que o assunto será acompanhado com maior profundidade quando do monitoramento das deliberações do Acórdão 1.014/2018 – 2ª Câmara.

15. Determinação do subitem 9.2.3.1.3

9.2.3. elabore plano de providências, com cronograma de implementação de curto/médio prazo e foco no aprimoramento de controles internos que:

9.2.3.1. seja capaz de controlar a situação das empresas quanto ao adimplemento de todos os requisitos impostos pela legislação às beneficiárias de isenção/redução de imposto, especialmente quanto às obrigações de:

(...) 9.2.3.1.3. realizar o pagamento mensal do parcelamento dos débitos de aplicação insuficiente em P&D a que se refere a Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, que facultou à empresa beneficiária parcelar em até 48 meses os débitos decorrentes da não realização, total ou parcial, a qualquer título, até o período encerrado em 31 de dezembro de 2003 (débitos de aplicação insuficiente em P&D), segundo a Lei nº 11.077, de 2004, art. 4º, § 2º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 42.

15.1. Razões de Justificativa (peça 69, p.3-4)

15.1.1. O responsável afirma que a Sepin/MCTI aperfeiçoou o monitoramento do parcelamento de débitos derivados de aplicação insuficiente em P&D previsto na Lei 11.077/2003 a partir do aprimoramento do controle dos depósitos trimestrais no FNDCT a serem efetuados pelas beneficiárias da renúncia fiscal.

15.1.2. Ressalta que, a despeito da carência de sistemas integrados de apoio para gerir o adimplemento do aludido parcelamento em razão da crise fiscal do governo federal e da ausência de fornecedores na Coordenação-Geral de Gestão da Tecnologia da Informação do MCTIC (CGTI/MCTIC) e da delonga nos prazos de notificação bancária acerca dos depósitos das parcelas efetuados, a Sepin/MCTI logrou realizar o controle mais efetivo dessa obrigação.

15.1.3. Por fim, no tocante a suposta interrupção do parcelamento de pagamento realizado pela empresa Nilko Metalurgia Ltda, o defendente esclarece que a mudança da razão social dessa beneficiária induziu a equipe de auditoria deste Tribunal a concluir erroneamente pelo descumprimento da mencionada obrigação. Acresce que, conforme relatório juntado à defesa, a aludida empresa realizou 48 transferências até junho de 2015, sendo uma parcela a menor. A diferença, entretanto, foi detectada pela UJ e ensejou a notificação da beneficiária para efetuar o devido recolhimento, então realizado em janeiro de 2016. Ademais, salienta que o cancelamento do



benefício fiscal previsto na legislação só deve ser procedido após a notificação da empresa para apresentação de eventuais comprovantes de depósito não identificados no controle de registros bancários.

15.2. Análise das Razões de Justificativa

15.2.1. A possibilidade de parcelamento mensal dos débitos de aplicação insuficiente em P&D foi autorizada pelo art. 4º da Lei 11.077/2004 e regulamentada nos arts. 37 a 44 do Decreto 5.906/2006 e nas Portarias MCT 97/2007 e 493/2007. Para fins da análise das justificativas apresentadas, são de interesse as seguintes disposições legais e normativas:

i) a faculdade de parcelar os débitos decorrentes da não realização, total ou parcial, dos investimentos em P&D limita-se às obrigações de aplicação da contrapartida encerradas até 31/12/2003 (art. 4º, caput, da Lei 11.077/2004 e art. 37, caput do Decreto 5.906/2006 c/c art. 1º da Portaria MCT 97/2007); Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57611245. 15 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Secretaria - Geral de Controle Externo Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico – 1ª Diretoria

ii) os recursos financeiros referentes aos depósitos trimestrais previstos no art. 11, § 1º, inciso III, da Lei 8.248/1991 e ao parcelamento de débito autorizado pelo art. 4º da Lei 11.077/2004 são recolhidos ao FNDCT, na categoria de programação CT-Info (art. 1º da Portaria MCT 493/2007), e separados nos Códigos de receita 10002-1 e 10046-3, respectivamente (art. 10, §§ 2º e 3º do Decreto 5.906/2006);

iii) os débitos objetos de parcelamento devem ser quitados mediante prestações mensais e consecutivas (art. 4º, caput, da Lei 11.077/2004 e art. 37, § 3º do Decreto 5.906/2006 c/c art. 1º da Portaria MCT 97/2007);

iv) na hipótese da não realização de qualquer pagamento decorrente do parcelamento, o despacho concessivo que o deferiu é revogado e a concessão de isenção/redução do IPI que originou as obrigações de investimento em P&D, cancelada, sem prejuízo do ressarcimento integral dos valores do imposto não pago, com os acréscimos legais devidos aplicáveis aos débitos fiscais relativos aos tributos da mesma natureza (art. 4º, § 2º da Lei 11.077/2004 e art. 42 do Decreto 5.906/2006 c/c art. 6º da Portaria MCT 97/2007).

15.2.2. A partir de testes de observância realizados em inspeção empreendida na Sepin/MCTI no período de 23/11/2015 a 25/11/2015 (peças 23 e 56, p.11-12), constatou-se que a UJ não adotou qualquer controle detectivo (que visa identificar situação de não conformidade) no acompanhamento do parcelamento de débitos previstos na Lei 11.077/2004, uma vez que a quitação da obrigação atualizada era verificada somente ao final do período correspondente às 48 parcelas (peça 43). Por conseguinte, a inexistência dessa espécie de controle importa em falha nos controles corretivos (que objetivam sanear a não conformidade detectada). Ademais, segundo dados apresentados pela própria UJ, em novembro de 2015, quatro empresas encontravam-se com débitos em parcelamento (peça 53, p. 9). Analisados os documentos relacionados aos atos concessivos desses parcelamentos e os recolhimentos efetuados ao FNDCT até dezembro de 2015, conforme registros do Siafi (peça 56, p. 11-12), verificou-se que a empresa Nilko Metalurgia Ltda., cujo débito atualizado até 31/7/2011 era de R\$ 718.070,40 (peça 55, p. 3), efetuou 42 pagamentos consecutivos, que somaram R\$ 693.757,97, não havendo, a partir de junho/2015, registro de qualquer outro pagamento relacionado ao parcelamento concedido (peças 41 e 42). Assim, tendo em vista não ser possível relacionar a regularidade dos pagamentos efetuados pelas demais empresas à atuação dos controles internos da Sepin/MCTI, concluiu-se pelo inadimplemento da determinação desta Corte e pela realização de audiência do responsável.

15.2.3. Passa-se, então, à análise das razões de justificativa apresentadas pelo ex-gestor.

15.2.4. As ponderações do defendente acerca do consequente aprimoramento no acompanhamento do parcelamento dos débitos em virtude de suposto aperfeiçoamento no controle dos depósitos trimestrais no FNDCT não merecem prosperar. De fato, não obstante os recursos financeiros referentes aos depósitos trimestrais e ao parcelamento de débito serem recolhidos ao

mesmo fundo (FNDCT), tratam-se de processos de trabalho distintos e independentes, não havendo razão para se atribuir qualquer alegada melhora na operacionalização de um em decorrência da otimização dos controles do outro. Além disso, o responsável sequer logrou evidenciar algum aperfeiçoamento nos mecanismos de controle dos depósitos trimestrais no FNDCT a justificar eventual impacto na gestão dos parcelamentos dos débitos previstos na Lei 11.077/2004, consoante análise empreendida no subitem 14.2 desta instrução. Assim, ainda que tais processos fossem relacionados, não haveria como se inferir qualquer avanço na correção de deficiências identificadas no acompanhamento dos parcelamentos de débitos.

15.2.5. Por fim, no que concerne ao argumento de equívoco na constatação da inadimplência de uma das parcelas pela empresa Nilko Metalurgia Ltda, a mudança de razão social da beneficiária para Nilko Tecnologia Ltda foi considerada nestes de auditoria realizados, conforme se depreende dos resultados dos exames detalhados na planilha à peça 41. Além disso, a própria Sepin/MCTI reconheceu, por meio de correspondência eletrônica datada de 8/1/2016 (peça 43, p.1), a interrupção dos pagamentos da beneficiária após 42 pagamentos consecutivos, consoante excerto a seguir transcrito: Nilko Tecnologia (anteriormente Nilko Metalurgia) - pela listagem questionada não houve pagamento realizado após junho de 2015. A empresa ainda se encontra no final do período de pagamento das 48 parcelas. Sendo assim, o procedimento adotado por esta Secretaria prevê o cálculo do valor residual devido e a notificação à empresa tão logo seja decodificado o arquivo encaminhado pela Finep relativo ao final do ano de 2015.

15.2.6. Assim, considerando que o defendente não juntou qualquer documento comprobatório de suas alegações, bem como a própria UJ ratificou as falhas então verificadas no mecanismo de controle dos parcelamentos de débitos previsto no art. 4º da Lei 11.077/2004, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e considerar descumprida a determinação.

15.2.7. Entretanto, em que pese a reiteração do inadimplemento da prescrição, não se faz necessário renová-la. De fato, os parcelamentos de débito em questão estavam limitados às aplicações insuficientes em P&D encerradas até 31/12/2003 (art. 4º, caput, da Lei 11.077/2004 e art. 37, caput do Decreto 5.906/2006 c/c art. 1º da Portaria MCT 97/2007). Tendo em vista que a partir do exercício de 2013, o estoque de RDs pendentes de apreciação da UJ remontava ao exercício de 2006, conforme informado no Relatório de Auditoria Anual de Contas 201700824– Exercício de 2016 da Secretaria Executiva do MCTIC (peça 89, p.34), a previsão legal se exauriu, não existindo mais potenciais beneficiárias do parcelamento franqueado.

16. Determinação do subitem 9.2.3.2

9.2.3. elabore plano de providências, com cronograma de implementação de curto/médio prazo e foco no aprimoramento de controles internos que:

(...)

9.2.3.2. contemple a adoção de prazos e medidas concretas com vistas a analisar conclusivamente os RDs referentes a exercícios anteriores a 2008 e assegurar análise completa dos relatórios anualmente apresentados em prazo compatível com a materialidade e o risco de decadência tributária envolvidos;

16.1. Razões de Justificativas

16.1.1. Com intuito de cumprir a deliberação, o responsável afirma que o MCTIC contratou o Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (CTI-RA) para analisar o passivo de RDs relativo ao período de 2004 a 2014, bem como elaborar ferramenta computacional e metodologia de suporte à análise dos RDs apresentados anualmente pelas beneficiárias da Lei 8.248/1991.

16.1.2. Outrossim, o defendente alude aos normativos editados pelo MCTIC para aprimorar e fortalecer a gestão dessa política pública, a exemplo da Portaria MCTIC 863/2014, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados na análise dos RDs; Portaria MCTIC 1.324/2014, que estabelece procedimentos operacionais complementares ao disposto na Portaria MCTIC 863/2014; Portaria MCTIC 1.325/2014, que estabeleceu o Grupo de Gestão da Sempe/MCTIC; e Portaria



390/2016, que estabeleceu os critérios de priorização a serem seguidos pela Sempe/MCTIC na análise dos RDs.

16.1.3. Por fim, o gestor esclarece que, em razão de entendimento exarado pela RFB e conforme análise consignada nos itens 15.2.7-15.2.11 da instrução emanada por essa UT acostada à peça 56, o risco de decadência tributária decorrente de eventual atraso na avaliação de RDs é insubsistente.

16.2. Análise das Razões de Justificativa

16.2.1. Conforme já elucidado no item 12.2.1 desta instrução, o RD, previsto no art.11, § 9º da Lei 8.248/1991 e regulamentado no art. 33 do Decreto 5.906/2006, consiste na prestação de contas anual dos investimentos em P&D realizados a título de contrapartida para usufruto do incentivo fiscal a ser apresentado pelas beneficiárias da Lei de Informática. Assim, nos termos do decreto regulamentar, as empresas beneficiadas pela renúncia fiscal devem encaminhar ao MCTIC, até 31 de julho, o RD do cumprimento de suas obrigações relativo ao ano anterior. Por sua vez, esses RDs serão apreciados pelo Ministério, que comunicará os resultados dessa análise técnica às respectivas empresas e à RFB (art. 33, § 6º do Decreto 5.906/2006).

16.2.2. Ao avaliar, no exercício de 2010, a regularidade da gestão do incentivo fiscal, a equipe de auditoria desta Corte constatou que a análise dos RDs representava um ponto crítico da política de renúncia de receitas da Lei de Informática (Achado 2.7 do Relatório de Auditoria 334/2010 à peça 2, p. 19-25, TC 007.006/2010-1). Essa criticidade decorria da incapacidade do MCTIC em realizar a análise técnica de todos os RDs entregues pelas empresas beneficiadas, o que resultou na formação de um passivo potencialmente danoso à atuação tempestiva da RFB na suspensão ou cancelamento da isenção/redução do IPI, no caso de eventual descumprimento das obrigações decorrentes da Lei de Informática. Ademais, a ausência de avaliação dessas prestações de contas também prejudica a verificação dos resultados almejados pela política pública, em razão da inexistência de dados definitivos sobre os investimentos em P&D realizados pelas empresas beneficiadas. A tabela seguinte evidencia a situação de análise de RDs pelo MCTIC no período de realização dos exames de auditoria (12/4/2010 a 5/5/2010) (...)

16.2.3. À vista do aludido achado, o plenário desta Corte expediu a determinação em análise (Subitem 9.2.3.2 do Acórdão 2.343/2012 – TCU – Plenário) com o propósito de promover o equacionamento, em prazo razoável, do estoque de RDs pendentes de análise pelo Ministério.

16.2.4. Por sua vez, o MCTIC, a fim de dar cumprimento à deliberação, firmou, em 14/3/2014, o termo de execução descentralizada (TED) 01/2014 com o Centro de Tecnologia de Informação Renato Archer (CTI-RA), unidade de pesquisa integrante da estrutura do próprio Ministério, com vigência até 31/5/2016, para avaliação de 1.900 RDs da Lei de Informática (peça 45).

16.2.5. Em complemento a contratação do CTI-RA, a UJ também editou diversos normativos, citados pelo defendente e examinados nos itens 12.2.11-12.2.18 desta instrução, com o fito de dar validade e aplicabilidade ao modelo de avaliação a ser desenvolvido. Nesse sentido, Ofício/GAB/Sepin 440/2015, de 8/9/2015, esclarece que a metodologia de análise do passivo de RDs elaborada pelo CTIRA (peça 13, p. 3-16) foi aprovada pelo Grupo de Gestão da Sepin em 2/9/2015(peça 13, p. 1-2).

16.2.6. Tendo em vista a materialidade envolvida e a relevância da matéria, o controle do passivo de RDs pendentes de análise tem sido objeto de acompanhamento da Controladoria Geral da União (CGU) desde o exercício de 2010 (peça 90, p. 19). Conforme informação extraída do Relatório de Avaliação da Secretaria Executiva do MCTIC – exercício 2017, a configuração da avaliação dos RDs atualizada até 4/7/2018 está evidenciada na tabela seguinte (...)

16.2.7. Do exame dos referidos dados, verifica-se que, conquanto os relatórios com análise preliminar representem 99,6% das prestações de contas recebidas entre 2006 e 2016, 3.252 desses relatórios (cerca de 66% dos RDs) apresentavam débito de investimentos em P&D, classificados na situação P&D realizado parcialmente ou P&D não realizado. Entretanto, esses RDs considerados inadimplentes ainda podem ser objeto de contestação. Consoante informação do Relatório de Avaliação da Secretaria Executiva do MCTIC – exercício 2017, até 15/6/2018, foram apresentadas



1.974 contestações referentes aos investimentos em P&D, contudo, o prazo para recurso ainda estava vigente (peça 90, p. 21).

16.2.8. É mister ainda ressaltar que esta Corte também realiza fiscalizações periódicas na política fiscal da Lei de Informática. Em apreciação à auditoria operacional, empreendida no exercício de 2013, com o objetivo de avaliar os resultados dessa renúncia de receitas (TC 013.747/2013-4), foi prolatado o Acórdão 458/2014 – TCU – Plenário, cujo subitem 9.2.2 tratou do passivo de análise de RDs, nos seguintes termos:

‘9.2. recomendar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação que:

(...)

9.2.2. aperfeiçoe o processo de análise dos RDA, de forma que a atuação da Sepin seja racionalizada e se torne mais tempestiva e eficaz, considerando, para isso, além da utilização de relatório simplificado, outras ações, como, por exemplo, a análise dos relatórios por amostragem, calcada na utilização de critérios formais, a automatização das etapas dos processos e a avaliação qualitativa das atividades de P&D’;

16.2.9. O monitoramento do Acórdão 458/2014-TCU- Plenário foi realizado no TC 001.278/2017- 7. Assim, conforme análise do subitem 9.2.2 empreendida naqueles autos, constatou-se que o processo de análise dos RDs foi aperfeiçoado, resultando em um aumento significativo na quantidade de prestações de contas analisadas por ano (Acórdão 729/2018 – TCU- Plenário, peça 91, p. 16-19). Convém colacionar excerto do relatório desse decisum, considerado sua importância para presente análise:

‘A tabela contendo as informações de estoque anual de RDAs pendentes de análise (peça 35, p. 3) mostra que a quantidade de relatórios novos a analisar que chegam por ano se manteve estável ao longo desses 4 anos, permanecendo entre 502 e 538 relatórios por ano.

No início de 2013 o estoque era de 1500 RDAs pendentes de análise. Entre 2013 e 2015 a quantidade analisada por ano cresceu pouco, passando de 105 em 2013, para 251 em 2014 e finalmente 259 em 2015. Embora a quantidade analisada em 2015 seja mais do que o dobro da quantidade analisada em 2013, essa ainda se mostra insuficiente, frente aos mais de 500 relatórios novos que chegam para análise anualmente, fazendo com que o estoque de relatórios pendentes de análise só aumentasse a cada ano, passando para 1.897 em 2014, 2.153 em 2015 e 2.432 em 2016.

Com a adoção da nova metodologia de análise dos RDAs, a quantidade de relatórios analisada em 2016 passou para 1.111, um aumento de 328% em relação aos 259 analisados em 2015.

Assim, embora o estoque no início de 2017 ainda fosse alto, de 1.857 relatórios, pela primeira vez desde 2013 houve uma redução do estoque de relatórios a analisar no início do ano, em relação ao estoque do ano anterior, pois o MCTIC apresentou capacidade de analisar mais do que o dobro da quantidade de relatórios novos que chegam anualmente.

O MCTIC encaminhou também informações referentes à evolução do estoque de RDAs no ano de 2017, até 1/6/2017 (peça 35, p. 5). De acordo com essas informações, até junho foram avaliados 1.147 RDAs, e espera-se avaliar mais 550 até o final do ano e receber 538 novos durante esse ano. Se esses números se confirmarem, ao final de 2017 o estoque de RDAs a avaliar será de 698, uma redução significativa em relação ao estoque no início do ano. Considerando que esse ganho de produtividade se mantenha, até o final de 2018 o estoque de RDAs pendentes de análise será zerado, ficando o MCTIC responsável por avaliar a cada ano apenas os relatórios novos encaminhados durante o mesmo ano.

Conclui-se, portanto, que o MCTIC adotou providências efetivas para dar atendimento à recomendação 9.2.2, como a adoção de relatório simplificado para a elaboração dos RDAs, e houve ganhos em termos da diminuição do estoque de RDAs, a partir de 2016, ressaltando-se, contudo, que a iniciativa foi tardia, já que foi deflagrada somente dois anos após a recomendação do TCU, quando o estoque de processos pendentes de análise já era elevado, com cerca de 2.400 processos”.



16.2.10. Em que pese o MCTIC ter dado cumprimento à recomendação do subitem 9.2.2 do Acórdão 458/2014 – TCU – Plenário, verificado no aperfeiçoamento do processo de análise de RDs, foi prolatada determinação adicional, por meio do subitem 9.7.1 do Acórdão 729/2018 – TCU-Plenário para que o UJ elaborasse estratégia para analisar os RDs pendentes, nos seguintes termos:

‘(...) 9.7. determinar, nos termos do art. 1º, II, e art. 43, I, da Lei 8.443, de 1992, e do art. 250, II, do RITCU, que, em sintonia com o Acórdão 3.467/2014-TCU-Plenário e o Acórdão 906/2015-TCU-Plenário e em atendimento aos princípios constitucionais da eficiência e da legalidade e ao princípio fundamental do planejamento (art. 6º, I, do Decreto-Lei 200, de 1967), a Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações apresente ao TCU, no prazo de até 180 dias contados da ciência deste Acórdão, o devido plano de ação para o efetivo cumprimento das seguintes medidas:

9.7.1. elabore, nos termos dos arts. 9 e 11 da Lei 8.248, de 1991, a necessária estratégia para analisar os RDA pendentes, segundo os critérios de materialidade e relevância, para tratar a cobrança administrativa dos eventuais débitos decorrentes do atraso na análise da prestação de contas de investimentos em P&D;

(...) 9.12. determinar que a Sefti prossiga com o monitoramento do Acórdão 458/2014-TCU-Plenário a partir das alterações ora proferidas no presente Acórdão’.

16.2.11. Ademais, alterações relevantes no arcabouço jurídico da política fiscal foram introduzidas hodiernamente pela Medida Provisória 810/2017 (peça 83), posteriormente convertida na Lei 13.674/2018 (peça 84), com o objetivo, sobretudo, de reduzir a burocracia e aumentar a eficiência dos procedimentos de avaliação dos RDs, conforme exposição de motivos da proposta de MP (peça 83, p. 1-5). Nesse sentido, uma das principais modificações promovidas na legislação refere-se à obrigação de as beneficiárias do incentivo encaminharem, juntamente com o respectivo RD, um parecer elaborado por auditoria independente com manifestação conclusiva acerca do cumprimento da contrapartida da renúncia fiscal (investimento em P&D). Esses pareceres conclusivos, elaborados pelas auditorias independentes, que passam a ser obrigatórios a partir do ano-calendário de 2017 (art. 11. §.9º, inciso II, alínea “d” da Lei 8.248/1991), atestarão a veracidade das informações prestadas pelas empresas beneficiárias a respeito dos investimentos em P&D realizados, constituindo sua análise. Impende destacar que a atuação dessas auditorias independentes no âmbito da Lei de Informática fica condicionada ao credenciamento na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como à habilitação junto ao MCTIC. Desse modo, a parametrização da atuação das auditorias independentes habilitadas constitui etapa fundamental à eficácia do modelo proposto por meio da Lei 13.674/2018, razão pela qual o ministério editou a Portaria MCTIC 3.118/2018 prevendo, como requisito ao cadastramento, que as auditorias independentes disponham de profissional com capacidade técnica e experiência em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) na área de tecnologia, informação e comunicações (TIC) e a Portaria MCTIC 5.150/2018, dispondo sobre as instruções para elaboração do relatório conclusivo pelas auditorias independentes, incluindo a metodologia a ser usada na avaliação dos RDs consubstanciada no Manual de Análise do Relatório Demonstrativo Anual (peça 87).

16.2.12. Assim, tendo em vista os avanços identificados na apreciação dos RDs em acompanhamento realizado pelo órgão de controle interno (subitens 16.2.6-16.2.7); o atendimento à recomendação do subitem 9.2.2 do Acórdão 458/2014-TCU- Plenário relativo ao aperfeiçoamento do processo de análise dos RDs de modo a torná-lo mais racional, tempestivo e eficaz (TC 001.278/2017-7. Acórdão 729/2018 – TCU- Plenário); a expedição de determinações à UJ, fixando prazo para elaboração de estratégia para análise dos RDs pendentes, segundo os critérios de materialidade e relevância (subitem 9.7.1 do Acórdão 729/2018-TCU- Plenário) e à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) para que prossiga o monitoramento das determinações do Acórdão 458/2014-TCU- Plenário (subitem 9.7.1 do Acórdão 729/2018-TCU- Plenário); e as alterações legislativas introduzidas no arcabouço legal da política fiscal no intuito de reduzir a burocracia e

aumentar a eficiência dos procedimentos de avaliação dos RDs, reputa-se cumprida a deliberação em análise.

16.2.13. Por fim, assiste razão ao defendente arguir a inexistência de risco de decadência tributária em virtude da delonga na análise dos RDs. De fato, conforme entendimento esposado pela RFB na Nota RFB/Audit/Diaex 6, de 3/4/2013 (peça 4, p. 3-20), a incidência de prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário oriundo de recolhimento a menor de IPI inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que ocorreu o cancelamento da portaria interministerial. Dessa forma, na hipótese de existência de eventuais débitos de P&D não quitados, ou o não atendimento às outras exigências estabelecidas na lei, compete tão somente à Sepin/MCTI suspender, por até 180 dias, a portaria que concedeu o benefício e dar ciência à RFB do fato, consoante estabelecido no art. 36, §§ 2º e 3º, do Decreto 5.906/2006, e, não havendo a regularização das pendências no prazo estabelecido, cancelar a portaria que concedeu o benefício fiscal (art. 36, § 4º). Somente após o cancelamento da portaria é que a RFB irá atuar, e nesse caso, o caput do art. 36 do Decreto 5.906/2006 determina o ressarcimento do imposto dispensado, atualizado e acrescido de multas pecuniárias aplicáveis aos débitos fiscais relativos aos tributos da mesma natureza. Em suma, a morosidade da ação administrativa a cargo do MCTI na apreciação dos RDs não implica na decadência tributária ou na impossibilidade de ressarcimento dos impostos devidos. Ante o exposto, foi proposto, no subitem 16.2.5 de instrução preliminar desses autos, dar ciência à Sepin/MCTI da interpretação exarada pela RFB acerca da incidência de prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário oriundo de recolhimento a menor de IPI, o qual inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que ocorreu o cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal (peça 56, p. 17).

16.2.14. Ante o exposto, constata-se que as justificativas do responsável corroboraram o cumprimento da deliberação monitorada, razão pela qual se propõe acolhê-las.

IV. Informações Adicionais

17. Em razão das alterações promovidas na estrutura regimental do MCTIC pelo Decreto 9.677/2019, a Secretaria de Empreendedorismo e Inovação (Sempe/MCTIC) sucedeu a Secretaria de Política em Informática (Sepin/MCTI) na execução das medidas necessárias à execução da política e dos planos nacional de informática e automação e na análise das propostas de concessão de incentivos fiscais a projetos do setor (art. 22, inciso IX, do Anexo I do Decreto 9.677/2019). Assim, a partir do presente exercício, as determinações e ciências atinentes à Lei de Informática deverão ser dirigidas à Sempe/MCTIC.

18. Outrossim, em consulta ao portal da transparência (peça 92), sítio eletrônico governamental gerido pela CGU, verificou-se que o responsável arrolado nos presentes autos não possui vínculo atual com a Administração Pública Federal, o que inviabiliza o recolhimento da sanção pecuniária por meio de desconto direto na remuneração do ex-gestor, em favor dos cofres do Tesouro Nacional, conforme estabelecido no art. 28, inciso I, da Lei 8.443/1992.

19. Por fim, em que pese não terem sido analisadas as informações prestadas no Ofício 358/2014 – Gab/Sepin, acerca do adimplemento do subitem 9.2.3.1.5 do Acórdão 2.343/2012 – Plenário (peça 3, p. 7), a manutenção da regularidade fiscal e previdenciária das empresas beneficiárias do incentivo fiscal prevista na Lei 8.248/1991 (Lei de Informática) foi tratada dentro da questão 2 de auditoria de conformidade realizada na Sepin/MCTIC (TC 025.094/2017-3). Nos testes de aderência e substantivos empreendidos para responder a referida questão, constatou-se que, no interstício de 2014 a 2016, não houve a manutenção do benefício fiscal a empresas insolventes em relação às obrigações fiscais e previdenciárias, razão pela qual se considera cumprida a aludida determinação.

V. Conclusão

20. Em face da análise promovida na presente instrução e no exame preliminar à peça 56, propõe-se a adoção dos seguintes encaminhamentos:



20.1. considerar cumpridas as determinações dos subitens 9.2.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.1.5, 9.2.3.2, 9.2.3.3, todos do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, dirigidas à Sepin/MCTI, em razão dos argumentos esposados nos subitens 12.2.11-12.2.19; 11.2.6-11.2.11 (peça 56, p 8-9); 11.2.33-11.2.37 (peça 56, p 12-13); 16.2.1- 16.2.14; 13.2.1-13.2.7 (peça 56, p 14-15); 19, e do subitem 9.5.1 dirigida à RFB, em virtude do exame à peça 56, p. 21, subitens 19.2.1-19.2.5;

20.2. considerar encerrado o monitoramento dos subitens 9.2.3.1.2, 9.2.3.4 e 9.3, uma vez que os assuntos tratados nessas deliberações estão sendo acompanhados com maior profundidade no monitoramento do subitem 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018 – 2ª Câmara e no TC 015.436/2013-6 (subitem 14.2.13 desta instrução e subitens 14.2.1-14.2.6 e p.18-19, subitens 14.2.1-14.2.6 de instrução preliminar acostada à peça 56, p. 15);

20.3. considerar não mais aplicáveis as determinações dos subitens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1, tornando-as insubsistentes, sem reformulação das propostas originais, nos termos do subitem 63.3 da Portaria-Segecex 27/2009 (peça 56, p. 15, subitens 14.2.1-14.2.6 e p.18-19, subitens 14.2.1-14.2.6);

20.4. considerar descumpridas as prescrições dos subitens 9.2.2 e 9.2.3.1.3, todos do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, dirigidas à Sepin/MCTI, em decorrência dos fundamentos expostos nos subitens 13.2.1-13.2.12, 14.2.12-14.2.13 e 15.2.1-15.2.7 desta instrução;

20.5. determinar à Sempe/MCTIC que comprove a este Tribunal, no prazo de noventa dias, o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Instituto Uniemp (item 13.2.12); e

20.6. cientificar à Sempe/MCTIC da interpretação exarada pela RFB acerca da incidência de prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário oriundo de recolhimento a menor de IPI, o qual inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que ocorreu o cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal (peça 56, p. 17, itens 16.2.1-16.2.5).

21. No tocante às razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Virgílio Augusto Fernandes Almeida, Secretário de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, no período de 2/2/2011 a 15/11/2015, com espeque no exame promovido nos subitens 12.2.1-12.2.10; 13.2.1-13.2.12; 14.2.1-14.2.11 e 15.2.1-15.2.7, propõe-se rejeitá-las, uma vez que não foram suficientes para isentá-lo do inadimplemento das determinações prolatadas por esse Tribunal. Alvitrase, ainda, em razão do descumprimento de decisão dessa Corte, a aplicação ao responsável da multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso VII, do Regimento Interno do TCU.

22. Por fim, em atendimento as prescrições do Anexo VII da Portaria Segecex 27/2009 (Padrões de Monitoramento), o grau e o respectivo percentual de atendimento das deliberações do Acórdão 2.343/2012 está especificado no quadro abaixo (...)

Proposta de Encaminhamento

23. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

23.1. considerar cumpridas as determinações dos subitens 9.2.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.1.5, 9.2.3.2, 9.2.3.3 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, dirigidas à Sepin/MCTI (subitem 20.1);

23.2. considerar encerrado o monitoramento dos subitens 9.2.3.1.2, 9.2.3.4 e 9.3 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, uma vez que a matéria será acompanhada com maior profundidade no monitoramento do subitem 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018-TCU-2ª Câmara e no TC 015.436/2013-6 (subitem 20.2);

23.3. considerar não mais aplicáveis as determinações dos subitens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, tornando-as insubsistentes, sem reformulação das propostas originais, nos termos do subitem 63.3 da Portaria-Segecex 27/2009 (subitem 20.3);

23.4. considerar cumprida a determinação do subitem 9.5.1 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, dirigida à Receita Federal do Brasil (subitem 20.1);

23.5. considerar descumpridas as determinações dos subitens 9.2.2 e 9.2.3.1.3 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, dirigidas à Sepin/MCTI (subitem 20.4);



23.6. *rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Virgílio Augusto Fernandes Almeida (CPF:130.465.196-72), Secretário de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação no período de 2/2/2011 até 15/11/2015 (subitem 21);*

23.7. *aplicar ao responsável relacionado no subitem anterior a multa prevista no art. 58, §1º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso VII, do Regimento Interno, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor (subitem 21);*

23.8. *autorizar, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992;*

23.9. *determinar à Sempe/MCTIC, com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, II, do Regimento Interno do TCU, que comprove a este Tribunal, no prazo de noventa dias, o cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Instituto Uniemp (item 13.2.12);*

23.10. *cientificar a Sempe/MCTIC da interpretação exarada pela RFB acerca da incidência de prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário oriundo de recolhimento a menor de IPI, o qual inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que ocorreu o cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal (subitem 20.6);*

23.11. *juntar cópia da decisão que vier a ser proferida nestes autos ao processo de contas anuais da Sepin/MCTIC referente ao exercício de 2015 (TC 001.157/2017-5), para fins de análise do descumprimento das deliberações deste Tribunal pelo titular da unidade jurisdicionada frente ao conjunto de sua gestão;*

23.12. *encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido à Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações (Sempe/MCTIC) e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme dispositivo contido no art. 169, §1º, do Regimento Interno-TCU, informando-os que seu conteúdo pode ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos e que o inteiro teor dos acórdãos, incluindo os relatórios e os votos, pode ser obtido no dia seguinte ao de sua oficialização;*

23.13. *apensar definitivamente este monitoramento ao processo originário, TC 007.006/2010-1, nos termos do art. 5º, inciso II, da Portaria-Segecex 27/2009”.*

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de monitoramento das determinações prolatadas pelo Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no bojo do TC 007.006/2010-1, ao apreciar a auditoria de conformidade realizada sobre a então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Sepin-MCTIC: atual Secretaria do Empreendedorismo e Inovação do MCTIC – Sempe-MCTIC) com o objetivo de verificar a regularidade da gestão na concessão, fiscalização e utilização dos recursos federais provenientes da Lei nº 8.248 (Lei de Informática), de 1991, em prol dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

2. Como visto, sob a minha relatoria, o Plenário do TCU proferiu o referido Acórdão 2.343/2012 nos seguintes termos:

“(…) 9.1. *acolher parcialmente as razões de justificativa do Sr. Augusto Cesar Gadelha Vieira – Secretário de Política de Informática, da Sra. Marylin Peixoto da Silva Nogueira – Diretora do Departamento de Política e Programas Setoriais em Tecnologia da Informática e Comunicação, do*



Sr. Adalberto Afonso Barbosa – Coordenador-Geral de Tecnologia da Informação, do Sr. Francisco Silveira dos Santos – Chefe da Divisão de Pesquisa e Desenvolvimento e do Sr. Hamilton Jose Mendes da Silva – Chefe da Divisão de Acompanhamento e Avaliação;

9.2. determinar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI) que informe ao TCU, no prazo de 90 (noventa) dias, o resultado dos procedimentos adotados com vistas à efetiva implementação das seguintes medidas:

9.2.1. comprove o cumprimento do subitem 9.2.2.2 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca ao estabelecimento de procedimentos para análise dos relatórios demonstrativos das aplicações das contrapartidas em pesquisa e desenvolvimento, prevendo prazos de análise, prazos para que as empresas apresentem contestações, a autoridade responsável pela análise dessas e ainda a quantidade máxima de contestações;

9.2.2. comprove o cumprimento do subitem 9.2.3 do Acórdão 1.549/2007-TCU-Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente na Uniemip (item 19.4.3 da instrução de mérito);

9.2.3. elabore plano de providências, com cronograma de implementação de curto/médio prazo e foco no aprimoramento de controles internos que:

9.2.3.1. seja capaz de controlar a situação das empresas quanto ao adimplemento de todos os requisitos impostos pela legislação às beneficiárias de isenção/redução de imposto, especialmente quanto às obrigações de:

9.2.3.1.1. quitar eventuais saldos devedores de P&D (resíduos de aplicação da contrapartida) apurados pela Sepin no curso da análise dos RDs de anos-base anteriores, segundo a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, art. 9º, parágrafo único, c/c o Decreto nº 5.906, de 26 de setembro de 2006, arts. 35, inciso II, e 10;

9.2.3.1.2. efetuar depósitos trimestrais no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, nos termos da Lei nº 8.248, de 1991, art. 11, § 1º, inciso III, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 8º, § 1º, inciso III;

9.2.3.1.3. realizar o pagamento mensal do parcelamento dos débitos de aplicação insuficiente em P&D a que se refere a Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, que facultou à empresa beneficiária parcelar em até 48 meses os débitos decorrentes da não realização, total ou parcial, a qualquer título, até o período encerrado em 31 de dezembro de 2003 (débitos de aplicação insuficiente em P&D), segundo a Lei nº 11.077, de 2004, art. 4º, § 2º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 42;

9.2.3.1.4. apresentar Relatório Demonstrativo anual das aplicações em P&D (aplicação da contrapartida), segundo a Lei nº 8.248, de 1991, art. 11, § 9º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 33;

9.2.3.1.5. assegurar a manutenção da regularidade fiscal e previdenciária, nos termos da Constituição de 1988, art. 195, § 3º, c/c o Decreto nº 5.906, de 2006, art. 22, inciso IV;

9.2.3.2. contemple a adoção de prazos e medidas concretas com vistas a analisar conclusivamente os RDs referentes a exercícios anteriores a 2008 e assegurar análise completa dos relatórios anualmente apresentados em prazo compatível com a materialidade e o risco de decadência tributária envolvidos;

9.2.3.3. preveja fiscalização in loco sobre a regularidade da aplicação dos recursos em projetos de investimento em P&D pelas empresas, mediante visitas aos locais de execução desses, de forma a dar cumprimento ao art. 35-A do Decreto nº 5.906, de 2006;

9.2.3.4. contemple providências com vistas ao correto armazenamento e segurança das informações protegidas por sigilos fiscal e industrial, em atenção ao art. 325 do Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 1940;

9.2.4. adote as providências administrativas cabíveis com vistas à restituição, a ser efetuada pelas as empresas beneficiárias da Lei de Informática (ou respectivas sucessoras), das importâncias das dívidas constituídas contra si em decorrência da aplicação insuficiente de contrapartida em P&D de exercícios pretéritos, a teor do que estabelece o art. 8º da Lei nº 8.443, de 1992, a menos que as beneficiárias quitem seus débitos espontaneamente;



9.2.5. encaminhe ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 90 (noventa) dias, informações atualizadas acerca das providências adotadas em relação às empresas devedoras identificadas nesta fiscalização;

9.3. determinar à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) que adote providências com vistas a promover o intercâmbio de informações com a Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (Sepin/MCTI), de modo a receber e fornecer dados tempestivos, atualizados e confiáveis sobre a situação das pessoas jurídicas beneficiárias da Lei de Informática, permitindo que o MCTI realize a verificação do faturamento de cada empresa beneficiária com produtos incentivados na forma da Lei de Informática, para fins de conferência e cálculo da contrapartida da renúncia fiscal;

9.4. juntar cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e Proposta de Deliberação que o fundamenta, aos processos de contas anuais da Sepin/MCTI referentes aos exercícios de 2007 (TC 014.969/2008-0), 2008 (TC 015.344/2009-1), 2009 (TC 020.762/2010-0) e 2010 (TC 027.728/2011-0), para fins de análise das faltas administrativas frente ao conjunto de cada exercício de gestão; e

9.5. encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do Relatório e da Proposta de Deliberação que a fundamenta, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, determinando que sejam adotadas as seguintes medidas:

9.5.1. examine a questão da incidência, ou não, da suposta decadência tributária concernente às importâncias correspondentes à aplicação a menor em Pesquisa e Desenvolvimento, conforme as apurações preliminarmente empreendidas pela 6ª Secex nos presentes autos, encaminhando, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, manifestação conclusiva acerca desse exame ao Tribunal de Contas da União, com vistas a que esta Corte de Contas tenha condições de, se for o caso, promover a devida responsabilização dos agentes públicos que porventura tenham indevidamente dado causa à falta ora suscitada, sem prejuízo das medidas competentes para preservação dos interesses da administração tributária, a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

9.5.2. encaminhe ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, pronunciamento conclusivo acerca da situação tributária das empresas Alígera Equipamentos Digitais Ltda. e Datasul Computadores Ltda., manifestando-se especialmente quanto à fruição, ou não, de benefícios fiscais no exercício de 2008, por parte da primeira empresa, e nos exercícios de 2003 a 2008, por parte da segunda empresa, de forma a permitir que, se for o caso, este Tribunal promova a devida responsabilização dos agentes públicos que porventura tenham indevidamente dado causa à possível falta administrativa, sem prejuízo das medidas competentes para preservação dos interesses da administração tributária, a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

9.6. determinar à Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação que:

9.6.1. acompanhe os exames empreendidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, segundo os itens 9.5.1 e 9.5.2 deste Acórdão, informando ao TCU no prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias a adoção, ou não, de medidas administrativas tendentes a promover eventual ressarcimento ao erário; sem prejuízo de instaurar, se for o caso, com base no art. 8º da Lei 8.443/1992, tomadas de contas especiais contra as empresas beneficiárias da Lei de Informática (ou as respectivas sucessoras) que possuam constituídos contra si dívidas resultantes de aplicação insuficiente de contrapartida em P&D, em exercícios pretéritos, cujo direito de lançamento do tributo pelo Fisco já tenha decaído, caso essas beneficiárias não quitem espontaneamente as pendências porventura apuradas, apresentando a devida comprovação para as providências em relação às empresas evidenciadas pelos achados de auditoria constantes destes autos, relacionadas no Anexo da instrução de mérito – de fls. 178/179 (subitem 15.2.9)”.

3. Em sua manifestação, por meio do Ofício nº 358/2014 – Gab/Sepin, de 12/8/2014 (Peça 19), a então Sepin-MCTIC informou o TCU sobre as medidas adotadas com vistas ao cumprimento das

aludidas determinações, tendo, por meio do Ofício nº 270/2013-RFB/Gabin, de 9/4/2013 (Peça 20), a Receita Federal do Brasil (RFB) apresentado as suas manifestações.

4. Por conseguinte, após a análise inicial do feito em face do eventual descumprimento dos itens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.3.1.2, 9.2.3.1.3 e 9.2.3.2 do Acórdão 2.343/2012 (Peça 56), a unidade técnica promoveu a audiência de Virgílio Augusto Fernandes Almeida, como então secretário de Política de Informática do MCTIC (Peça 59) durante o período de 2/2/2011 a 15/11/2015, tendo ele apresentado as suas razões de justificativa à Peça 69.

5. Todavia, após a análise final do feito (Peça 93: itens 12.2.1 a 12.1.10, 13.2.1 a 13.2.12, 14.2.1 a 14.2.11 e 15.2.1 a 15.2.7), a unidade técnica propôs a rejeição dessas razões de justificativa, por não vislumbrar o afastamento do inadimplemento de algumas determinações prolatadas pelo TCU, e, assim, sugeriu a subsequente aplicação da multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 268, VII, do RITCU.

6. A unidade técnica propôs, ainda, a adoção das seguintes providências:

(i) considerar cumpridas as determinações dirigidas à Sepin-MCTI pelos itens 9.2.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.1.5, 9.2.3.2 e 9.2.3.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, em face dos argumentos esposados nos itens 11.2.6 a 11.2.11 (Peça 56, fls. 8/9), nos itens 11.2.33 a 11.2.37 (Peça 56, fls. 12/13) e nos itens 13.2.1 a 13.2.7 (Peça 56, fls. 14/15), a partir dos seguintes elementos de convicção:

(a) a então Sepin-MCTIC teria informado que, ante a análise conclusiva pela existência de débitos em P&D diante da não quitação das dívidas, os processos das empresas teriam resultado na suspensão da portaria de concessão do benefício fiscal e, se a inadimplência ultrapassou o período de 180 dias, teria sido promovido o cancelamento da referida portaria, nos termos do art. 36, §§ 2º e 4º, do Decreto nº 5.906, de 2006, com a devida publicação, no DOU, das referidas portarias de suspensão e de cancelamento dos benefícios fiscais;

(b) as empresas beneficiárias dos incentivos fiscais pela Lei de Informática teriam até o dia 31 de julho de cada ano para encaminhar os relatórios demonstrativos (RD) do cumprimento das obrigações inerentes ao ano-calendário imediatamente anterior, nos termos do art. 11, § 9º, da Lei nº 8.248, de 1991, e do art. 33 do Decreto nº 5.906, de 2006, e, em sintonia com o item 11.2.37 (Peça 56), os resultados dos testes, por amostragem (Peça 44), teriam indicado que, no período analisado, os controles sobre o cumprimento da referida legislação estaria em funcionamento; e

(c) a unidade técnica teria examinado, também, os relatórios das fiscalizações realizadas pela então Sepin-MCTIC, com o intuito de comprovar se os procedimentos requeridos nas determinações efetuadas pelo TCU teriam sido executados, e, por aí, assinalou que, entre os doze relatórios analisados (Peça 51), poderiam ser anotadas as seguintes constatações: existência das atividades de P&D, com a sua adequação na realização dos projetos declarados; e documentos comprobatórios dos dispêndios declarados e, especialmente, dos relacionados com os recursos humanos e com a aquisição de equipamentos; tendo assinalado, então, que as atividades descritas nos relatórios de fiscalização de P&D da então Sepin-MCTIC atenderiam à deliberação do TCU;

(ii) considerar cumprida a determinação dirigida à RFB pelo item 9.5.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, em face dos argumentos expendidos nos itens 19.2.1 a 19.2.5 da Peça 56 (fl. 21), a partir dos seguintes elementos de convicção:

(a) a falha corresponderia à demora na ação administrativa da então Sepin-MCTIC para formar o juízo conclusivo sobre a regularidade dos investimentos em P&D das empresas, impedindo o fisco de avaliar a regularidade da fruição dos benefícios ou, se irregular, de proceder ao subsequente lançamento do tributo indevidamente recolhido a menor; e

(b) a RFB evidenciou o atendimento à determinação do TCU, já que a contagem do prazo decadencial quinquenal tributário, a partir do recolhimento a menor em IPI, iniciaria no primeiro dia do exercício seguinte ao ano do cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal e, desse modo, somente após essa portaria de cancelamento, a RFB poderia cobrar os tributos indevidamente não recolhidos;

(iii) considerar encerrado o monitoramento sobre os itens 9.2.3.1.2, 9.2.3.4 e 9.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, pois os subjacentes aspectos seriam melhor avaliados no bojo do monitoramento conduzido sobre o item 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018-TCU-2ª Câmara e, também, no bojo do TC 015.436/2013-6, em sintonia com o item 14.2.13 do parecer acostado à Peça 93 e com os itens 14.2.1 a 14.2.6 (fls. 18/19) e os itens 14.2.1 a 14.2.6 do parecer acostado à Peça 56 (fl. 15);

(iv) considerar não mais aplicáveis as determinações proferidas pelos itens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, tornando-as insubsistentes, sem a reformulação das propostas originais (Peça 56, fl. 15, itens 14.2.1 a 14.2.6), a partir dos seguintes elementos de convicção:

(a) o referido item 9.2.4 versaria sobre os procedimentos e as atividades já realizados rotineiramente, em observância à Lei nº 8.248, de 1991, ao Decreto nº 8.906, de 2006 e às Portarias MCT nºs 97/2007 e 772/2009, tendo a Secex-Desenvolvimento assinalado, por aí, que: “(...) 15.2.11. A par do exposto, considerando não caber à Sepin/MCTI adotar medidas posteriores à suspensão/cancelamento da portaria de concessão do benefício fiscal para a cobrança de eventuais débitos P&D decorrentes da renúncia de impostos cujo direito à constituição de crédito ainda seja possível, conclui-se que a presente determinação não é mais aplicável”;

(b) o cumprimento do aludido item 9.5.2 competiria à RFB, com a execução das ações para a apuração e o ressarcimento dos eventuais débitos decorrentes dos tributos indevidamente dispensados, e, assim, a correspondente determinação não mais seria aplicável; e

(c) o referido item 9.6.1 teria, por sua vez, contado com o parecer da unidade técnica no seguinte sentido:

“(...) 16.2. Análise

16.2.1. Como comentado, a RFB concluiu pela incidência do prazo decadencial quinquenal para constituição de crédito tributário contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que ocorrer a decisão de mérito pela irregularidade do benefício usufruído pela empresa.

16.2.2. Nesse sentido, relativamente à parte final do comando do Acórdão, não há que se falar em débitos resultantes de aplicação insuficiente de contrapartida em P&D, em exercícios pretéritos, cujo direito de lançamento do tributo pelo fisco já tenha decaído, haja vista que, segundo entendimento firmado, o início da contagem do prazo para fins de decadência do imposto difere daquele esposado pela equipe de auditoria e que resultou no referido comando.

16.2.3. No tocante à primeira parte da determinação (adoção de medidas administrativas), persiste tão somente a obrigação de a Sepin/MCTI analisar os RDs antigos (com mais de cinco anos de autuação) e proceder à suspensão/cancelamento das portarias interministeriais das empresas inadimplentes, comunicando à RFB a situação de inobservância aos ditames da Lei de Informática, com vistas à cobrança do tributo devido.

16.2.4. Em sendo assim, dada a manifestação conclusiva da RFB no que se refere ao início do prazo decadencial, conclui-se que a presente determinação não é mais aplicável, propondo-se torná-la insubsistente, sem reformulação da proposta original, nos termos do subitem 63.3 da Portaria-Segecex 27/2009.

16.2.5. Adicionalmente, quando da instrução de mérito deste processo, propõe-se que seja dada ciência à Sepin/MCTI quanto à manifestação da RFB, de modo que os procedimentos a serem por ela adotados estejam em consonância com a interpretação descrita neste tópico”;

(v) considerar descumpridas as determinações dirigidas à Sepin-MCTI pelos itens 9.2.2 e 9.2.3.1.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, em face dos argumentos expostos nos itens 13.2.1 a 13.2.12, 14.2.12 a 14.2.13 e 15.2.1 a 15.2.7 do parecer acostado à Peça 93, a partir dos seguintes elementos de convicção:

(a) o responsável afirmou que a suposta transferência de recursos teria ocorrido em período anterior à sua gestão, mas subsistiria a sua responsabilidade em comprovar essa mera alegação, pois a aludida determinação teria sido expedida durante o seu período no comando da então Sepin-MCTIC;



(b) o referido item 9.2.2 teria exigido a comprovação da transferência dos recursos depositados indevidamente na Uniemp, não dependendo, aí, da época de realização do referido depósito, até porque, para tanto, bastaria a mera comprovação para o efetivo cumprimento da deliberação do TCU;

(c) os supostos requerimentos da Sepin-MCTIC para realização da aludida transferência não evidenciariam que os valores teriam, de fato, sido depositados no banco em favor das entidades executoras das atividades de P&D, não restando evidenciado, assim, o cumprimento da referida determinação;

(d) a unidade técnica analisou essa situação e registrou as seguintes ocorrências:

“(…) 13.2.11. Conquanto sejam desconsideradas as supracitadas inconsistências, a documentação apresentada pelo ex-gestor não constitui meio idôneo a demonstrar o necessário nexo de causalidade entre os recursos repassados pelo instituto e os pecúlios recebidos pelas entidades executoras dos projetos de P&D previstos na Lei de Informática. De fato, não é possível identificar, nos comprovantes em comento, a origem dos valores creditados, o que inviabiliza o estabelecimento da correlação entre os recursos custodiados pelo Instituto Uniemp e o importe recebido pelas entidades destinatárias das transferências registradas. Ademais, em situações análogas ao presente caso, essa Corte já asseverou que o gestor deve demonstrar, de forma inequívoca, que os valores gastos no objeto de um convênio tenham como origem os recursos do ajuste, e não eventuais outras fontes (Acórdão 976/2008 – TCU – 2ª Câmara. Ministro Relator: Raimundo Carreiro; 2.847/2007 – TCU – 2ª Câmara. Ministro Relator: Raimundo Carreiro; 1.888/2007 – 1ª Câmara. Ministro Relator: Marcos Bemquerer).

13.2.12. Por todo o exposto, verifica-se que os elementos trazidos aos autos pelo responsável não o eximiram do descumprimento da deliberação monitorada, razão pela qual se propõe rejeitar as razões de justificativas apresentadas, sem prejuízo de se determinar à Sempe/MCTIC que apresente, em novo prazo de noventa dias, comprovação do cumprimento do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU Plenário, no que toca à transferência da totalidade dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Instituto Uniemp”;

(e) o referido item 9.2.3.1.3 também não teria sido atendido, pois a possibilidade de parcelamento mensal dos débitos pela insuficiente aplicação em P&D teria sido autorizada pelo art. 4º da Lei nº 11.077, de 2004, com a regulamentação dada pelos arts. 37 a 44 do Decreto nº 5.906, de 2006, e pelas Portarias MCT nº 97, de 2007, e nº 493, de 2007, mas, a partir dos testes de observância realizados na inspeção efetuada sobre a então Sepin-MCTIC, no período de 23/11 a 25/11/2015 (Peças 23 e 56, fls. 11/12), teria restado evidenciado que o referido órgão não adotou o controle para detecção, deixando, assim, de identificar as situações de inconformidade no acompanhamento do parcelamento dos débitos previstos na referida Lei nº 11.077, de 2004, pois a quitação da obrigação atualizada seria somente verificada ao final do período correspondente às 48 parcelas (Peça 43); e

(f) as ponderações sobre o consequente aprimoramento no acompanhamento do parcelamento dos débitos, em virtude do suposto aperfeiçoamento no controle dos depósitos trimestrais no FNDCT, não se mostrariam procedentes, já que o responsável sequer teria evidenciado a subsistência de algum aperfeiçoamento nos mecanismos de controle desses depósitos trimestrais com vistas a justificar o eventual impacto na gestão dos parcelamentos dos débitos previstos na Lei nº 11.077, de 2004 (ver item 14.2 do parecer à Peça 93), e, assim, ainda que esses processos estivessem relacionados, não teria restado comprovado o avanço na correção das deficiências identificadas no aludido acompanhamento dos parcelamentos de débitos.

7. O TCU deve determinar, então, que a Sempe-MCTIC comprove o efetivo cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário sobre a integral transferência dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Uniemp, sem prejuízo de informar a Sempe-MCTIC sobre a interpretação exarada pela RFB a respeito da incidência de prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário proveniente do recolhimento a menor de IPI, ante o início da contagem desse prazo a partir do 1º dia do exercício seguinte ao ano do cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal.



8. Ao incorporar, portanto, o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir, o TCU deve aplicar a multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443, de 1992, em desfavor de Virgílio Augusto Fernandes Almeida, sem prejuízo de prolatar as suscitadas determinações e de adotar as demais medidas ora anunciadas.

Ante o exposto, pugno pela prolação do Acórdão ora submetido a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2105/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.543/2015-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Monitoramento.
3. Responsável: Virgílio Augusto Fernandes Almeida (CPF 130.465.196-72).
4. Órgãos: Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – Sempe-MCTIC e Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico (Secex-Desenvolvimento).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de monitoramento das determinações prolatadas pelo Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário, no bojo do TC 007.006/2010-1, ao apreciar a auditoria de conformidade realizada sobre a então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Sepin-MCTIC: atual Secretaria do Empreendedorismo e Inovação do MCTIC – Sempe-MCTIC) com o objetivo de verificar a regularidade da gestão na concessão, fiscalização e utilização dos recursos federais provenientes da Lei nº 8.248 (Lei de Informática), de 1991, em prol dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D);

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

9.1. considerar cumpridas as determinações dirigidas à então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações pelos itens 9.2.1, 9.2.3.1.1, 9.2.3.1.4, 9.2.3.1.5, 9.2.3.2 e 9.2.3.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.2. considerar prejudicado o monitoramento sobre os itens 9.2.3.1.2, 9.2.3.4 e 9.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, pois os subjacentes aspectos seriam melhor avaliados no bojo do monitoramento conduzido sobre o item 1.6.1.4 do Acórdão 1.014/2018-TCU-2ª Câmara e, também, no bojo do TC 015.436/2013-6;

9.3. considerar não mais aplicáveis as determinações proferidas pelos itens 9.2.4, 9.5.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário, tornando-as insubsistentes, sem a reformulação das propostas originais;

9.4. considerar cumprida a determinação dirigida à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo item 9.5.1 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.5. considerar descumpridas, sem a necessária justificativa, as determinações dirigidas à então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações pelos itens 9.2.2 e 9.2.3.1.3 do Acórdão 2.343/2012-Plenário;

9.6. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Virgílio Augusto Fernandes Almeida, aplicando em desfavor do aludido responsável a multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 268, VII, do RITCU, sob o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214,



III, “a”, do RITCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.7. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento da dívida fixada por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, com a devida atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.8. determinar, desde logo, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.443, de 1992, o desconto da referida dívida na eventual remuneração do servidor público, nos termos da Lei nº 8.443, de 1992, sem prejuízo de autorizar a subsequente cobrança judicial da dívida fixada por este Acórdão, caso não atendidas as notificações;

9.9. determinar, nos termos do art. 250, II, do RITCU, que, no prazo de 90 (noventa) dias, a Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações, como sucessora da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, comprove o efetivo cumprimento do item 9.2.2 do Acórdão 2.343/2012-TCU-Plenário sobre a integral transferência dos recursos financeiros e materiais depositados indevidamente no Uniemp;

9.10. determinar que a unidade técnica adote as seguintes medidas:

9.10.1. informe a Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações, como sucessora da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, sobre a interpretação exarada pela RFB a respeito da incidência de prazo decadencial quinquenal para a constituição do crédito tributário proveniente do recolhimento a menor de IPI, ante o início da contagem desse prazo a partir do 1º dia do exercício seguinte ao ano do cancelamento da portaria interministerial de concessão do benefício fiscal;

9.10.2. promova a juntada da cópia deste Acórdão ao processo de contas anuais da então Secretaria de Política de Informática do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, para o exercício de 2015 (TC 001.157/2017-5), com vistas a promover a análise do descumprimento das deliberações do TCU pelo titular da unidade jurisdicionada em face do conjunto da sua gestão;

9.10.3. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação, à Secretaria de Empreendedorismo e Inovação do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e Comunicações (Sempe-MCTIC) e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB); e

9.10.4. promova o definitivo apensamento do presente processo de monitoramento ao TC 007.006/2010-1.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2105-34/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).



Natureza: Consulta.

Órgãos: Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE) e Ministério da Agricultura, Agropecuária e Abastecimento (MAPA).

Consultante: Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do DERACRE.

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: CONSULTA. DÚVIDA SOBRE EVENTUAL TERMO EM CONTRATO DE REPASSE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de suposta consulta formulada por Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE), sobre o possível significado técnico da palavra “melhoramento” com vistas à autarquia estadual elaborar as peças técnicas necessárias à aplicação dos recursos federais provenientes do Contrato de Repasse nº 850470/2017 destinado ao “*Melhoramento com recuperação de estradas vicinais (ramais) nos Municípios do Estado do Acre*” sob o valor de aproximadamente R\$ 97 milhões aportado pela Caixa Econômica Federal como mandatária da União representada pelo então Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

2. Após a análise do feito, o auditor federal da SecexAgroambiental lançou o seu parecer à Peça 6, com a anuência do titular da unidade técnica (Peça 7), nos seguintes termos:

“(…) 2. De acordo com o consultante, a palavra ‘melhoramento’ pode ter entendimentos variados, e uma definição do seu significado propiciará uma melhor adequação das peças técnicas que serão elaboradas.

Exame de admissibilidade

3. *De acordo com o disposto no art. 264, inciso VI, do RITCU, entre as autoridades legitimadas a realizar consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, encontram-se os Ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente, como é caso dos presidentes de autarquias federais.*

4. *A presente consulta, foi encaminhada pelo presidente de uma autarquia estadual, mas versa sobre a aplicação de recursos federais, o que, no entendimento dessa unidade técnica, atrai a competência do TCU. Assim, essa unidade técnica entende que o consultante está legitimado para a consulta, satisfazendo o disposto no art. 264, inciso VI, do RITCU.*

5. *Quanto ao objeto da consulta, verifica-se que contém a indicação precisa do seu objeto, foi formulada articuladamente, e demonstrou pertinência temática com a área de atribuição da autarquia, satisfazendo assim os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 264 do RITCU. Além disso, a consulta não versa apenas sobre caso concreto, o que seria vedado pelo art. 265 do RITCU.*

6. *Assim, a presente consulta deve ser conhecida, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, por se tratar acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI (por equivalência), §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno.*

Exame técnico

7. *Apesar da consulta tratar da aplicação de fundos originários do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que pertence à clientela dessa unidade técnica (SecexAgroAmbiental), o objeto da consulta é da área de atuação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil – SeinfraRodoviaAviação.*

8. *Assim, a SecexAgroAmbiental contatou a SeinfraRodoviaAviação, que, após pesquisar a*



jurisprudência dessa Corte de Contas, explicou que o termo ‘melhoramento’ é muito abrangente, e por isso, não é possível definir preliminarmente seu significado técnico.

9. Todavia, entendeu a SeinfraRodoviaAviação que o gestor, para buscar o significado mais adequado do termo ‘melhoramento’, deve se basear no termo de referência do Contrato de Repasse, conforme Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 507/2011, definido nos incisos IV, XIX, e XXVI do § 2º do art. 1º:

‘IV - contrato de repasse: instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros processa-se por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatária da União;...

XIX - objeto: produto do convênio, contrato de repasse ou termo de cooperação, observados o programa de trabalho e as suas finalidades;...

XXVI - termo de referência: documento apresentado quando o objeto do convênio, contrato de repasse envolver aquisição de bens ou prestação de serviços, que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado da região onde será executado o objeto, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto; (Redação dada pela Portaria Interministerial nº 495, de 2013.)’

10. Ainda de acordo com aquela unidade técnica, o termo de referência deverá definir o objeto e o preço, conforme o art. 37 da já citada portaria interministerial 507/2011:

‘CAPITULO IV DO PROJETO BÁSICO E DO TERMO DE REFERÊNCIA

Art. 37. Nos convênios, o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigí-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos.

§ 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do concedente, em despacho fundamentado.

§ 2º O projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, conforme a complexidade do objeto.

§ 3º O prazo de que trata o § 2º não poderá ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver.

§ 4º O projeto básico ou o termo de referência será apreciado pelo concedente e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho

§ 5º Constatados vícios sanáveis no projeto básico ou no termo de referência, estes serão comunicados ao conveniente, que disporá de prazo para saná-los.

§ 6º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio, caso já tenha sido assinado.

§ 7º Quando houver, no Plano de Trabalho, a previsão de transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, é facultada a liberação do montante correspondente ao custo do serviço.’

11. Ainda quanto à definição do termo melhoramento, a SeinfraRodoviaAviação sugeriu ao gestor se basear no ‘Glossário de Termos Técnicos Rodoviários’ do DNER (peça 3), ressaltando novamente que não há como definir estritamente o que significa o termo, haja vista que a abrangência do ‘melhoramento’ depende basicamente do Termos de Referência do Contrato de Repasse.

12. Informou ainda que o gestor deve se pautar pelo que estiver delineado no termo de referência, no projeto básico e nos preços referenciais de mercado (Sicr 2), haja vista que envolve repasse de recursos federais.

13. Finalmente, a SeinfraRodoviaAviação sugeriu encaminhar o documento ‘Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas’ do DNIT (peça 4), de agosto/2007, bem como a minuta do ‘Glossário de Termos Técnicos Rodoviários’ do DNIT (peça 5), para subsidiar as análises do gestor.



Conclusão

14. A unidade técnica considerou que a presente consulta deve ser conhecida, uma vez que foi formulada por autoridade que possuiria legitimidade para tanto, por se tratar acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI (por equivalência), §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno.

15. Quanto ao mérito da consulta, informa-se que os esclarecimentos foram prestados pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, por se tratar da área de atuação daquela unidade técnica.

16. Sobre o significado técnico da palavra ‘melhoramento’, conclui-se que não existe jurisprudência nesta Corte que possibilite definir precisamente o significado técnico deste termo, haja vista que depende basicamente do Termos de Referência do Contrato de Repasse.

17. A definição de ‘melhoramento’ deve se basear no Termo de Referência do Contrato de Repasse, conforme Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 507/2011, definido nos incisos IV, XIX, e XXVI do § 2º do art. 1º, e o Termo de Referência deverá definir ainda o objeto e o preço, conforme o art. 37 da mesma portaria.

18. Finalmente, sugere-se encaminhar ao gestor, para subsidiar seus trabalhos, o ‘Glossário de Termos Técnicos Rodoviários’ do DNER, o documento ‘Terminologias Rodoviárias Usualmente Utilizadas’ do DNIT, assim como a minuta do ‘Glossário de Termos Técnicos Rodoviários’ do DNIT.

Proposta de encaminhamento

19. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:

b.1) não existe jurisprudência nesta Corte que possibilite definir precisamente o significado técnico deste termo, haja vista que depende basicamente do Termos de Referência do Contrato de Repasse;

b.2) encaminhar essa instrução, assim como os documentos presentes às peças 3, 4 e 5 para subsidiar os trabalhos do gestor;

c) arquivar o presente processo.”

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de suposta consulta formulada por Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE), sobre o possível significado técnico da palavra “melhoramento” com vistas à autarquia estadual elaborar as peças técnicas necessárias à aplicação dos recursos federais provenientes do Contrato de Repasse nº 850470/2017 destinado ao “Melhoramento com recuperação de estradas vicinais (ramais) nos Municípios do Estado do Acre” sob o valor de aproximadamente R\$ 97 milhões aportado pela Caixa Econômica Federal como mandatária da União representada pelo então Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

2. A presente consulta, todavia, não deve ser, preliminarmente, conhecida pelo TCU, pois, além de versar sobre o caso concreto, o presidente de autarquia estadual não teria a necessária legitimidade para o pleito, nos termos do art. 264 do RITCU.

3. O TCU deve determinar, portanto, o arquivamento do presente feito, dando ciência ao referido peticionário, sem prejuízo de determinar o envio de cópia do presente processo ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para que, se possível, o referido órgão federal competente sobre



a gestão do Contrato de Repasse nº 850.470/2017 oriente o aludido gestor estadual em relação ao suscitado questionamento.

Ante o exposto, pugno pela prolação do Acórdão ora submetido a este Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 2106/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 020.941/2019-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Consultante: Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do DERACRE.
4. Órgãos: Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE) e Ministério da Agricultura, Agropecuária e Abastecimento (MAPA).
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAgroambiental).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de suposta consulta formulada por Ítalo César Soares de Medeiros, como presidente do Departamento de Estradas de Rodagem, Infraestrutura Hidroviária e Aeroportuária do Estado do Acre (DERACRE), sobre o possível significado técnico da palavra “melhoramento” com vistas à autarquia estadual elaborar as peças técnicas necessárias à aplicação dos recursos federais provenientes do Contrato de Repasse nº 850470/2017 destinado ao “*Melhoramento com recuperação de estradas vicinais (ramais) nos Municípios do Estado do Acre*” sob o valor de aproximadamente R\$ 97 milhões aportado pela Caixa Econômica Federal como mandatária da União representada pelo então Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA);

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

- 9.1. não conhecer da presente consulta, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 264 do RITCU;
- 9.2. determinar que a unidade técnica adote as seguintes medidas:
 - 9.2.1. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao presidente do DERACRE, para ciência;
 - 9.2.2. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação, além do envio da integral cópia do presente processo, ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para que, se possível, o referido órgão federal competente sobre a gestão do Contrato de Repasse nº 850.470/2017 oriente o aludido presidente do DERACRE em relação ao suscitado questionamento; e
 - 9.2.3 archive o presente processo.

10. Ata nº 34/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/9/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2106-34/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.



13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).

ANEXO III DA ATA 34, DE 4 DE SETEMBRO DE 2019
(Sessão Ordinária do Plenário)

VOTOS APRESENTADOS E NÃO APRECIADOS PELO PLENÁRIO

Votos e minutas de acórdãos apresentadas no TC-006.113/2014-1.

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 006.113/2014-1

Natureza: Pedido de Reexame.

Unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica e Operador Nacional do Sistema Elétrico (CNPJ 02.831.210/0001-57).

Recorrente: Operador Nacional do Sistema Elétrico.

Representação legal: Camila Alves e Fontes (OAB-DF 45.599) e outros.

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. SUJEIÇÃO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO À JURISDIÇÃO DO TCU. ACORDÃO 798/2016-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peça 73) com a qual se manifestaram de acordo os dirigentes daquela unidade especializada (peças 74 e 75):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Pedido de Reexame (peças 60 e 72) interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, contra o Acórdão 798/2016 – TCU – Plenário, mantido em seus exatos termos pelo Acórdão 1407/2016 – TCU – Plenário. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

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

9.1. conhecer da representação, porquanto presentes os requisitos previstos nos artigos 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente precedente;

9.2. confirmar a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à jurisdição do TCU, por força do art. 70, parágrafo único, da CF/88 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992;’

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de processo de representação, movido pela então SefidEnergia, autuada para esclarecer a condição de jurisdicionado do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) junto a este Tribunal.

2.1. A discussão foi motivada após o ONS, ao solicitar prorrogação de prazo para atender a uma demanda deste Tribunal (nos autos do TC 001.615/2014-9), encaminhou esclarecimentos segundo os quais não estaria sujeito à jurisdição desta Corte de Contas.

2.2. A partir dessa divergência, o então Relator determinou a realização de oitiva do ONS (peça 10) para que se pronunciasse quanto à matéria analisada pela Unidade Técnica, relativa à condição de jurisdicionado do Operador Nacional do Sistema Elétrico ao Tribunal de Contas da União. Devidamente notificado (peças 11 e



15), o ONS apresentou alegações pelas quais reiterou entendimento de que não é uma entidade submetida à jurisdição do TCU (peça 16).

2.3. Após analisar os argumentos do ONS, a Unidade Técnica ratificou que a entidade estaria sujeita ao controle deste Tribunal e completou sua fundamentação com a análise da origem e da natureza dos recursos geridos pelo operador (peças 20 e 21).

2.4. Tomando conhecimento da instrução da então SefidEnergia, o ONS solicitou manifestar-se mais uma vez nos autos, pois a instrução teria versado sobre fato novo, não tratado na manifestação inicial da representação: a classificação e a origem das receitas administradas pela entidade (peça 22).

2.5. Após análise das novas alegações do ONS, a SefidEnergia elaborou nova instrução (peça 28), a qual foi acolhida pelo Voto Conductor do Acórdão recorrido, o qual considerou a representação parcialmente procedente e confirmou a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico à jurisdição do Tribunal de Contas da União.

2.6. Apontando a existência de dúvidas, o ONS opôs Embargos de Declaração (peça 49), os quais foram conhecidos, porém rejeitados, pelo Acórdão 1407/2016 – Plenário (peça 54). Inconformado, o Operador Nacional do Sistema Elétrico interpõe o presente Pedido de Reexame (peças 60 e 72).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 61), ratificados pela Exma. Min. Ana Arraes (peça 64), que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2 do Acórdão 798/2016 – Plenário em relação ao recorrente, nos termos do art. 48 da Lei 8443/1992 e dos arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do Recurso

4.1 Constituem objeto do recurso as seguintes questões:

- a) do contexto de criação do ONS;
- b) da inexistência de prestação de serviço público;
- c) da efetiva gestão de bens públicos;
- d) da existência de dinheiros, bens ou valores públicos sob gestão do ONS;
- e) sobre a natureza do controle do TCU sobre as atividades do ONS.

5. Questão – do contexto de criação do ONS

5.1. Argumenta que, ao contrário do manifestado pelo Acórdão 798/2016 – Plenário, o ONS não seria fruto da assunção de serviços públicos por parte da iniciativa privada ocorrida durante a década de 1990, mas, sim, reflexo de uma tendência de criação de operadores independentes, propositadamente desvinculados dos órgãos de governo, blindados de possíveis influências político-econômicas.

5.2. Assegura que a missão do ONS seria a de manter ambiente propício (segurança, neutralidade e economicidade) ao desenvolvimento das atividades dos prestadores de serviços de energia elétrica. Sustenta que, dentre estes serviços, estariam os de geração, transmissão e distribuição de energia, mas ressalva que nenhum destes estaria a cargo do ONS.

5.3. Enfatiza que o ONS, a exemplo de seu equivalente norte-americano, também não deteria nenhum ativo que não seus próprios centros de operação.

Análise

5.4. Diferentemente do que o recorrente apresenta, não é possível se afirmar que a transferência da prestação de serviços públicos a agentes particulares concessionários ou permissionários tenha ocorrido apenas para desonerar o Estado do fornecimento de determinada utilidade definida como socialmente relevante pela Constituição.

5.5. Referido fenômeno esteve intimamente associado à atração de investimentos e à busca pela competitividade na prestação das utilidades em questão. Observe-se que tanto a impossibilidade de realizar investimentos estatais e a ausência de competitividade são importantes fatores que tornam o fornecimento de uma utilidade pelo Estado mais oneroso do que por particulares, tornando de interesse público a transferência dessas atividades a agentes de mercado.

5.6. Natural, assim, que a assunção da atividade de coordenação e controle do sistema elétrico por entidade não-estatal seja entendida no mesmo contexto da transferência do fornecimento propriamente dito da utilidade energia elétrica por agentes de mercado, em um contexto de fomento à competitividade desses agentes e à confiabilidade de tal sistema.



5.7. Desse modo, a distinção realizada pelo recorrente é pouco relevante ao deslinde do caso concreto, pois a atração de investimentos e a promoção de competitividade no sistema elétrico mediante a criação de autoridade central não configura tendência distinta ou independente da transferência das atividades de fornecimento da utilidade econômica definida como serviço público aos agentes particulares.

6. Questão – da inexistência de prestação de serviço público

Argumento

6.1. Afirma que, nos termos do art. 175 da CF/1988 e da Lei 8.975/1995, haveria duas únicas modalidades de prestação de serviço público: de forma direta ou de forma indireta, mediante regime de concessão ou de permissão. Assevera que o ONS não é componente do Estado (Administração Pública direta ou indireta) o que descartaria a hipótese de prestação direta de serviço público.

6.2. Alega que a prestação indireta se justifica quando o particular pode prestar o serviço em questão com melhor qualidade, ou por menor preço, e que a outorga da concessão ou da permissão seria sempre materializada por contrato administrativo, e nunca por lei, de tal sorte que o particular prestaria apenas de forma voluntária o serviço incumbido ao Estado.

6.3. Sustenta que eventual lei que determinasse que agente privado prestasse serviço público em contornos distintos dos estabelecidos pela Carta Magna seria inconstitucional. Desse modo, argumenta que a Lei 9.649/1998 não teria criado hipótese de delegação de serviço público por via estatutária e sem licitação. Manifesta que o ONS não seria detentor de nenhuma outorga, não se enquadrando como concessionário ou permissionário de serviço público. Ressalta que a própria qualificação de associação civil sem fins lucrativos impediria que o ONS fosse considerado como concessionário ou permissionário de serviço público.

6.4. Entende, desse modo, que o ONS não prestaria serviço público, mas ‘atividade privada de interesse público’. Cita entendimento doutrinário segundo o qual não é o fato de determinada atividade ter interesse público que lhe permite ser explorada mediante concessão de serviço público, uma vez que continuaria a ser considerada como atividade privada.

6.5. Cita o art. 21, inciso XII, alínea ‘b’ da CF/1988 para manifestar que, uma vez que o ONS não explora, nem diretamente nem indiretamente, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, não exerceria o referido serviço público, e que suas atividades seriam apenas as de coordenar e controlar a operação da geração e da transmissão de energia elétrica. Destaca que a coordenação e o controle exercidos pelo ONS não se confundiriam com as atividades coordenadas e controladas, exercidas por seus associados.

Análise

6.6. O recorrente questiona a suficiência do critério formal (a previsão da exploração dos ‘serviços públicos de energia elétrica’ pela União) para classificar a coordenação da geração e transmissão de energia como serviço público. Segundo o recorrente, referida atividade não estaria incluída entre os ‘serviços de energia elétrica’ previstos no art. 21, inciso XII, da CF/1988.

6.7. Embora a doutrina jurídica não tenha atingido o consenso sobre critérios materiais para a classificação de determinada atividade em ‘serviço público’ ou ‘atividade econômica em sentido estrito’, adverte-se que a atividade desempenhada pelo ONS, sob o prisma dos consumidores de energia elétrica e da coletividade em geral, é uma utilidade: i) não específica, pois a coordenação de um sistema interligado não pode ser destacada em unidades autônomas de intervenção; e ii) indivisível, pois não é suscetível de utilização em separado por cada um de seus beneficiários (cf. art. 79, incisos II e III, da Lei 5.172/1966).

6.8. Em termos econômicos, tal coordenação configura uma utilidade não excludente, pois ainda que determinado usuário do sistema interligado nacional não pague sua conta de luz, não poderá ser totalmente excluído dos benefícios de estar inserido em sistema operado de maneira ótima. Por fim, trata-se de uma utilidade não rival, pois a inserção de um novo usuário no sistema elétrico não afeta o proveito, aferido pelos demais usuários, em função de tal coordenação sistêmica.

6.9. Evidencia-se, desse modo, que a coordenação sistêmica da geração e transmissão de energia encontra-se mais próxima de atividades classicamente identificadas como serviços públicos em qualquer contexto político-econômico (defesa nacional, segurança pública, iluminação pública, solução de conflitos) do que das utilidades prestacionais, as quais passaram a ser consideradas como serviços públicos com a expansão da atuação do Estado como indutor do desenvolvimento econômico e promotor de bem-estar social.

6.10. O recorrente, buscando alcançar a conclusão segundo a qual a coordenação e controle do Sistema Interligado Nacional seria uma atividade privada, adota as seguintes premissas: i) caso determinada atividade não esteja expressamente designada como serviço público *na própria* Constituição, tal atividade será

considerada como uma ‘atividade econômica em sentido estrito’ e só poderá ser desempenhada pelo Estado nas condições previstas no art. 173 da CF/1988; e ii) toda atividade, para ser qualificada como serviço público, terá que ser exercida diretamente pelo ente Estatal ou delegada necessariamente mediante concessão ou permissão precedidas de licitação.

6.11. Nesse sentido, segundo o recorrente, como não teria ocorrido outorga mediante concessão ou permissão precedida de licitação, a atividade não poderia ser considerada como serviço público. Portanto, teria que ser considerada com atividade econômica em sentido estrito e, não se enquadrando nas exigências do art. 173 da CF/1988, a ser exercida de forma privada.

6.12. Além disso, o recorrente não explica como uma lei ordinária poderia atribuir, com exclusividade, o desempenho de uma suposta atividade econômica em sentido estrito, a ser exercida mediante o regime jurídico de direito privado, a uma entidade específica constituída a partir de sua edição. Efetivamente, conforme cita o recorrente, a conclusão à qual efetivamente se chegaria mediante a aplicação de tais premissas é pela potencial inconstitucionalidade da lei que autorizou a criação do ONS e o desempenho exclusivo da referida atividade pela entidade em questão.

6.13. Por outro lado, a interpretação que efetivamente preserva a constitucionalidade do art. 13 da Lei 9.648/1998 é aquela segundo a qual as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional – SIN não constituem ‘atividades privadas’, mas sim compõem parte dos ‘serviços públicos de energia elétrica’, no caso, explorado não diretamente nem mediante concessão ou permissão cf. o art. 175 da CF/1988, mas por meio de autorização, nos termos do art. 21, inciso XII, da Lei Maior. Ao contrário do que o recorrente assevera, a Lei 9.648/1998 não cria modalidade de delegação de serviço público sem licitação contrária ao art. 175 da CF/1988, mas sim utiliza instituto jurídico previsto em artigo distinto da mesma Lei Maior.

6.14. O tema não é pacífico na doutrina, pois representa inovação do legislador infraconstitucional em relação aos conceitos doutrinários tradicionais de concessão e permissão, associados à delegação de serviços públicos, e de autorização, associado ao exercício de poder de polícia sobre atividades com potencial impacto sobre segurança, saúde ou tranquilidade pública.

6.15. Ainda que o art. 175 da CF/1988 tenha mencionado apenas as figuras da permissão e da concessão de serviços públicos, exigindo licitação para sua realização, isso não implica que o ordenamento jurídico vede a delegação por autorização, uma vez que esta figura está prevista no art. 21, inciso XII, da Constituição Federal. Logo, embora a transferência da execução de um serviço público a terceiros normalmente ocorra por meio dos instrumentos contratuais da concessão e da permissão, pode também se dar por meio de delegação unilateral do Estado para o particular, o qual fica autorizado mediante ato administrativo a desempenhar a atividade em questão sob condições determinadas pelo ente Estatal titular e delegante.

6.16. Reconhece-se que o conceito de autorização de serviço público é normalmente associado ao ato administrativo discricionário no qual se faculta ao particular a exploração de serviço público de energia elétrica, previsto nos arts. 6º, 7º e 11 da Lei 9.074/1995. Assim, no que toca ao setor elétrico, a autorização costuma corresponder ao ato administrativo precário, previsto como forma de exploração de empreendimentos pelo particular alternativa à concessão, inicialmente concebido para albergar as figuras do produtor independente de energia e do autoprodutor.

6.17. Também é possível classificar como autorização de prestação de serviço público o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias, previsto no art. 131, § 1º, da Lei 9.472/1997 [FARIAS, S. J. L. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 86].

6.18. Observe-se que, dentre as autorizações de serviço público em comento, algumas foram concedidas após processo licitatório, outras tiveram prazo de exploração pré-estabelecido, outras ainda preveem o instituto da reversão, partilhando em grau maior ou menor algumas características de concessão. Diante da diversidade de tais atos, e do fato de terem sido utilizados para autorizar a exploração de serviços públicos que não possuem caráter precário, mostra-se complexa a tarefa de definir as características das autorizações para o setor elétrico, sendo comum denomina-las como autorizações ‘especiais’, ‘sui-generis’, ou expressões correlatas [LANDAU, E. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 246, p. 112-135, dez. 2014, p. 120].

6.19. Dessa forma, não é possível estabelecer regra capaz de determinar, aprioristicamente, todas as situações em que o uso da autorização de serviço público seja considerado legítimo.

6.20. A diversidade encontrada nos atos genericamente denominados de ‘autorizações de serviço público’ é ilustrada no caso em exame, no qual foi concedida autorização ao ONS não para explorar atividades de geração e transmissão (com fundamento na Lei 9.074/1995), mas sim para realizar a coordenação e o controle de todo o Sistema Interligado Nacional. Ao contrário das autorizações para a produção independente ou autoprodução de energia elétrica, esta foi concedida não no interesse predominante ou exclusivo do particular que a obtém, mas para o desempenho de atividade relacionada à satisfação de interesse essencial da coletividade. Como ponto em comum, ambas as modalidades de autorização de serviço público extraem seu fundamento do art. 21, inciso XII, da Constituição Federal.

6.21. Ressalte-se, desse modo, que o ONS não é concessionário nem permissionário de serviço público, não sendo necessário que desempenhe sua atividade ‘por sua conta e risco’ – termo o que, segundo o recorrente, implicaria a existência de fins lucrativos incompatíveis com a natureza e o estatuto do Operador. Não havendo concessão nem permissão de serviço público, mas sim autorização, não há o que se falar em descumprimento da exigência de procedimento licitatório trazida pelo art. 175, da CF/1988.

6.22. O próprio entendimento da palavra *sistema* como conjunto ordenado e interligado de elementos a interagirem entre si faz com que não se possa conceber um *sistema* desprovido de uma atividade de coordenação. Ainda que existam sistemas nos quais a referida coordenação entre as interações de seus elementos seja exercida de forma *descentralizada*, como em um mercado desregulado de numerosos produtores e consumidores, este não é o caso do sistema elétrico brasileiro atual, constituído de forma a existir um operador central que coordena e controla as atividades dos participantes, visando à otimização.

6.23. Trata-se de uma característica que é inerente a um sistema – interligado – de produção de uma energia que não pode ser estocada. São tais fatores, intrínsecos à produção e ao consumo de energia elétrica, que requerem que o Operador do Sistema tenha: i) acesso, em tempo real, a todas as informações sobre o comportamento da demanda de energia; e ii) possibilidade de coordenar a geração nas usinas conforme essa necessidade, igualando a produção ao consumo.

6.24. Configura, dessa forma, atividade inerente à prestação de utilidade formalmente definida como serviço público pela Constituição Federal, devendo também ser considerada como ‘serviço público’, no sentido jurídico do termo. O Acórdão recorrido reconhece o fato de que a atividade de coordenar e controlar deixou de ser realizada de forma direta pelo poder concedente ou por suas empresas públicas, como no paradigma tradicional de fornecimento da utilidade energia elétrica pelo ente estatal, para ser realizada por entidade pertencente ao setor privado, mediante delegação por autorização.

6.25. Verifica-se, todavia, que o controle desta Corte de Contas sobre particulares delegatários de serviço público, tais como as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, sejam eles concessionários, permissionários ou autorizados, dá-se principalmente de forma indireta, mediante o controle realizado sobre o poder concedente e a agência reguladora setorial. A caracterização da atividade do ONS como serviço público, portanto, é por si só insuficiente para atrair a incidência do artigo 70, parágrafo único, da CF/1988, e a consequente jurisdição desta Corte.

Argumento

6.26. Alude também à edição da Medida Provisória 143/2003, a qual propôs a criação da Empresa de Pesquisa Energética — EPE, destinada a satisfazer a responsabilidade constitucional do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

6.27. Argumenta que o entendimento segundo o qual as atividades exercidas pelo ONS constituiriam prestação de serviço público conduziria à conclusão segundo a qual o Poder Executivo teria replicado a natureza jurídica da EPE para o ONS, ao editar as MPs 143/2003 e 144/2003 em dias consecutivos. Manifesta que as disposições trazidas pela MP 144/2003 não teriam alterado a natureza jurídica do ONS, adotado pela Lei 9.648/1998 (fruto da conversão da MP 1.531-18/1998).

6.28. Considera que o conceito do ONS como operador independente do sistema, ou seja, órgão setorial constituído como entidade não governamental sem fins lucrativos teria sido introduzido a partir do Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Reseb. Tal caracterização teria sido considerada essencial para: i) assegurar que todos os usuários existentes e potenciais tivessem acesso à rede de transmissão com base em encargos comuns e equitativos; ii) estimular a expansão do sistema a custo mínimo com indicadores eficientes do preço de transmissão para geração e carga; e iii) viabilizar a justa competição pelo mercado entre geradores privados e estatais.

6.29. Além disso, as mudanças trazidas na Medida Provisória n. 144/2003 teriam tido sua motivação exposta no Relatório intitulado ‘Modelo Institucional do Setor Elétrico’, aprovado pela Resolução 9/2003 do



Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, e em uma Cartilha do MME também sobre o ‘novo modelo do setor elétrico’.

6.30. Destaca que a citada Cartilha postularia a autonomia dos agentes reguladores e a independência do ONS como condições para a expansão do setor elétrico, para a atração de investimentos e para a melhoria da governança do ONS. Já o relatório em questão traria que as alterações realizadas pela MP 144/2013 teriam como objetivo dotar o ONS de um sistema de governança com caráter independente.

Análise

6.31. O recorrente apresenta o conceito de ‘independente’ como se fosse equivalente à ‘isento de qualquer controle’, o que não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

6.32. A título de ilustração, o conceito de independência é comumente associado às agências reguladoras, as quais são consideradas independentes por: i) possuírem regime jurídico próprio estabelecido na lei que a institui e nos decretos que a regulamentam; ii) possuírem autonomia financeira; iii) possuírem dirigentes que não são de livre nomeação e exoneração conforme a confiança do Chefe do Poder Executivo, mas sim nomeados para mandatos determinados e não coincidentes com os mandatos eletivos; iv) não estarem sujeitas ao controle hierárquico e à revisão de seus atos por parte da autoridade ministerial à qual se encontram vinculadas.

6.33. Por outro lado, uma agência reguladora não é isenta de controle, sendo-lhe aplicável tanto o controle finalístico por parte da autoridade ministerial competente, quanto o controle de segunda ordem realizado por esta Corte de Contas. A existência de tais controles não impede que a referida agência continue a ser considerada como um regulador independente.

6.34. Ressalte-se que a independência dos agentes regulatórios há de ser buscada principalmente frente ao Poder Executivo, o qual se mostra, por sua própria natureza e função, responsivo aos mais distintos interesses dos diversos setores que compõem a sociedade por ele representada.

6.35. É essa variabilidade ou incerteza sobre as regras com as quais os agentes econômicos regulados se deparam que deve ser controlada, de modo a otimizar os investimentos no setor e maximizar o interesse público. O mesmo raciocínio não é extensível às instituições de controle, as quais estão sujeitas a incentivos diferentes daqueles como os quais se deparam os agentes político-eleitorais. Ademais, levar o argumento da independência ao seu limite implicaria o afastamento de todo e qualquer controle sobre o ONS, até mesmo aquele exercido pela ANEEL.

6.36. O argumento que cita a Empresa de Planejamento Energético constitui verdadeiro *non sequitur* – o entendimento segundo o qual as atividades exercidas pelo ONS constituiriam prestação de serviço público não possui nenhuma relação com a conclusão segundo a qual o Poder Executivo teria replicado a natureza jurídica da EPE para o ONS. Esta última conclusão também não decorre nem apresenta nenhuma relação com o fato de as Medidas Provisórias 143/2003 e 144/2003 terem sido editadas em dias consecutivos, decorrência natural de integrarem a mesma reforma, realizada à ocasião sobre o marco regulatório do setor.

7. Questão – da efetiva gestão de bens públicos

Argumento

7.1 Busca afastar a incidência do art. 70 da Constituição Federal ao salientar que o ONS não gerenciaria bens públicos. Postula que o gerenciamento envolveria a direção de determinada empresa, ou negócio, ou serviço, na condição de gerente, administrador ou de gestor, papéis que caberiam às próprias geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica.

7.2 Reitera que o fato de o ONS despachar usinas geradoras de energia elétrica com potência superior a 30MW não significaria o gerenciamento dos potenciais hidráulicos explorados por essas usinas, o qual seria exercido exclusivamente pela própria detentora da outorga de geração. Acrescenta que o recorrente não realizaria a gestão dos ativos de transmissão, pois não seria detentor dos ativos empregados e não exploraria economicamente essa atividade. Alega que dá concretude aos comandos legais e regulamentares aprovados pela ANEEL, os quais disporiam sobre a operação do sistema, otimizando a geração e a transmissão de energia elétrica no País.

7.3 Cita o Parecer 44/2011-PGE/ANEEL, segundo o qual o ONS não possuiria competência para aplicar nenhum tipo de penalidade aos agentes do setor elétrico. Alerta, desse modo, que o ONS não possuiria nem poder de polícia nem nenhum tipo de poder coercitivo ou disciplinar, e apenas cumpriria os Procedimentos de Rede previamente aprovados pela ANEEL e as diretrizes estabelecidas por órgãos e entidades públicas especializados.



7.4 Contesta a conclusão segundo a qual a administração e a supervisão dos serviços públicos de energia elétrica seriam também funções públicas, postulando que as disposições constantes da Medida Provisória 144/2003 apontam que as atividades do ONS devem ser exercidas sem fins lucrativos, o que afastaria a tese de prestação de serviço público.

Análise

7.5 Conforme o Relatório do Acórdão recorrido, afirmou-se que a jurisdição constitucional do TCU alcança o ONS, pois, não obstante a sua personalidade jurídica de direito privado, a associação tem atuação decisiva no gerenciamento de bens públicos (potenciais hidráulicos) e que esta jurisdição não é afastada pela previsão legal de fiscalização do ONS pela ANEEL. Reitera-se que o dever de prestar contas ao TCU incide sobre as pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, que gerenciem ou administrem bens públicos, conforme destacado parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a seguir transcrito:

‘Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.’

7.6 Em decorrência das características intrínsecas à energia elétrica e da forma interligada mediante a qual o sistema elétrico brasileiro se estruturou, a decisão sobre quando e em que intensidade as geradoras podem transformar os potenciais hidráulicos em energia depende do ONS, o que, em tese, poderia ser interpretado como gerenciamento dos referidos bens públicos:

‘O despacho pode ou não ser determinado pelo ONS. Se o despacho for técnico (como é o caso do Brasil), as usinas estão sobre forte controle do operador. Nesta hipótese, ele determina. Se o despacho for comercial (como é o caso da maioria dos outros países), há apenas gerência do operador, a qual consiste na acomodação das quantidades de energia que os diferentes geradores decidiram produzir em razão de seus compromissos comerciais, pelo critério do preço (grifos acrescidos) [LOUREIRO, G. K. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 143-191, jul. 2007.]’

7.7 Em ambas as situações ocorre uma forma de gestão, a qual pode ser denominada de ‘gerência’, ‘determinação’ ou ‘administração’, mas sempre envolve a tomada de decisões sobre emprego de insumos e persecução de objetivos. É difícil dissociar por completo os enunciados normativos ‘gerenciar’ e ‘administrar’, previstos pelo Constituinte de 1988, dos sentidos normalmente atribuídos a tais expressões: o de tomar decisões sobre recursos e objetivos, envolvendo as atividades de planejamento, organização, execução, direção e controle.

7.8 O ONS alega que suas atividades não configuram *direto* gerenciamento do uso ou do aproveitamento dos potenciais hidráulicos, uma vez que não praticaria ações requeridas para conversão desses potenciais em efetiva geração de energia elétrica, mas é necessário observar que é consagrada entre a doutrina nacional a noção de que a gestão de um bem público importa não apenas a ideia de utilização, mas também a conservação do referido bem [CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 1019].

7.9 Vale lembrar ainda que as técnicas e modelos matemáticos empregados pelo ONS no cálculo do despacho energético visam também a otimizar as variáveis do custo incorrido nessa geração e a disponibilidade futura de energia, a partir da utilização das fontes renováveis e não-renováveis. Busca-se a oferta de energia de forma suficiente, equilibrando-se a garantia de abastecimento em determinado horizonte temporal com o menor custo possível. Configura, desse modo, um aspecto de gerenciamento dos potenciais de energia hidráulica.

7.10 Nesse sentido, ao passo que as empresas geradoras de energia hidroelétrica são responsáveis pela utilização dos potenciais de energia hidráulica, o Operador Nacional do Sistema tem responsabilidade na conservação dos bens públicos em questão. Ambos praticam, atos de gestão de bens públicos federais, em sentido amplo.

7.11 Entretanto, ainda que tanto a atividade desempenhada pelo ONS quanto a atividade desempenhada pelas empresas concessionárias de geração constituam gestão de bens públicos no sentido mais amplo da expressão, constata-se que tal ‘gestão’ é absorvida pela prestação dos serviços públicos respectivos – de coordenação e controle do Sistema Interligado Nacional e de exploração da atividade de geração de energia elétrica, ambos compreendidos no artigo 21, inciso XII, da CF/1988.

7.12 Observe-se que, em sentido análogo, mesmo que as empresas geradoras de energia hidroelétrica também exerçam alguma forma de atividade de ‘gestão’ de bens públicos na forma de utilização e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, esta Corte de Contas não exerce sobre elas controle direto, mas sim de segunda ordem, por meio do controle exercido sobre a agência reguladora competente.

7.13 Assim, mesmo que o ONS exerça atividade que pode ser considerada, em sentido amplo, como ‘gestão de bens públicos federais’ na forma de conservação dos potenciais de energia hidráulica, trata-se, juridicamente, de prestação de serviço público delegado por autorização. O Controle Externo sobre tal atividade de gestão encontra-se inserido no controle a ser exercido sobre o serviço público de coordenação e controle do Sistema Interligado Nacional, e deverá ser exercitado de forma indireta, por meio do controle externo de segunda ordem incidente sobre a ANEEL.

7.14 Ressalve-se, ainda, que o ONS constitui associação de personalidade jurídica de direito privado, não integrante da Administração pública e considerada como uma entidade particular.

7.15 Nesse sentido, ressalta-se que a utilização de bens públicos incorpóreos associados à prestação de serviços públicos, tais como os potenciais de energia hidráulica e os espectros de radiofrequência, não é regulada no ordenamento jurídico brasileiro pelos institutos de uso de bem público por particular, mas sim pelo próprio instituto de prestação de serviço público, conforme interpretação conjunta dos artigos 20, inciso VIII, e 21, inciso XII, alíneas ‘a’ e ‘b’, ambos da CF/1988, c/c art. 157, da Lei 9.472/1997.

7.16 Ante o exposto, conclui-se que a atividade desempenhada pelo ONS constitui gestão de bens públicos, relativa aos potenciais de energia hidráulica, apenas no sentido mais amplo do termo. Juridicamente, tal atividade de gestão qualifica-se como acessória, inerente à prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional e por ela absorvida, não atraindo a incidência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e a jurisdição dessa Corte de Contas.

8. Questão – da existência de dinheiros, bens ou valores públicos sob gestão do ONS

Argumento

8.1 Questiona o argumento segundo o qual o ONS estaria submetido à jurisdição do TCU em razão da arrecadação de receita pública para a composição de seu orçamento, via Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão — TUST.

8.2 Alerta que a consideração de parte do orçamento do ONS no cálculo da TUST constituiria mera opção regulatória da ANEEL, a qual teria liberdade de escolha a respeito da forma de obtenção dos recursos para o custeio do ONS: (i) arrecadação via TUST combinada com contribuição associativa; ou (ii) arrecadação exclusiva via contribuição associativa. Salienta que, em qualquer das hipóteses, o conjunto de agentes que suportam o custeio do ONS é composto apenas pelos associados do Operador.

8.3 Busca afastar a alegação de que o ONS administra recursos de natureza tarifária em sentido amplo, uma vez que a tarifa de uso representaria mero veículo de arrecadação de valores, oriundos exatamente dos associados do ONS. Infere, desse modo, que a tarifa de uso seria simples instrumento arrecadatório e que o emprego dessa componente de tarifa não possuiria caráter compulsório.

8.4 Ressalta que o ONS emitiria faturas diretamente para os usuários do SIN, por meio da emissão de Notas Fiscais de Serviços, registrando que nem todos esses usuários possuem regime tarifário, tais como os consumidores livres, geradores e produtores independentes. Acrescenta que os transmissores de energia estariam sujeitos apenas ao pagamento da contribuição associativa.

8.5 Cita a existência de processo de aprimoramento do marco regulatório atinente ao orçamento do ONS em curso na ANEEL, destacando a possibilidade de extinção da componente da TUST aplicável ao custeio das atividades do Operador. Registra a discussão travada no âmbito da Audiência Pública n. 016/2013-ANEEL, na qual a Agência reguladora propõe que, a partir de 2018, os recursos necessários para o orçamento do ONS sejam arrecadados ‘exclusivamente por meio de contribuições de seus membros associados’, e não mais cobertos por valores arrecadados via TUST. Entende, portanto, que a referida proposta tornaria superada a questão.

8.6 Busca descaracterizar a classificação da receita recolhida em prol do ONS como pública, alegando que não haveria nenhuma relação entre a natureza das atividades desempenhadas pelo ONS ou das receitas recolhidas para sua remuneração e o tratamento que a ANEEL confere aos desembolsos das distribuidoras.

8.7 Aponta que diversos dos custos que compõem a Parcela A e são repassados aos consumidores finais são oriundos de relações bilaterais e contratuais das distribuidoras com particulares não prestadores de serviços públicos, destacando o custo com aquisição de energia. Postula que tais valores são fixados em contratos bilaterais, regidos pelo direito privado.

8.8 Observa que o agente obrigado ao pagamento da TUST é a própria distribuidora de energia elétrica, a qual não se confunde com seus consumidores, e que o repasse desses custos à tarifa de energia decorreria estritamente das previsões de seu contrato de concessão junto à ANEEL, arranjo que não possui nenhuma relação com o ONS muito menos com a natureza jurídica do Operador.



Análise

8.9 A existência de processo de aprimoramento do marco regulatório atinente ao orçamento do ONS em curso na ANEEL, destacando a possibilidade de extinção da componente da TUST aplicável ao custeio das atividades do Operador, e as discussões travadas no âmbito da citada Audiência Pública são irrelevantes para o deslinde da questão, uma vez que não apresentam ainda efeitos concretos no ordenamento jurídico.

8.10 Entretanto, assiste razão ao recorrente no sentido de que o agente obrigado ao pagamento da TUST é a própria distribuidora de energia elétrica, a qual não se confunde com seus consumidores, e que o repasse desses custos à tarifa de energia decorre das previsões de seu contrato de concessão junto à ANEEL.

8.11 A competência dessa Corte se materializa quando da fiscalização de recursos públicos, na concepção do termo compartilhada pela maioria da comunidade de intérpretes do Direito. Conforme o próprio Voto Condutor do Acórdão recorrido reconhece, os recursos gerenciados pelo ONS não constituem receita pública.

8.12 Embora seja evidente que a atividade seja custeada por recursos em última análise oriundos de uma coletividade de usuários de serviço público – aspecto enquadrado, pelo voto condutor do Acórdão recorrido, como ‘viés público’ – trata-se, por si só, de característica insuficiente para estabelecer a competência dessa Corte de Contas para a fiscalização dos recursos financeiros nela empregados.

8.13 Pode-se afirmar que, em última análise, as despesas do ONS são suportadas por toda a sociedade, uma vez que a exploração de serviços e instalações de energia elétrica é qualificada pela Constituição Federal como serviço público. O mesmo argumento, entretanto, se aplica às demais entidades particulares prestadoras de serviço público por meio de concessão, permissão ou autorização, e isto não implica que esta Corte de Contas tenha o dever ou o poder de examinar os custos incorridos no desempenho de tais atividades, ainda que se invoquem como fundamento os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

8.14 Embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero ‘preço público’, tarifas representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Quando são recebidas pela Administração pública, classificam-se como receita pública originária, mas quando pagas a particulares que prestam o serviço público por delegação, não se encaixam em nenhuma das modalidades de receitas públicas, originárias ou derivadas.

8.15 Desse modo, embora a atuação do ONS possa ser classificada em serviço público delegado por autorização e caracterize gestão em sentido amplo de bens públicos pertencentes à União, é de se reconhecer que, mesmo que os recursos por ela gerenciados sejam em última análise oriundos da coletividade, não constituem recursos públicos.

8.16 Ressalte-se que, nos termos do Voto condutor do Acórdão recorrido, o debate sobre a origem dos recursos geridos pelo ONS ocorreu apenas como reforço à exposição à época apresentada. O fato de que os recursos financeiros geridos pelo ONS não podem ser classificados como recursos públicos propriamente ditos foi considerado insuficiente para afastar a necessidade de prestação de contas em sentido amplo em relação às atividades de gestão de bens públicos federais.

8.17 Entretanto, quando se verifica que: i) as referidas atividades de gestão de bens públicos federais são apenas um aspecto da prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional; e ii) os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou derivada, mas sim como recursos particulares; conclui-se que o ONS, embora possa ser considerado como prestador de serviço público delegado por autorização, juridicamente não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União.

9. Questão – sobre a natureza do controle do TCU sobre as atividades do ONS

Argumento

9.1 Aponta a necessidade de esta Corte de Contas delinear, de forma prática e pragmática, as ações e os limites de atuação da equipe técnica do TCU no que toca ao ONS, quando da realização de eventual controle. Alerta que o Voto Condutor do Acórdão que julgou os Embargos declaratórios tenta delinear o controle de gastos sob o enfoque puramente principiológico, tendo em vista a inaplicabilidade das normas legais concebidas para a Administração Pública formal.

9.2 Ressalva que o controle de gastos fundamentado apenas em princípios apresentaria dificuldades de concretização, devido à existência de diversos possíveis graus de realização dos princípios constitucionais.



9.3 Requer que o TCU deixe delineado que o controle principiológico indicado como parâmetro deva ser exercitado a partir das normas que regem as pessoas jurídicas de direito privado, em geral, possibilitando, desse modo, a incidência de controle apenas quando algum ato ou procedimento adotado pelo ONS venha a ofender direta e frontalmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e não tenha sido adotado para atender a outro princípio de igual envergadura no caso concreto.

9.4 Manifesta que a área técnica necessitaria abandonar os critérios normalmente aplicáveis para a avaliação de conformidade com a legalidade, eficiência e economicidade – concebidos para a Administração Pública formal ou para repasses diretos de verbas pública – e buscar uma nova concepção, menos formalista, para exercer o seu mister sobre o ONS.

9.5 Julga impossível a aplicação direta do modelo de ‘controle de segunda ordem’ ao ONS, pois referido paradigma seria aplicável apenas às agências reguladoras, as quais seriam fiscalizadas acerca da eficácia e eficiência da estrutura de controle instaurada e em operação. Pondera que tais características não estariam presentes na situação específica do ONS, que nem seria autarquia reguladora, nem possuiria poder de sanção nem praticaria atos dotados de coercibilidade.

9.6 Interpreta que o referido controle de segunda ordem já seria exercido pela ANEEL, ao fiscalizar e controlar todas as atividades do ONS, de modo que a atuação a que se propõe realizar o TCU consubstanciaria o que denomina de ‘controle de terceiro grau’ para o qual não haveria balizas definidas no ordenamento jurídico nem na doutrina pátria.

9.7 Reitera que a duplicidade de controle traria a potencialidade de ensejar diversidade de posicionamento entre os órgãos controladores, o que resultaria em insegurança jurídica quanto à atuação do ONS e a prejuízo para o setor de energia. Considera que a manutenção do referido controle imporá um necessário alinhamento prévio de posições entre os dois controladores, prévia à adoção de qualquer medida orientadora ou corretiva.

Análise

9.8 Após o julgamento dos embargos declaratórios, esta Corte manifestou-se sobre o afastamento da obrigatoriedade do procedimento de prestação de contas formal e periódico, além da não incidência de normas dirigidas a entidades que compõem a estrutura da Administração Pública (v.g. Lei n. 8.666/1993 e Lei n. 4.320/1964). Na ocasião, o Plenário da Corte delineou o seguinte modelo de controle do ONS:

‘(i) controle sobre todo e qualquer recurso gerido pela entidade (gastos), mediante exame de adequação de gastos a partir dos princípios da legalidade impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no caput do art. 37; e

(ii) controle de segunda ordem sobre as atividades finalísticas da entidade, na linha conceitual concebida para as Agências Reguladoras.’

9.9 Entretanto, é de se ressaltar que a denominada atividade fiscalizatória de segundo grau deve recair sobre o cumprimento, pelas agências reguladoras, de seus objetivos institucionais. Tal ação não se destina a controlar a entidade delegatária em si, mas sim a examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos de concessão ou permissão por elas firmados.

9.10 Uma vez que se entende a atividade de coordenação e controle do Sistema Interligado Nacional como serviço público, explorado pela União e prestado por entidade autorizada, e não como atividade de regulação, não há sentido em considerá-la submetida a controle de segunda ordem análogo ao aplicado às agências reguladoras. Entender que o ONS também estaria sujeito ao mencionado controle de segunda ordem implicaria confundir a atividade de coordenação do Sistema Interligado Nacional com a própria regulação empreendida pela Aneel.

9.11 Reconhece-se que, em tese, não estaria afastada a possibilidade de o Tribunal executar controle sobre a concessionária ou permissionária de serviço público, pois o TCU deve fiscalizar não apenas a outorga das concessões e permissão, mas também a correção da execução dos contratos de concessão e de permissão de serviço público, mediante auditorias, inspeções e o exame de relatório de acompanhamento encaminhados pelo órgão concedente. O TCU, portanto, pode avaliar o cumprimento das cláusulas contratuais, principalmente aquelas relativas à tarifa praticada, à qualidade do serviço prestado e à efetiva realização dos investimentos requeridos [ZYMLER, B. Direito Administrativo e Controle. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.188-189]. Considera-se que referido controle, todavia, é realizado sobre o poder concedente e a agência setorial reguladora.

9.12 Uma vez que o caso concreto não versa sobre contrato de concessão ou de permissão de serviço público, mas sim de autorização não precedida de processo licitatório, o Tribunal deve realizar seu



acompanhamento por meio de exame de relatório encaminhado periodicamente pela agência reguladora, contendo informações sobre a outorga efetuada [ZYMLER, B. Direito Administrativo e Controle. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.188], ressalvadas as distinções entre a autorização concedida ao ONS e as demais autorizações concedidas a produtores autônomos e independentes de energia, com base no art. 21, inciso XII, da CF/1988.

9.13 Outro objeto de controle será o cumprimento, pela ANEEL, do Decreto 5.081/2004, notadamente a realização de auditoria dos sistemas e dos procedimentos técnicos do ONS prevista no art. 9º do referido ato normativo.

9.14 Em todos os casos citados, o TCU exerce fiscalização de segunda ordem, com o objetivo de verificar a regularidade da atuação da agência reguladora, não do prestador regulado de atividade qualificada como serviço público. Assim, cabe dar provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

10. Das análises anteriores, conclui-se que:

10.1 A distinção realizada pelo recorrente entre assunção de serviços públicos pela iniciativa privada e criação de operadores desvinculados dos órgãos de governo é pouco relevante ao deslinde do caso concreto, pois a atração de investimentos e promoção de competitividade no sistema elétrico mediante a criação de autoridade central configura tendência associada à transferência da prestação de serviços públicos aos agentes particulares.

10.2 A atividade desempenhada pelo ONS é inerente à prestação de utilidade formalmente definida como serviço público pela Constituição Federal ('serviços de energia elétrica'), devendo também ser considerada como serviço público no sentido jurídico do termo, delegado por meio de autorização, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea 'b', da CF/1988, da Lei 9.648/1998, da Lei 10.848/2004 e do Decreto 5.081/2004.

10.3 Quanto aos potenciais de energia hidráulica, a atividade do ONS constitui 'gestão de bens públicos' apenas no sentido mais amplo do termo. Juridicamente, tal gestão qualifica-se como acessória e inerente à prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional, e por ela absorvida, não atraindo a incidência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e a jurisdição dessa Corte de Contas.

10.4 Embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero 'preço público', tarifas representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Quando são recebidas pela Administração pública, classificam-se como receita pública originária, mas quando pagas a particulares que prestam o serviço público por delegação, não se encaixam em nenhuma das modalidades de receitas públicas, originárias ou derivadas. Os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou derivada, mas sim como recursos particulares.

10.5 O ONS, embora deva ser considerado como prestador de serviço público delegado por autorização, juridicamente não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União.

10.6 O controle desta Corte de Contas sobre particulares delegatários de serviço público, tais como as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, sejam eles concessionários, permissionários ou autorizados, dá-se principalmente de forma indireta, mediante o controle realizado sobre o poder concedente e a agência reguladora setorial. A caracterização da atividade do ONS como serviço público, portanto, é por si só insuficiente para atrair a incidência do artigo 70, parágrafo único, da CF/1988, e a consequente jurisdição desta Corte.

10.7 Não há também como se afirmar que o ONS estaria submisso ao chamado controle finalístico de segunda ordem, visto que este é exercido sobre a atividade de regulação desenvolvida pela agência setorial, não sobre a prestação em si de serviços públicos, desempenhadas pelos concessionários, permissionários ou agentes autorizados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443, de 1992:

a) conhecer do pedido de reexame e, no mérito, dar-lhe provimento, alterando a redação do item 9.1 do Acórdão recorrido, nos seguintes termos:

‘9.1. conhecer da representação, porquanto presentes os requisitos previstos nos artigos 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la não procedente;’



9.2. confirmar a não inclusão do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) na jurisdição do TCU, uma vez não configurada a incidência do art. 70, parágrafo único, da CF/1988 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992;'

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, ao Ministério de Minas e Energia, à Aneel, e aos demais interessados."

2. Em despacho à peça 76, considerando a relevância da matéria e o questionamento acerca da abrangência da jurisdição desta Corte, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto a este Tribunal, que discordou da análise da Serur nos seguintes termos (peça 77):

"Trata-se de pedido de reexame intentado pelo **Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS**, em face do Acórdão nº 798/2016-Plenário (Relator o Ministro Vital do Rego), que confirmou a sujeição do recorrente à jurisdição do TCU, nos seguintes termos:

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

9.1. *conhecer da representação, porquanto presentes os requisitos previstos nos artigos 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;*

9.2. *confirmar a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à jurisdição do TCU, por força do art. 70, parágrafo único, da CF/88 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992;'*

O acórdão recorrido foi mantido incólume pelo Acórdão 1.407/2016-Plenário, que decidiu embargos de declaração opostos pelo mesmo ONS.

Na atual fase do feito, a unidade técnica examinou o pedido de reexame em instrução de peça 73 e, acolhendo parte dos argumentos do recorrente, concluiu no sentido de se conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, para **confirmar a não inclusão do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) na jurisdição do TCU**.

Para concluir nesse sentido, o auditor-instrutor da Serur (secundado pelo corpo dirigente), em essência, afasta os três fundamentos do voto condutor da deliberação recorrida que guiaram a conclusão do Plenário no sentido da sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico à jurisdição do TCU: 1) a gestão de recursos públicos representados pelos potenciais de energia hidráulica; 2) a natureza pública das tarifas que sustentam financeiramente o ONS; e 3) o caráter eminentemente público das atividades desenvolvidas pelo ONS, que se destinam ao atendimento de necessidades da coletividade.

A Serur, para se contrapor aos fundamentos acima indicados, argumenta, em síntese:

a) a atividade do ONS constitui gestão de bens públicos apenas no sentido mais amplo do termo, pois tal gestão qualifica-se como acessória e inerente à prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica e por ela absorvida, não atraindo a incidência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e a jurisdição do TCU;

b) embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero 'preço público', as tarifas que mantém o ONS representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Quando são recebidas pela Administração pública, classificam-se como receita pública originária, mas quando pagas a particulares que prestam o serviço público por delegação, não se encaixam em nenhuma das modalidades de receitas públicas, originárias ou derivadas. Assim, os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou derivada, mas sim como recursos particulares;

c) O ONS, embora deva ser considerado como prestador de serviço público delegado por autorização, juridicamente não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União. A caracterização da atividade do ONS como serviço público, portanto, é por si só insuficiente para atrair a incidência do artigo 70, parágrafo único, da CF/1988.

Com as devidas vêniás, discordo da posição da Serur.

Entendo que se mantém hígidos os fundamentos que balizam a deliberação recorrida no sentido de confirmar a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico à jurisdição do TCU. Senão, vejamos.

A gestão de bens públicos por parte do ONS

De plano, manifesto meu entendimento de que efetivamente o Operador Nacional do Sistema Elétrico gerencia e administra bens públicos e, não obstante ser dotado de personalidade jurídica de direito privado, está subsumido ao que dispõe o Parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal:



'Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Grifei)'

Importa contextualizar historicamente a disposição constitucional acima reproduzida.

Não é por acaso que o constituinte derivado modificou a redação original do dispositivo constitucional antes referido, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

A redação original não previa o alcance do controle externo (art. 70, *caput*) sobre as pessoas jurídicas de direito privado. Eis a redação original:

'Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.'

Essa alteração constitucional foi necessária para manter o sistema de controle coerente com a reforma do aparelho do Estado que aconteceu no mesmo período histórico da EC 19.

O constituinte derivado procedeu à alteração do parágrafo único do art. 70 da Constituição e cuidou de enfatizar e não deixar margens a dúvidas ou a interpretações que todos, qualquer pessoa física ou jurídica, de qualquer natureza, sob qualquer manto ou condições, estão constitucionalmente obrigados a prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos a eles confiados.

E assim o fez porque a reforma então em curso objetivava reduzir o papel do Estado como produtor de bens e prestador de serviços, sem que isso, contudo, resultasse em menor controle sobre as atividades transferidas ao setor privado, desempenhadas para atingimento de finalidade públicas e prestacionais original e constitucionalmente a cargo do Estado.

Foi o período em que ocorreram as privatizações e a chamada publicização, que é a transferência, para entidades não estatais, a produções de serviços competitivos ou não-exclusivos do Estado.

A publicização e o modelo das entidades que se constituem em organizações públicas não-estatais destinadas a absorver atividades publicizáveis (organizações sociais) são regidos pela Lei nº 9.637/1998.

Não por coincidência, o regramento legal que origina o Operador Nacional do Sistema Elétrico **situa-se no mesmo momento histórico**. Trata-se da Lei nº 9.648/1998.

Digo isso porque vejo claramente uma semelhança entre a natureza e as características das entidades qualificadas como organizações sociais e o ONS, tal como foram definidas pelas respectivas legislações de regência.

Assim como o ONS, as organizações sociais são uma forma de propriedade não-estatal, constituída sob a roupagem de associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento de um interesse público.

Além disso, o exame da Lei nº 9.637/1998 permite identificar as seguintes características das OS, que também são observáveis no ONS:

- 1) absorvem funções públicas antes desenvolvidas por um ente estatal extinto;
- 2) têm autonomia administrativa muito maior do que a dos órgãos e entidades integrantes do aparelho do Estado, não estando sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na administração pública;
- 3) seus funcionários são contratados mediante as regras da CLT;
- 4) podem receber recursos financeiros públicos (via dotação orçamentária global no caso das OS, via tarifas de energia elétrica, no caso do ONS) e administrar bens e equipamentos originalmente pertencentes ao Estado;
- 5) têm como órgão de deliberação superior um conselho composto de representantes dos seus associados e do Estado, com mandato por prazo certo;
- 6) são supervisionados por órgãos estatais, que tem o dever de regular suas ações e avaliar os resultados alcançados e o desempenho, de modo a assegurar a qualidade e a efetividade dos serviços prestados.

As semelhanças entre o ONS e as OS são aqui ressaltadas porque a roupagem que a legislação lhes confere têm consequências diretas para a forma como o controle externo exerce sua jurisdição sobre essas entidades, conforme será visto mais adiante.

Especificamente com relação ao ONS, a Lei nº 9.648/1998 alterou a estrutura institucional do setor elétrico no que se refere ao desempenho da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional (SIN) e, em seu artigo 13, o diploma instituiu a figura do Operador Nacional, encarregado dessa operação.



Prossegue-se, adiante, ressaltando as semelhanças da natureza jurídica e de conformação organizacional do ONS com as organizações sociais.

A referida lei atribuiu ao Operador Nacional personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos.

A função pública por ele exercida consiste nas atividades de planejamento e coordenação da operação de geração e transmissão de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN. O desempenho de tais atividades se dá mediante autorização do Poder Concedente e sob a fiscalização e regulação da Aneel.

Antes da vigência da Lei nº 9.648/1998, as atividades hoje exercidas pelo ONS eram executadas pelos Grupo Coordenador para a Operação Interligada – GCOIs, vinculados à Eletrobrás. O mencionado diploma legal definiu a transição entre as entidades nomeadas em seu artigo 15 (GCOI e Comitê Coordenador de Operações do Norte/Nordeste – CCON) e a transferência das atividades executadas por aqueles órgãos à nova entidade. E, no § 1º do citado art. 15, **foi previsto o aporte de ativos e bens ao ONS**, oriundos dos órgãos que então exerciam as atividades absorvidas pelo Operador. Para tanto, autorizou a Eletrobrás e suas subsidiárias a transferir ao ONS, sob as condições aprovadas pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, os bens vinculados à coordenação da operação do sistema elétrico, especialmente os ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação do Sistema – CNOS e dos Centros de Operação do Sistema Elétrico - COS.

Trata-se, portanto, de peculiaridade do ONS até o momento não abordada nestes autos, mas que se revela como circunstância relevante para concluir pela incidência da jurisdição do TCU sobre essa entidade.

Vê-se que no nascedouro do Operador incide a primeira característica que atrai para ele a sujeição ao Parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal: efetivamente, ele utiliza, guarda e administra bens públicos que lhes foram transferidos dos órgãos extintos e dos quais assumiu as funções de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional. Esse aspecto também é observável nas entidades privadas qualificadas como organizações sociais que absorvem atividade pública publicizável: elas também passam a ter a guarda e administração de bens públicos que lhe são transferidos da entidade pública extinta.

Ou seja, o evento jurídico de surgimento do ONS em tudo se assemelha à qualificação de uma entidade privada como organização social. Veja-se, como já ressaltado, que os diplomas legais que previram a criação desses organismos materializam no mundo fático regras que se contextualizam no seio de uma ampla reforma administrativa ocorrida na época (década de 90 do século passado). Dessa forma, referidas leis devem ser interpretadas em consonância com a alteração constitucional promovida no referido parágrafo único do art. 70 da Carta Política: A reforma do aparelho do Estado teve entre seus objetivos a transferência, para entes privados, de atividades antes exercidas por organizações públicas, mas passíveis de serem desempenhadas com maior eficiência pelo chamado terceiro setor. Todavia, tendo em vista justamente a necessidade de garantir o atendimento, com eficiência e presteza, dos serviços destinados à coletividade, o constituinte derivado cuidou de deixar indene a dúvidas que mesmo as entidades privadas que se encontrassem em alguma das situações prevista naquele dispositivo (utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos) estariam também sujeitas à prestação de contas e, portanto, à jurisdição do TCU.

A interpretação, à luz da Constituição, dos normativos promulgados naquele momento histórico, conduz à conclusão que tanto as organizações sociais quanto o ONS estão sujeitos à prestação de contas dos recursos públicos por eles utilizados e ao controle, tanto dos respectivos órgãos supervisores/regulamentadores, quanto do exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União.

Com efeito, o ONS, a rigor, somente não é passível de qualificação como organização social porque suas atividades – de caráter exclusivo e eminentemente públicas, como será tratado mais adiante – não se enquadram entre aquelas previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde. Por isso, o legislador pátrio lhe definiu a roupagem – em tudo semelhante a uma organização social – mediante norma própria, no caso, o art. 13 da Lei nº 9.648/1998.

Ora, é cediço que o TCU, desde a criação da figura das organizações sociais, firmou entendimento que elas lhe são jurisdicionadas. É o que preconiza a Decisão nº 592/1998-Plenário:

‘8.1 firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 [...]’

Assim, tendo em vista as similitudes aqui já extensamente enumeradas, entre as OS e o ONS, de acordo com as mesmas premissas que orientaram a decisão acima transcrita, não se vislumbra razões para que o Operador Nacional também não esteja sujeito à jurisdição do TCU.

Deve ser ressaltado que, com muito mais razão ainda, essa sujeição aos variados níveis de controle estabelecidos pelo sistema jurídico brasileiro deve ser firmemente aplicada ao ONS, tendo em conta que, como será tratado com maior minudência em parte específica deste parecer, as atividades públicas por ele exercidas se configuram como de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade de seus administradores e imprescritíveis, ou seja, estão muito mais próximas ao núcleo central dos serviços essenciais do Estado, do que o rol de atividades passíveis de serem executadas pelas organizações sociais, que atuam na prestação de serviços não-exclusivos do Estado.

Até aqui vimos que o ONS detém, desde o início de sua existência, uma característica que lhe insere no manto de abrangência do parágrafo único do art. 70 da CF: a utilização, guarda e administração dos bens e ativos então pertencentes aos órgãos que exerciam as atividades de planejamento e coordenação da operação de geração e transmissão de energia elétrica, à semelhança do que ocorre em uma organização social, que absorve as atividades de uma entidade pública extinta. Ademais, justamente por essa e outras diversas características comuns entre o ONS e as OS, encontra-se o Operador do Sistema passível de submeter-se à jurisdição do TCU, tal como já assentado incontroversamente pelo Tribunal, com relação às organizações sociais.

Além disso, ainda existe mais uma peculiaridade do ONS que remete a outro verbo contido no parágrafo único do art. 70 da Constituição: gerenciar de bens públicos representados pelos potenciais de energia hidráulica, como listado no art. 20, inciso VIII, da CF/88.

Com as devidas vênias, não merecem prosperar os argumentos do recorrente e as análises da Serur de que a atuação do ONS sobre quando e em que intensidade as geradoras podem transformar os potenciais hidráulicos em energia não se revela como gestão de recursos públicos ou são, no máximo – no dizer da Serur – atividades acessórias e inerentes à prestação do serviço público.

Nesse ponto, é importante diferenciar quatro atividades distintas que integram a função pública de prestação de serviços de energia elétrica: geração, transmissão, redistribuição e **coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos**. Essa última é exercida com exclusividade, mediante delegação do Poder Público, pelo ONS.

A distinção acerca dessas quatro atividades e dos agentes que estão autorizados a exercer cada uma delas é crucial para a conclusão de que efetivamente o Operador do Sistema gerencia os bens públicos representados pelos potenciais de energia hidráulica.

Na monografia ‘A natureza jurídica da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN’, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Vitor Lanza Veloso faz amplo estudo sobre a questão e assevera que a atividade exercida pelo ONS se constitui como um serviço autônomo de energia elétrica, ou seja, é mais um elo integrante do plexo de atividades necessárias à realização da atividade de oferecimento da utilidade ‘energia elétrica’ à população. Elucidativa a seguinte passagem da obra:

‘Deve-se observar que, ao reservar à União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, a Constituição não delimitou a extensão de tal obrigação. Em outras palavras, a Carta Magna não define de forma explícita quais são os serviços e instalações de energia elétrica, a possibilitar a identificação dos que incumbem à União e das eventuais atividades que, ainda que se vinculem à indústria energética, podem ser exploradas livremente pelos particulares.

Remete-se, assim, ao legislador ordinário a referida especificação. Significa dizer que tal especificação não ocorrerá jurisprudencial ou doutrinariamente, dependendo de lei em sentido estrito que possua supedâneo constitucional para tanto, único meio adequado e legítimo para compressão da esfera de liberdade econômica dos privados. Por essa mesma razão, não cabe à Administração Pública a identificação originária de serviços e instalações de energia elétrica por meio da edição de normas infralegais.

Com efeito, a tarefa de que se cogita não se encontra no âmbito de discricionariedade da decisão política do legislador ordinário. Ao proceder a identificação dos serviços e instalações de energia elétrica, deverá o legislador: (i) garantir o exercício pleno e completo da competência, i.e., a realização da atividade à qual se destina (oferecimento da utilidade ‘energia elétrica’); (ii) evitar o sacrifício desnecessário do princípio da liberdade de iniciativa no âmbito econômico.’

Em outras palavras, não poderá o legislador infraconstitucional deixar de qualificar certas atividades como ‘serviços e instalações de energia elétrica’, sob pena de impossibilitar o exercício pleno e completo da

competência – desrespeitando o princípio do exercício obrigatório da competência. Por outro lado, não poderá qualificar toda e qualquer atividade/instalação ligada à indústria de energia elétrica como ‘serviços e instalações de energia elétrica’, sob pena de sacrificar desnecessariamente o princípio da liberdade de iniciativa, o que é juridicamente vedado.

São variadas as vias interpretativas da Constituição postas à disposição do legislador para o empreendimento da tarefa acima explicitada.¹¹⁰ Aponta-se, nesse contexto, o critério vislumbrado por LOUREIRO, limitando-se a identificação dos serviços de energia elétrica como as atividades ‘material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização’; ou, ainda, as atividades ‘exclusiva, direta e permanentemente vinculadas à obtenção material da utilidade’.

Assim, sem maiores dificuldades, identificam-se como serviços de energia elétrica, nos moldes da Constituição, art. 21, XII, ‘b’, (i) a geração; (ii) a transmissão; e (iii) a distribuição de energia elétrica.’ (Grifos acrescidos).

Prossegue o autor, ao aprofundar o estudo da atividade de coordenação e controle da operação do sistema:

*‘Cumpre, inicialmente, precisar a **autonomia da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN.***

Verificou-se que a atual conformação empírica do setor elétrico brasileiro construiu-se historicamente como resultado de um processo em que se priorizou a geração de energia elétrica de fonte hidrelétrica, o que se dá mediante a exploração de potenciais hidráulicos cada vez mais distantes dos centros de consumo. Essa característica demandou desenvolvimento de uma extensa malha de transmissão para o escoamento da utilidade.

Da necessidade de se propiciar um aproveitamento otimizado da capacidade instalada surgiram e se aprofundaram as iniciativas de interligação, movimento que culminou na estruturação de sistemas eletroenergéticos interligados, cuja interligação recíproca resultou no Sistema Interligado Nacional – SIN. Este Sistema, como visto, abrange a maior parte do território nacional, restando fora de seu âmbito apenas alguns residuais sistemas isolados.

*Nesse contexto de intensa interligação, observou-se uma robusta complexificação operacional, voltada para maximização do aproveitamento das potencialidades dos sistemas de forma a possibilitar o pleno atendimento dos destinatários da utilidade com segurança, continuidade e qualidade. **O modelo adotado para tanto, como visto, caracteriza-se pela centralização em uma entidade – dotada de uma visão geral das condições e possibilidades do sistema eletroenergético – das decisões sobre a operação das instalações de geração e de transmissão interligadas.***

Referido modelo introduz, como sua peça chave, a atividade de coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos – especificamente, do Sistema Interligado Nacional, na realidade atual do setor elétrico brasileiro.

*Se, antes da introdução da coordenação operacional, os agentes de geração utilizavam seus próprios critérios de operação e aplicavam livremente suas disponibilidades de energia – o que inevitavelmente acarretava no aproveitamento insatisfatório de sua capacidade –, **agora, tal autonomia restringe-se a ponto de se afirmar que não mais existe. O mesmo pode-se afirmar quanto à utilização das linhas de transmissão, que, passa a obedecer determinados imperativos de otimização/segurança, em um âmbito de variadas possibilidades propiciadas pela configuração intensamente interligada da rede.***

Significa dizer que com introdução da atividade de coordenação e controle da operação, os agentes de geração e transmissão que atuam no âmbito do Sistema Interligado Nacional, individualmente considerados, são despojados das decisões sobre o despacho da energia elétrica e a utilização das linhas de transmissão, respectivamente. Tais decisões são transferidas para um terceiro, o qual as centraliza e por elas passa a se responsabilizar, utilizando-se de procedimentos específicos e de sua posição privilegiada no que se refere à visão geral do sistema.’ (Grifos e sublinhado acrescidos).

Esse terceiro, centralizador dessa atividade autônoma e essencialmente pública, não passível de ser exercida no âmbito do mercado concorrencial e da livre iniciativa, é o Operador Nacional do Sistema.

Em cada uma das quatro atividades acima identificadas, os respectivos agentes exercerão, na medida de suas atribuições e segundo a natureza de seus negócios, a gestão dos recursos materiais de que dispõem para a exploração comercial dos potenciais de recursos hídricos (no caso da geração, transmissão e distribuição),



segundo os limites e particularidades dessas atividades, até que a utilidade pública representada pelo fornecimento de energia elétrica efetivamente chegue a cada consumidor.

Com respeito à geração, transmissão e distribuição, por serem atividades passíveis de exercício pelos particulares, mediante concessão ou permissão, no mercado concorrencial, a atuação regulatória compete à agência reguladora, cabendo ao TCU uma fiscalização de segunda ordem sobre o controle exercido pela agência, conforme já pacificamente assentado na jurisprudência da Corte de Contas.

Contudo, quanto à atividade de **coordenação e controle da operação**, não se cogita de exploração econômica. Está-se diante de uma atividade concretamente necessária e indispensável para o fornecimento de energia elétrica, que se qualifica técnica e juridicamente como um serviço de energia elétrica autônomo, estranho às atividades das concessionárias e permissionárias das atividades de geração, transmissão e distribuição. O limite de atuação dos particulares que desempenham essas três atividades é informar ao ONS o período de disponibilidade para então aguardar o despacho do Operador para serem acionadas. **Desse modo, o ONS é única e fundamentalmente o responsável – não simplesmente de forma acessória – pelo gerenciamento dos potenciais de energia hidráulica.**

Ora, os potenciais de energia hidráulica estão claramente definidos no art. 176 da CF como propriedades pertencentes à União:

‘Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.’ (Grifei).

Assim, afasta-se quaisquer argumentos que intentem comparar o ONS aos concessionários e permissionários dos outros três serviços de energia elétrica, com o objetivo de, assim, afirmar que ele não se submete à jurisdição do TCU.

Também restou explicitado que a atividade de coordenação e controle da operação do sistema não é mera atividade acessória à prestação do serviço público de fornecimento de energia à coletividade.

Em conformidade com o exposto, o setor de energia elétrica passa a necessitar de forma imprescindível de um modelo de operação que se consolida na centralização das decisões sob a competência de um único ator setorial da atividade de coordenação e controle dos sistemas interligados, o ONS – cuja atividade assume caráter essencial para a prestação do serviço público de energia elétrica, o que demonstra o inequívoco interesse público de que ele se reveste, na medida em que **efetivamente gere os potenciais de energia hidráulica**. Ou seja, essa gestão é exclusiva do ONS, e não é passível de ser executada pelos demais agentes particulares permissionários e concessionários. A modelagem assim delineada para o sistema elétrico é, portanto, diametralmente oposta ao argumento do recorrente de que ele não executaria o efetivo controle da utilização dos potenciais de energia hidráulica.

A compreensão desse fenômeno restou plenamente apreendida pelo voto condutor da deliberação recorrida, na seguinte passagem:

‘32. No tocante ao argumento de que o ONS não gere recursos públicos, concordo com os argumentos trazidos pela unidade técnica de que o operador efetivamente atua na gestão de bens públicos, a exemplo dos potenciais hidráulicos:

‘70. De fato, as atividades do ONS não são idênticas às dos geradores. Porém, como restou caracterizado desde a instrução anterior, sobre elas exerce papel fundamental, à medida em que devem aguardar a sinalização do Operador para o efetivo despacho de energia. O ONS, portanto, atua decisivamente na gestão, na exploração e no aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica que são bens da União (art. 20, inciso VIII, e art. 176 da CF/88)’

33. Por certo, o ONS explica que age sempre calcado na autorização da Aneel, bem como de outros atores inseridos no cenário da execução da política energética brasileira. O operador tenta demonstrar que seria um mero executor das diretrizes estabelecidas pela agência reguladora, o que denotaria não haver gestão de recursos públicos entre as suas atividades.

34. Não acolho esse argumento. A Resolução 3/2013 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) estabelece em seu artigo 2º particularidades que demonstram a administração direta do ONS sobre o despacho de energia e consequente formação do preço deste produto:

‘Art. 2º Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.



§ 1º A decisão do CMSE deverá ser respaldada em estudo do ONS, consolidado em Nota Técnica específica.

§ 2º O Custo Variável Unitário – CVU de usina termelétrica despachada conforme o disposto no **caput** não será utilizado para a determinação do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD.

§ 3º A usina termelétrica despachada na forma do caput receberá, para cada MWh produzido, o exato valor de seu respectivo CVU.

§ 4º O custo do despacho adicional de usina, acionada por decisão do CMSE, será calculado pelo produto do montante desse despacho e a diferença entre o CVU da usina e o PLD.

§ 5º O custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, de acordo com as normas vigentes, mediante processo de contabilização e liquidação da CCEE, e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, na forma do disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004.’

35. Além dessa resolução, há trabalhos já desenvolvidos neste Tribunal que corroboram que, conquanto o operador aja mediante autorização do Poder Concedente, várias de suas ações comportam autonomia de decisão que os normativos seriam incapazes de abarcar, em virtude de todas as particularidades envolvidas na gestão dos recursos energéticos. Aponto como exemplo trecho do relatório do Acórdão 1.171/2014-TCU-Plenário (TC 012.949/2013-2), relativo ao monitoramento de auditoria realizada para avaliar o tema Segurança Energética (TC 021.247/2008-5):

‘42. Ressalta-se, ainda, que, ‘por decisão do CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados’, conforme previsto no art. 2º da Resolução CNPE 3/2013. Isto é, **mesmo após essa internalização, o ONS ainda tem a prerrogativa de deterministicamente efetuar o despacho, independente do que indiquem os modelos computacionais.**’ (grifos acrescidos)

Embora a argumentação até aqui desenvolvida seja apta, a meu ver, para evidenciar que o ONS utiliza, guarda, gerencia e administra bens públicos, posição que lhe sujeita à jurisdição do TCU, a atividade pública exercida pelo Operador do Sistema será objeto de outras considerações jurídicas mais adiante, de modo a reforçar o caráter público de suas funções.

A natureza dos recursos que mantêm o ONS

A Serur, acolhendo argumento do recorrente, conclui em seu exame que, embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero ‘preço público’, as tarifas que mantêm o ONS representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Nesse sentido, seriam receitas recebidas pelos particulares prestadores dos serviços públicos (distribuidoras de energia elétrica, mediante pagamento da Tarifa de uso do Sistema de Transmissão – TUST) e não se constituíam em recursos públicos.

Todavia, o modelo de aporte de recursos ao ONS deve ser avaliado – para se afirmar a jurisdição do TCU – segundo a sua característica parafiscal, no sentido de que esses recursos são buscados **compulsoriamente** junto aos associados do sistema elétrico e têm por fim o financiamento de uma atividade pública.

Com efeito, a Aneel impõe, nos contratos de concessão, cláusula sobre a obrigatoriedade de custeio do ONS. Assim, nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão, há previsão para a cobrança mensal de Encargos de Uso do Sistema de Transmissão e de emprego de recursos dessa fonte no pagamento ao ONS pelos serviços de coordenação e controle da operação dos sistemas interligados e de administração dos serviços de transmissão por ele prestados, conforme já explicitado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica em suas instruções de peças 19 e 28.

A compulsoriedade da busca de recursos para a operação e funcionamento do ONS imprime a esses valores um componente de parafiscalidade, na medida em que a arrecadação desses valores junto aos associados do sistema – seja via canalização de tarifas, seja via contribuição direta dos agentes concessionários e permissionários – tem por intuito manter atividade específica desenvolvida por entidade de direito privado, mas voltada para relevante interesse social, como é o caso das atribuições a cargo do Operador Nacional.

Sobre o assunto, é oportuno apresentar importantes considerações sobre o fenômeno da parafiscalidade, conforme formuladas por Roque Antonio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário):



'Também as 'contribuições parafiscais' não se constituem numa nova modalidade de tributos. São, simplesmente, tributos.

*Conforme já afirmamos, os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa que os instituiu. Como, porém, a **capacidade tributária ativa** é delegável por lei, nada obsta a que uma pessoa, diversa daquela que criou a exação, venha, afinal, a arrecadá-la. Para tanto, basta, fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do **princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação**.*

*Ora bem, quando uma pessoa, que não aquela que criou o tributo, vem a arrecadá-lo, para si própria, dizemos que está presente o fenômeno da **parafiscalidade**. E, de modo mais ou menos invariável, o tributo assim cobrado ganha o nome de 'contribuição parafiscal' (Grifos do original).*

Verifica-se, então, que a obrigação de os agentes contribuírem para o funcionamento do ONS decorre de imposição da União, via Aneel, em conformidade com a legislação de regência.

*Nos termos do art. 14 da Lei 9.648/1998, cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários ao seu funcionamento, o que abrange, por certo, **como serão obtidos os recursos que manterão o Operador Nacional**.*

Não são, portanto, prestações efetuadas voluntariamente, mas compulsoriamente, por decorrência de ato de poder público em sentido amplo, em que se manifesta uma capacidade do poder concedente sobre atividade reservada à União, o que lhe imprime o caráter de parafiscalidade.

A meu ver, o fundamento constitucional do modelo de aporte de recursos ao ONS, por parte dos agentes econômicos que dependem da atuação daquela entidade para exercerem suas atividades na prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, advém do disposto no art. 149 da Constituição Federal:

*'Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir **contribuições** sociais, de intervenção no domínio econômico e **de interesse das categorias** profissionais ou **econômicas**, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.'* (Grifei).

*Ora, as contribuições compulsórias que os associados do sistema (via taxa ou via contribuição direta) são obrigados a pagar para o funcionamento do ONS, segundo meu entendimento, encaixam-se perfeitamente na natureza jurídica definida constitucionalmente como sendo uma contribuição de interesse de categoria econômica específica (os agentes concessionários e permissionários do sistema elétrico), necessário ao desenvolvimento de uma atividade essencialmente pública, qual seja, **a coordenação e controle da operação do sistema elétrico**.*

*É cediço que o caráter tributário de contribuições parafiscais tais como as aqui analisadas, independem do *nomem iuris* de que se revestem (art. 4º, inciso I, do CTN). Assim, para a caracterização jurídica da natureza dos recursos que irrigam o ONS, é irrelevante discutir se se tratam de tarifas pagas em razão de contraprestação pecuniária contratual. Basta reconhecer seu caráter compulsório e sua destinação à finalidade pública.*

Complementando o raciocínio, deve ser ressaltado que a obrigação de pagamento ao ONS é distinta da cobertura tarifária que gera os meios financeiros para a concretização desse pagamento.

O fato de os agentes incumbindo da manutenção do ONS, mediante aporte de recursos que lhes são compulsoriamente exigidos, serem compensados por cobertura tarifária, nos moldes hoje definidos pela Aneel, é uma questão acessória que não desnatura o fundamento de que essa receita tem destinação pública certa. Ou seja, embora na relação jurídica que se estabeleça entre concessionárias e consumidores de energia esses valores se configurem como contraprestação de serviço privado, quando há o repasse obrigatório desses mesmos valores para o ONS, se qualificam como recursos de caráter parafiscal, subsumindo-se, portanto, à hipótese de incidência da jurisdição do TCU prevista no art. 5º, inciso V, da Lei nº 8.443/1992:

'Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

...

V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;'

Detêm, esses recursos, a mesma natureza das contribuições destinadas aos serviços sociais autônomos e aos conselhos de fiscalização profissional, que, sabida e pacificamente, sujeitam-se à jurisdição do TCU.

O serviço público prestado pelo ONS

Já vimos, em linhas acima, que a atividade exercida pelo ONS se revela como uma função tecnicamente autônoma e indispensável para o regular fornecimento de energia elétrica, independente das atividades das concessionárias e permissionárias para a geração, transmissão e distribuição.

Cumpra agora, densificar juridicamente o caráter público de suas funções, de modo a reforçar a necessidade de que esse serviço público esteja sujeito ao controle externo.

No contexto da interligação necessária ao sistema elétrico brasileiro, originou-se uma complexa rede operacional que exige a centralização, no ONS, das decisões sobre a operação das instalações de geração e de transmissão. Exige-se, assim, a atividade de coordenação e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos.

A segregação dessa função estratégica e essencial ao perfeito funcionamento do sistema extrai seu assento jurídico do fundamento constitucional do art. 21, XII, 'b' da CF/88 e reserva ao Poder Público o seu exercício.

Por sua vez, a disciplina do art. 13 da Lei nº 9.648/1988 dispõe que as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão são desempenhadas mediante autorização da União (poder concedente).

Ou seja, o ato pelo qual o Poder Público delega ao terceiro particular o exercício de uma atividade de sua competência consiste, no dizer de Vitor Lanza Veloso (*op. cit.*) uma técnica de delegação de competência:

'Significa que, aqui, a União, competente para o desempenho da atividade, estaria atuando indiretamente. Nesse caso, o ato de autorização estaria constituindo uma situação jurídica nova entre o Poder Público e o destinatário da delegação, derivada de uma competência estatal preexistente. Haveria, portanto, o alargamento da esfera jurídica do destinatário do ato, atribuindo-se a ele uma posição jurídica da qual não desfrutava anteriormente.

Diferentemente da 'autorização-ato de polícia', na qual o desempenho da atividade é facultativa (devendo observar as condições impostas legalmente), a 'autorização-delegação' constitui para o seu destinatário o dever de desempenhar a atividade que constitui seu objeto. Como visto, por se tratar de competência pública (cujo exercício é delegado), o seu regime jurídico mínimo de direito público impõe a obrigatoriedade do seu exercício. Este é um traço distintivo e fundamental.

[...]

A disciplina da atividade de coordenação da operação da geração e da transmissão no âmbito do SIN aponta para a obrigatoriedade do seu desempenho. O próprio diploma legal pelo qual se previu a autorização para tal desempenho estabeleceu uma série de atribuições (obrigações) ao destinatário do ato – o ONS –, as quais constituem o conteúdo da atividade.¹²³ Inicialmente, a Resolução ANEEL nº. 351/1998 e, posteriormente, o Decreto nº. 5.081/2004, autorizando a execução da atividade, reprisam as referidas atribuições.

Valer dizer, na medida em que a lei e os atos autorizativos estabelecem como obrigação do Operador Nacional do Sistema a execução da atividade, a este é vedado optar por não executá-la. Não se trata de faculdade, mas de obrigação.

O quanto exposto permite afastar eventuais interpretações no sentido de que a autorização prevista no artigo 13 da Lei nº. 9.648/1988 seria mera manifestação fundada no poder de polícia administrativa do Poder Público. Trata-se, no caso, de um ato de natureza delegatória.

Verifica-se, assim, que o referido diploma reconhece as atividades de coordenação e controle da operação do SIN como competência do Poder Concedente, a serem desempenhadas, mediante delegação (autorização) pelo ONS. O comando constitucional que permite tal reconhecimento encontra-se inscrito no artigo 21, XII, 'b' da Constituição de 1988. (Grifos e sublinhados acrescidos).

Em consequência dessa análise, o autor conclui – como não poderia deixar de ser – que as atividades exercidas pelo ONS estão sujeitas ao um regime jurídico que deve se pautar pelos princípios encartados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que se referem não apenas subjetivamente à Administração Direta e Indireta, mas à própria função administrativa.

Coaduna-se com esse entendimento as ponderações lançadas pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Medida Cautelar em ADI 3090-6, ao aduzir que o ONS caracteriza-se como:

'[...] uma pessoa jurídica de direito privado 'atípica', com forte coloração pública. É uma instituição peculiar que desempenha uma função de eminente interesse público [...] entidade associativa que não se enquadra no modelo tradicional de uma associação privada.' (Grifei).



Aliados, assim, a essencialidade do serviço público a cargo do ONS e o regime público a que se submete, importa dispor-se de efetiva fiscalização de suas atividades, de modo a garantir que cumpra com eficiência o seu papel.

Reside aqui, portanto, em reforço às questões de gerenciamento de bens públicos e da natureza dos recursos que mantêm o ONS, mais um ponto que reclama a incidência da jurisdição do TCU, conforme bem assinalou o relator da deliberação recorrida:

‘A submissão do ONS à jurisdição do TCU coaduna-se com o alcance do interesse público, consubstanciado no atendimento ao princípio do bom e regular emprego dos recursos do erário, associado aos princípios da eficiência e da transparência para o alcance das políticas públicas’

Ou seja, interessa ao Controle Externo avaliar a gestão e fiscalizar, sob os aspectos operacionais, a atuação do ONS no desempenho das atividades a seu cargo, na medida em que participa ativamente da formação de parcela expressiva da política pública voltada para a área do setor elétrico.

Ressalte-se que, recentemente, as atribuições do ONS assomaram em importância, uma vez que a Lei nº 13.360/2016 ampliou seu leque de atividades, incumbindo-lhe de cuidar da previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol), abrangendo, assim, praticamente toda a produção de energia elétrica do país.

O tipo de controle a ser exercido pelo TCU sobre o ONS

Consoante todo o exposto até aqui, depreende-se que as razões recursais não são aptas a ensejar o provimento do recurso, de modo a afastar a jurisdição do TCU sobre o ONS, como pretende o recorrente.

Todavia, considerando que os embargos de declaração opostos em face do Acórdão 798/2016-Plenário intentaram esclarecer relevantes questões sobre a forma como seria exercido o controle do TCU sobre o Operador Nacional do Sistema, e, considerando, ainda, o caráter integrador do Acórdão que julgou os embargos e o efeito devolutivo pleno que informa a apreciação dos pedidos de reexame, necessário se faz tecer considerações adicionais acerca desse ponto.

Se, por um lado, é patente a função pública exercida pelo ONS, de outro, há que se considerar, para fins do exercício do controle externo, as particularidades de que se reveste essa instituição, na forma definida pelo legislador pátrio.

Ao revesti-lo de natureza jurídica de direito privado, busca-se conferir-lhe maior autonomia do exercício de suas atividades, de modo a se desincumbir de suas relevantes responsabilidades com menos amarras e maior agilidade, como exige a natureza dos serviços que executa.

Essa peculiaridade coaduna-se com a política governamental implementada no momento histórico em que o ONS foi concebido, ou seja, uma transferência de tarefas de entidades puramente estatais para entidades privadas de cooperação com o Estado, objetivando promover a melhoria da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços de interesse público, eximindo-os de sujeição a controles puramente burocráticos.

Conforme já se assinalou neste parecer, as semelhanças entre a natureza jurídica do ONS e a das organizações sociais podem ser erigidas como fundamento para atrair a competência do TCU sobre o operador, tal como já é exercida sobre as OS. Mas também essas semelhanças devem ser aproveitadas para ressaltar as características peculiares, tanto do ONS quanto das OS, que orientam uma forma diferenciada de como se dá a fiscalização empreendida pelos órgãos de controle.

Nesse passo, importa transcrever relevante análise empreendida pelo Ministro Benjamim Zymler, relator do processo que culminou na Decisão nº 592/1998-Plenário, por se tratar de reflexões que, à época aplicáveis às organizações sociais, de igual modo, segundo a lógica do raciocínio aqui empreendido, também podem orientar a forma de atuação do TCU no controle exercido sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico:

‘6. A concepção das Organizações Sociais apresenta-se indissociável da ideia de controle de resultados [...].

7. Nessa ordem de ideias, é forçoso convir que o mero deslocamento de atividades ou serviços, dos órgãos ou entidades da administração federal para as OS, promove, por si só, um ambiente de competição regulado pelo Estado que estimula o controle social, exercido pelo cidadão-consumidor, sobre a oferta de bens e serviços de interesse coletivo custeada pelo Estado e promove a melhoria da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços de interesse público.

8. Paralelamente, outro controle social se faz sentir na administração



das OS, em razão da composição pluralista e da obrigatoriedade de renovação dos membros do conselho de administração, que equilibram eventuais interesses corporativos que possam sobressair.

9. As organizações sociais sujeitam-se, também, a controles externos de resultados, periódicos e a posteriori, tendo por fim a verificação do cumprimento do contrato de gestão. No caso das Organizações Sociais, esse controle é exercido pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

10. A seu turno, **o Controle Externo, a cargo do Poder Legislativo, também se exerce em relação às citadas OS. Para tanto, o Tribunal, como auxiliar do Congresso Nacional em sua atividade fiscalizadora, deverá se adequar, tendo em conta a substancial redução do espectro normativo a que se submetem esses novos entes estatais, haja vista que o deslocamento da prestação de serviços públicos para entes não-estatais vem marcado pela não-submissão destes ao regime jurídico de direito público.** A flexibilização que daí advém possibilita a adoção de um sistema de administração gerencial, livre das amarras da burocracia e do exagerado normativismo inerente ao regime jurídico de direito público.

11. Em consequência disto, a perspectiva evolutiva aponta no sentido de que o sistema jurídico passe a priorizar o estabelecimento de normas de caráter principiológico e procedimental, em detrimento da costumeira regulamentação material extensiva, permitindo com isso maior dinamismo e diversidade nas relações jurídicas intraestatais e nas estabelecidas entre o Estado e a sociedade.

12. **Nesse contexto, o controle da legalidade deve ceder espaço ao controle teleológico ou finalístico. A aferição de resultados e, sobretudo, a satisfação do usuário serão a tônica da atividade controladora dos setores externos ao núcleo burocrático do Estado'** (Grifei)

Entendo perfeitamente aplicável o raciocínio acima delineado ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, devendo o TCU pautar-se por um controle finalístico, buscando avaliar a sistemática dos programas, projetos e atividades inseridos na esfera de atuação do ONS.

Aliás, a orientação para o chamado 'controle finalístico' recai também sobre outro grupo de entidades que, tal como o ONS, são mantidas por contribuições parafiscais e prestam serviço de interesse público. Refiro-me às unidades integrantes do Sistema S sindical.

O Supremo Tribunal Federal salientou a questão no âmbito do RE 789.874-DF (Sessão de 20.08.2014), com repercussão geral, assim ementado:

'EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA 'S'. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).

1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema 'S', vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho –SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.' (Grifos e sublinhados acrescidos).

Verifica-se dessa decisão do STF uma inclinação a conferir aos Serviços Sociais Autônomos vinculados a entidades sindicais **um maior arejamento em sua gestão**, desembaraçando-os de um controle de



rigidez regulamentar que o TCU estaria propenso a realizar, e conferindo especial ênfase à autonomia desses entes, **cabendo ao controle externo passar a exercer um controle essencialmente finalístico sobre seus resultados institucionais.**

Coerentemente com essa orientação emanada do STF, o Tribunal de Contas da União, a partir de representação formulada por este representante do Ministério Público, está empreendendo estudos aprofundados acerca da forma de atuação do Controle Externo sobre os Serviços Sociais Autônomos e na busca da máxima eficiência na atuação do controle sobre as entidades do referido sistema (cf. Ordem de Serviço Conjunta SEGECEX-SEGEPPRES nº 3, de 22/07/16).

De igual sorte, a sujeição do ONS à jurisdição do TCU deve se pautar por uma relação distinta daquela formada com os órgãos da Administração Pública Federal em geral.

Há que se ter uma especificidade do controle exercido sobre o ONS, **segundo uma orientação finalística.**

O escopo normativo a fundamentar esse tipo de controle encontra arrimo no art. 71, inciso IV, da CF/88, em que é previsto a realização de auditorias de natureza **operacional**, quer dizer, para além do enfoque na regularidade formal dos atos de gestão de cunho contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.

O que se cogita, dada as especificidades da ONS fartamente comentadas ao longo deste parecer, é que o TCU empreenda avaliações de caráter operacional tendo por objetivo focar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da organização, avaliando os programas e atividades de relevante interesse público sob sua responsabilidade, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão da sua atividade fim: **a coordenação e controle da operação do sistema elétrico nacional.**

Ou seja, conforme se depreende dos embargos de declaração manejados em face do Acórdão 798/2016-Plenário, o receio do ONS consiste em que a sujeição ao controle externo exercido pelo TCU estaria a recair sobre a verificação da regularidade formal de seus atos, segundo os aspectos da legalidade e legitimidade dos gastos, numa perspectiva assemelhada ao que se realiza nas unidades em geral da Administração Pública, sem atentar para as peculiaridades que a roupagem jurídica diferenciada confere àquela instituição *sui generis*.

Entendo, como ressaltado no próprio voto do relator da deliberação recorrida, que não há esse risco. Recupero, a propósito, os seguintes trechos do voto condutor:

‘22. O mecanismo da prestação de contas não se justifica apenas sob a ótica da motivação e devida comprovação do gasto público. Prestar contas é antes de tudo possibilitar a transparência quanto aos atos e procedimentos realizados pelos entes públicos para alcançar uma determinada política.

23. Por certo, o gasto público é um instrumento de política pública, mas não é o único objeto do controle externo. O controle não pode ser entendido como um fim em si mesmo, porquanto é antes de tudo um mecanismo para evidenciar a condução da gestão pública, na medida em que possibilita ao cidadão ter acesso a informação para que este possa exercer influência nas atividades da administração pública.

24. Nesse sentido, as prestações de contas também se destinam a comprovar se a atuação de determinada entidade está em conformidade com os programas de governo ou até mesmo se as entidades privadas que atuam na esfera pública obedecem às normas de seus respectivos campos de atuação. Esse controle de enfoque mais finalístico que legalista tem como princípio verificar o cumprimento de metas e a obediência a dispositivos legais que interfiram na eficiência, eficácia e economicidade da gestão.

[...]

29. Preocupado com os resultados do setor energético, o Poder Público, por meio do artigo 13 da Lei 9.648/1998, deixa claro que a transferência da prestação daqueles serviços de energia elétrica da União para o ONS se dá mediante autorização. Essa autorização ex-lege objetiva dar eficiência às ações do Estado mediante a inclusão de um parceiro privado na consecução dos objetivos das políticas públicas de energia.

30. A importância dos programas e ações de governo da área de energia é clara. Esses serviços afetam toda a população, bem como a cadeia produtiva de vários setores, a exemplo da indústria e mineração. O fato de a entidade que executa as ações desse segmento ser privada não afasta a natureza pública dessas atividades.

31. Ao considerar o ONS uma entidade jurisdicionada desse Tribunal, intenta-se avaliar o desempenho do operador para fins de controle finalístico, consoante já mencionado neste voto, com o objetivo de garantir a entrega de bons serviços à sociedade’ (Grifei)

Embora os fundamentos da decisão recorrida tenham declinado o modo de exercer o controle sobre o ONS, a questão não foi expressamente conduzida à parte dispositiva do julgado, o que, no meu entender, também motivou o inconformismo do ONS com o acórdão guerreado.



Considero, adequado, portanto, dar parcial provimento ao recurso, tão somente para deixar explicitado que o controle exercido pelo TCU sobre a instituição consistirá em controle do tipo finalístico.

Ante o exposto, renovando vênias por dissentir do posicionamento da Serur, manifesto-me no sentido de que o Tribunal conheça do recurso e lhe dê parcial provimento, para:

- a) manter em seus exatos termos o Acórdão nº 798/2016-TCU-Plenário;
- b) deixar assente que a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à jurisdição do TCU tem por escopo propiciar o exercício do controle finalístico da entidade, mediante avaliação de seu desempenho, com o objetivo de garantir a entrega de bons serviços à sociedade.”

É o relatório.



VOTO

Mediante o acórdão 798/2016 - Plenário (relator, o ministro Vital do Rêgo - peça 31), o Tribunal conheceu de representação da extinta Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia - SefidEnergia e confirmou a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS à jurisdição do TCU, por força do art. 70, parágrafo único, da CF/88 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

2. Contra o referido acórdão, o ONS apresentou embargos de declaração, conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 1.407/2016 - Plenário (peça 52), o que levou o interessado a interpor o pedido de reexame ora em foco (peça 60).

3. Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo, nos termos dos arts. 32, 33 e 48 da Lei 8.443/1992.

4. A Secretaria de Recursos - Serur, em manifestação transcrita no relatório que antecedeu este voto, considerou procedentes os argumentos recursais e concluiu pelo provimento do recurso, de modo a considerar o ONS não incluído na jurisdição deste Tribunal, uma vez não configurada a incidência do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

5. Entretanto, o Ministério Público junto a este Tribunal - MPTCU divergiu da unidade especializada, o que me leva a abordar, na sequência, as principais questões tratadas no pedido de reexame.

II

6. O ONS é uma entidade privada sem fins lucrativos, com atribuições definidas no artigo 13 da Lei 9.648/1998:

“Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica -Aneel, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS:

- a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;
- b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;
- c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;
- d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
- e) propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão (alínea com redação dada pela Lei 10.848, de 15/3/2004);
- f) propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela Aneel (alínea com redação dada pela Lei 10.848, de 15/3/2004).”

7. A entidade argumentou, quanto ao seu contexto de criação, que não “é fruto da assunção de serviços públicos por parte da iniciativa privada ocorrida durante a década de 1990, mas, sim, reflexo de uma tendência de criação de operadores independentes, propositadamente desvinculados dos órgãos de governo, blindados de possíveis influências político-econômicas”. E, tal qual seu equivalente norte-americano, não possui ativos que não seus próprios centros de operação.

8. Asseverou que não presta serviço público, mas atividade privada de interesse público, pois, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e da Lei 8.975/1995, existem duas únicas modalidades de prestação de serviço público: “de forma direta ou de forma indireta, mediante regime de concessão ou de permissão. E o ONS não é componente do Estado (administração pública direta ou indireta), o que descartaria a hipótese de prestação direta de serviço público”.



9. Reforçou que não explora, nem diretamente, nem indiretamente, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. Suas atividades seriam apenas coordenar e controlar a operação da geração e da transmissão de energia elétrica. Destacou que a coordenação e o controle por ele exercidos não se confundiriam com as atividades coordenadas e controladas, exercidas por seus associados.

10. Argumentou que “o conceito do ONS como operador independente do sistema, órgão setorial constituído como entidade não governamental sem fins lucrativos, surgiu a partir do Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro - Reseb. E esta caracterização teria sido considerada essencial para: (i) assegurar que todos os usuários existentes e potenciais tivessem acesso à rede de transmissão com base em encargos comuns e equitativos; (ii) estimular a expansão do sistema a custo mínimo com indicadores eficientes do preço de transmissão para geração e carga; e (iii) viabilizar a justa competição pelo mercado entre geradores privados e estatais”.

11. O relatório “Modelo Institucional do Setor Elétrico”, aprovado pela Resolução 9/2003 do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, e a Cartilha do Ministério das Minas e Energia - MME sobre o “novo modelo do setor elétrico” motivaram as mudanças trazidas na Medida Provisória 144/2003, das quais se destacou a autonomia dos agentes reguladores e a independência do ONS como condições para expansão do setor elétrico, para atração de investimentos e para a melhoria da governança do Operador. E o mencionado relatório estipularia que as alterações realizadas pela MP 144/2003 teriam como objetivo dotar o ONS de um sistema de governança com caráter independente.

12. Afirmou que não gerencia bens públicos, o que afastaria a incidência do art. 70 da Constituição Federal, e não realiza a gestão dos ativos de transmissão, pois não é detentor dos ativos empregados e não explora economicamente essa atividade, papel que caberia às geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica.

13. Evidenciou que não possui poder de polícia e nenhum tipo de poder coercitivo ou disciplinar sobre os agentes do setor elétrico, mas apenas cumpre procedimentos de rede, previamente aprovados pela Aneel, e as diretrizes estabelecidas por órgãos e entidades públicas especializados.

14. Contestou a conclusão de que a administração e a supervisão dos serviços públicos de energia elétrica seriam também funções públicas e postulou que as disposições da Medida Provisória 144/2003 apontam que as suas atividades devem ser exercidas sem fins lucrativos, o que afastaria a tese de prestação de serviço público.

15. Asseverou o ONS que o fato de parte de seu orçamento vir do cálculo da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - Tust é mera opção regulatória da Aneel, que tem liberdade de escolha da forma de obtenção dos recursos para custeio do ONS: (i) arrecadação via Tust combinada com contribuição associativa; ou (ii) arrecadação exclusiva via contribuição associativa. Salientou que, em qualquer das hipóteses, o conjunto de agentes que suportam o seu custeio é composto apenas pelos associados do Operador.

16. Em decorrência, concluiu que não administra recursos de natureza tarifária em sentido amplo, uma vez que a tarifa de uso representaria mero veículo de arrecadação de valores oriundos exatamente de seus associados, que a tarifa de uso seria simples instrumento arrecadatório e que o emprego desse componente de tarifa não possuiria caráter compulsório.

17. Citou a existência de “processo de aprimoramento do marco regulatório atinente ao orçamento do ONS em curso na Aneel”, com a possibilidade de extinção do componente da Tust aplicável ao custeio das atividades do Operador. Lembrou também a discussão travada no âmbito da Audiência Pública 016/2013-Aneel, na qual a agência reguladora propôs que, a partir de 2018, os recursos necessários para o orçamento do ONS sejam arrecadados “exclusivamente por meio de contribuições de seus membros associados”, e não mais cobertos por valores arrecadados via Tust, proposta que tornaria superada a questão.

18. Apontou “a necessidade de este Tribunal delinear, de forma prática e pragmática, as ações e os limites de atuação da equipe técnica do TCU no que toca ao ONS quando da realização de eventual controle”. Alertou que “o voto condutor do acórdão que julgou os embargos declaratórios tentou delinear o controle de



gastos sob o enfoque puramente principiológico, tendo em vista a inaplicabilidade das normas legais concebidas para a Administração Pública formal, o que traria dificuldades de concretização, devido à existência de diversos graus de realização dos princípios constitucionais”.

19. Afirmou que é impossível aplicar-lhe diretamente o modelo de “controle de segunda ordem”, pois referido paradigma seria cabível apenas às agências reguladoras, as quais seriam fiscalizadas acerca da eficácia e eficiência da estrutura de controle instaurada e em operação. Ponderou que não é uma autarquia reguladora, não possui poder de sanção e não pratica atos coercitivos.

20. Interpretou que o referido “controle de segunda ordem” já seria exercido pela Aneel, ao fiscalizar e controlar todas as suas atividades, e que a atuação do TCU se consubstanciaria em “controle de terceiro grau”, para o qual não haveria balizas definidas no ordenamento jurídico ou na doutrina pátria.

21. Reiterou ainda o ONS que a duplicidade de controle teria o potencial de ensejar diversidade de posicionamento entre os órgãos controladores e resultaria em insegurança jurídica quanto à sua atuação e prejuízo para o setor de energia. Considerou que a manutenção do referido controle importaria um necessário alinhamento prévio de posições entre os dois controladores, prévia à adoção de qualquer medida orientadora ou corretiva.

III

22. Ao analisar os argumentos recursais do ONS, em essência, a Serur concluiu que “a atividade desempenhada pelo ONS constitui gestão de bens públicos, relativa aos potenciais de energia hidráulica, apenas no sentido mais amplo do termo. Juridicamente, tal atividade de gestão qualifica-se como acessória, inerente à prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional e por ela absorvida, não atraindo a incidência do artigo 70, parágrafo único, da CF/1988 e a consequente jurisdição desta Corte”.

23. Entendeu que, “embora seja evidente que as atividades do ONS são custeadas por recursos em última análise oriundos de uma coletividade de usuários de serviço público – aspecto enquadrado, pelo voto condutor do acórdão recorrido, como ‘viés público’ –, trata-se, por si só, de característica insuficiente para estabelecer a competência desta Corte de Contas para a fiscalização dos recursos financeiros nela empregados”.

24. Asseverou que, “embora a atuação do ONS possa ser classificada como serviço público delegado por autorização e caracterize gestão em sentido amplo de bens públicos pertencentes à União, é de se reconhecer que, mesmo que os recursos por ela gerenciados sejam em última análise oriundos da coletividade, não constituem recursos públicos”.

25. Ressaltou que, no voto condutor do acórdão recorrido, “o debate sobre a origem dos recursos geridos pelo ONS ocorreu apenas como reforço à exposição à época apresentada. O fato de que os recursos financeiros geridos pelo ONS não podem ser classificados como recursos públicos propriamente ditos, foi considerado insuficiente para afastar a necessidade de prestação de contas em sentido amplo em relação às atividades de gestão de bens públicos federais”.

26. Entretanto, ao se verificar que: “i) as referidas atividades de gestão de bens públicos federais são apenas um aspecto da prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional; e ii) os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou derivada, mas, sim, como recursos particulares; conclui-se que o ONS, embora possa ser considerado como prestador de serviço público delegado por autorização, juridicamente não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra, nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União”.

27. A Serur informou que, após o julgamento dos embargos declaratórios, o Tribunal se manifestou sobre o afastamento da obrigatoriedade do procedimento de prestação de contas formal e periódico, além da não incidência de normas dirigidas a entidades que compõem a estrutura da Administração Pública (v.g. Lei 8.666/1993 e Lei 4.320/1964). Na ocasião, o Plenário da Corte delineou o seguinte modelo de controle do ONS:

“(i) controle sobre todo e qualquer recurso gerido pela entidade (gastos), mediante exame de adequação de gastos a partir dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no *caput* do art. 37; e



(ii) controle de segunda ordem sobre as atividades finalísticas da entidade, na linha conceitual concebida para as Agências Reguladoras.”

28. Entretanto, ressaltou:

“(a) a denominada atividade fiscalizatória de segundo grau deve recair sobre o cumprimento, pelas agências reguladoras, de seus objetivos institucionais. Tal ação não se destina a controlar a entidade delegatária em si, mas, sim, a examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos de concessão ou permissão por elas firmados”;

(b) uma vez que se entende a atividade de coordenação e controle do Sistema Interligado Nacional como serviço público explorado pela União e prestado por entidade autorizada, e não como atividade de regulação, não há sentido em considerá-la submetida a controle de segunda ordem análogo ao aplicado às agências reguladoras;

(c) entender que o ONS também estaria sujeito ao mencionado controle de segunda ordem implicaria confundir a atividade de coordenação do Sistema Interligado Nacional com a própria regulação empreendida pela Aneel. O TCU exerce fiscalização de segunda ordem, com o objetivo de verificar a regularidade da atuação da agência reguladora, não do prestador regulado de atividade qualificada como serviço público, e, por isso, deve ser dado provimento ao recurso.

IV

29. Dada a relevância da matéria, solicitei o pronunciamento do MPTCU, que sustentou estar o ONS sujeito à jurisdição do TCU, nos termos do acórdão recorrido, conforme teses que passarei a expor.

30. Para a Procuradoria, o sistema de controle se tornou coerente com a reforma do Estado ocorrida em 1998. Na Emenda Constitucional 19, daquele ano, o constituinte procedeu à alteração do parágrafo único do art. 70 da Carta Magna para enfatizar que qualquer pessoa física ou jurídica, de qualquer natureza, em quaisquer condições, está obrigada a prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos a ela confiados.

31. Reduzir o papel do Estado como produtor de bens e prestador de serviços não resulta em menor controle sobre as atividades transferidas ao setor privado para atingir finalidade pública e prestacionais original e constitucionalmente a cargo do poder estatal.

32. Neste contexto, a Lei 9.637/1998, que rege as organizações públicas não estatais destinadas a absorver atividades publicizáveis, situa-se no mesmo momento histórico da Lei 9.648/1998, que originou o ONS. Assim, apontou o *Parquet* semelhanças entre entidades qualificadas como organizações sociais e o Operador Nacional do Sistema Elétrico, tais como:

“1) absorvem funções públicas antes desenvolvidas por um ente estatal extinto;

2) têm autonomia administrativa muito maior do que a dos órgãos e entidades integrantes do aparelho do Estado, não estando sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na administração pública;

3) seus funcionários são contratados mediante as regras da CLT;

4) podem receber recursos financeiros públicos (via dotação orçamentária global no caso das OS, via tarifas de energia elétrica, no caso do ONS) e administrar bens e equipamentos originalmente pertencentes ao Estado;

5) têm como órgão de deliberação superior um conselho composto de representantes dos seus associados e do Estado, com mandato por prazo certo;

6) são supervisionados por órgãos estatais, que tem o dever de regular suas ações e avaliar os resultados alcançados e o desempenho, de modo a assegurar a qualidade e a efetividade dos serviços prestados.”

33. Em decorrência, tal qual ocorre com as organizações sociais, este Tribunal deve exercer o “controle finalístico, buscando avaliar a sistemática dos programas, projetos e atividades insertos na esfera de atuação do ONS”.

34. Além disso, considerou a Procuradoria que o ONS só “não é passível de qualificação como organização social porque suas atividades – de caráter exclusivo e eminentemente públicas, como será tratado mais adiante – não se enquadram entre aquelas previstas no art. 1º da Lei 9.637/1998: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde. Por isso, o

legislador pátrio lhe definiu a roupagem – em tudo semelhante a uma organização social – mediante norma própria, no caso, o art. 13 da Lei nº 9.648/1998”.

35. Quanto ao ambiente de criação do ONS, ressaltou o MP que, “antes da vigência da Lei 9.648/1998, as atividades hoje exercidas pelo ONS eram executadas pelo Grupo Coordenador para a Operação Interligada - GCOI, vinculado à Eletrobras. O mencionado diploma legal definiu a transição entre as entidades nomeadas em seu artigo 15 (GCOI e Comitê Coordenador de Operações do Norte/Nordeste - CCON) e a transferência das atividades executadas por aqueles órgãos à nova entidade. E, no § 1º do citado art. 15, foi previsto o aporte de ativos e bens ao ONS, oriundos dos órgãos que então exerciam as atividades absorvidas pelo Operador. Para tanto, autorizou a Eletrobras e suas subsidiárias a transferir ao ONS, sob as condições aprovadas pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, os bens vinculados à coordenação da operação do sistema elétrico, especialmente os ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação do Sistema - CNOS e dos Centros de Operação do Sistema Elétrico - COS”.

36. Reforçou que o ONS gerencia bens públicos representados pelos potenciais de energia hidráulica, como listado no art. 20, inciso VIII, da Constituição Federal.

37. Com relação à função pública de prestação de serviços de energia elétrica, diferenciou as atividades que integram essa função: geração, transmissão, distribuição e coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos, esta última exercida pelo ONS mediante delegação do poder público, e trouxe estudo sobre “A natureza jurídica da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN”, que concluiu constituir a atividade exercida pelo ONS serviço autônomo de energia elétrica e do qual se destacou o seguinte trecho:

“Deve-se observar que, ao reservar à União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, a Constituição não delimitou a extensão de tal obrigação. **Em outras palavras, a Carta Magna não define de forma explícita quais são os serviços e instalações de energia elétrica a possibilitar a identificação dos que incumbem à União e das eventuais atividades que, ainda que se vinculem à indústria energética, podem ser exploradas livremente pelos particulares.**

Remete-se, assim, ao legislador ordinário a referida especificação. Significa dizer que tal especificação não ocorrerá jurisprudencial ou doutrinariamente, dependendo de lei em sentido estrito que possua supedâneo constitucional para tanto, único meio adequado e legítimo para compressão da esfera de liberdade econômica dos privados. Por essa mesma razão, não cabe à Administração Pública a identificação originária de serviços e instalações de energia elétrica por meio da edição de normas infralegais.

Com efeito, a tarefa de que se cogita não se encontra no âmbito de discricionariedade da decisão política do legislador ordinário. Ao proceder à identificação dos serviços e instalações de energia elétrica, deverá o legislador: (i) garantir o exercício pleno e completo da competência, i.e., a realização da atividade à qual se destina (oferecimento da utilidade ‘energia elétrica’); (ii) evitar o sacrifício desnecessário do princípio da liberdade de iniciativa no âmbito econômico’.

Em outras palavras, não poderá o legislador infraconstitucional deixar de qualificar certas atividades como ‘serviços e instalações de energia elétrica’, sob pena de impossibilitar o exercício pleno e completo da competência – desrespeitando o princípio do exercício obrigatório da competência. Por outro lado, não poderá qualificar toda e qualquer atividade/instalação ligada à indústria de energia elétrica como ‘serviços e instalações de energia elétrica’, sob pena de sacrificar desnecessariamente o princípio da liberdade de iniciativa, o que é juridicamente vedado.

São variadas as vias interpretativas da Constituição postas à disposição do legislador para o empreendimento da tarefa acima explicitada. Aponta-se, nesse contexto, o critério vislumbrado por LOUREIRO, limitando-se a identificação dos serviços de energia elétrica como as atividades ‘material e diretamente envolvidas na transformação de formas primárias de energia em eletricidade e na sua disponibilização para utilização’; ou, ainda, as atividades ‘exclusiva, direta e permanentemente vinculadas à **obtenção material da utilidade**’.

Assim, sem maiores dificuldades, identificam-se como serviços de energia elétrica, nos moldes da Constituição, art. 21, XII, ‘b’: (i) a geração; (ii) a transmissão; e (iii) a distribuição de energia elétrica. [Grifos acrescidos].

Cumpra, inicialmente, precisar a **autonomia da atividade de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN.**

Verificou-se que a atual conformação empírica do setor elétrico brasileiro construiu-se historicamente como resultado de um processo em que se priorizou a geração de energia elétrica de fonte hidrelétrica, o que se dá mediante a exploração de potenciais hidráulicos cada vez mais distantes dos centros de consumo. Essa característica demandou desenvolvimento de uma extensa malha de transmissão para o escoamento da utilidade.

Da necessidade de se propiciar um aproveitamento otimizado da capacidade instalada surgiram e se aprofundaram as iniciativas de interligação, movimento que culminou na estruturação de sistemas eletroenergéticos interligados, cuja interligação recíproca resultou no Sistema Interligado Nacional - SIN. Este Sistema, como visto, abrange a maior parte do território nacional, restando fora de seu âmbito apenas alguns residuais sistemas isolados.

Nesse contexto de intensa interligação, observou-se uma robusta complexificação operacional, voltada para maximização do aproveitamento das potencialidades dos sistemas de forma a possibilitar o pleno atendimento dos destinatários da utilidade com segurança, continuidade e qualidade. **O modelo adotado para tanto, como visto, caracteriza-se pela centralização em uma entidade – dotada de uma visão geral das condições e possibilidades do sistema eletroenergético – das decisões sobre a operação das instalações de geração e de transmissão interligadas.**

Referido modelo introduz, como sua peça chave, a atividade de coordenação e controle da operação de sistemas eletroenergéticos – especificamente, do Sistema Interligado Nacional, na realidade atual do setor elétrico brasileiro.

Se antes da introdução da coordenação operacional os agentes de geração utilizavam seus próprios critérios de operação e aplicavam livremente suas disponibilidades de energia – o que inevitavelmente acarretava o aproveitamento insatisfatório de sua capacidade – **agora tal autonomia restringe-se a ponto de se afirmar que não mais existe. O mesmo pode-se afirmar quanto à utilização das linhas de transmissão, que passa a obedecer a determinados imperativos de otimização/segurança, em um âmbito de variadas possibilidades propiciadas pela configuração intensamente interligada da rede.**

Significa dizer que, com introdução da atividade de coordenação e controle da operação, os agentes de geração e transmissão que atuam no âmbito do Sistema Interligado Nacional, individualmente considerados, são despojados das decisões sobre o despacho da energia elétrica e a utilização das linhas de transmissão, respectivamente. Tais decisões são transferidas para um terceiro, o qual as centraliza e por elas passa a se responsabilizar, utilizando-se de procedimentos específicos e de sua posição privilegiada no que se refere à visão geral do sistema.” (Grifos e sublinhado acrescidos).

38. Afirmou o MPTCU que a atividade de coordenação e controle da operação, concretamente necessária e indispensável para fornecimento de energia elétrica de forma otimizada, se qualifica técnica e juridicamente como serviço de energia elétrica autônomo, estranho às atividades das concessionárias e permissionárias das atividades de geração, transmissão e distribuição. O limite de atuação dos particulares que desempenham as atividades de geração e transmissão é informar ao ONS o período de disponibilidade no sentido de então aguardar o despacho do Operador para serem acionados. Desse modo, o ONS é única e fundamentalmente o responsável – não simplesmente de forma acessória – pelo gerenciamento dos potenciais de energia hidráulica.

39. Os potenciais de energia hidráulica estão claramente definidos no art. 176 da Constituição Federal como propriedades pertencentes à União (“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”). E é o ONS que efetivamente gere com exclusividade os potenciais de energia hidráulica, atividade que não é passível de ser executada pelos demais agentes particulares permissionários e concessionários.

40. Quanto ao modelo de aporte de recursos para manter o ONS, o *Parquet* propôs seja ele analisado segundo sua característica parafiscal, porque os valores são buscados compulsoriamente junto aos associados do sistema elétrico para financiar atividade pública. O art. 14 da Lei 9.648/1998 dispõe que cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários a seu funcionamento, o que abrange como serão obtidos os recursos que manterão o Operador Nacional.



41. Lembrou o MPTCU, também, que a obrigação de pagamento ao ONS é distinta da cobertura tarifária que gera os meios financeiros para concretização desse pagamento. “O fato de os agentes incumbidos da manutenção do ONS, mediante aporte de recursos que lhes são compulsoriamente exigidos, serem compensados por cobertura tarifária, nos moldes hoje definidos pela Aneel, é uma questão acessória que não desnatura o fundamento de que essa receita tem destinação pública certa. Ou seja, embora na relação jurídica que se estabeleça entre concessionárias e consumidores de energia esses valores se configurem como contraprestação de serviço privado, quando há o repasse obrigatório desses mesmos valores para o ONS, se qualificam como recursos de caráter parafiscal, subsumindo-se, portanto, à hipótese de incidência da jurisdição do TCU prevista no art. 5º, inciso V, da Lei nº 8.443/1992:

‘Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

...

V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social”

42. Quanto ao serviço público prestado pelo ONS, evidenciou outro trecho do estudo de Vitor Lanza Veloso, que preconiza serem essas atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão desempenhadas mediante autorização da União e consistirem em uma técnica de delegação de competência, conforme segue:

“Significa que, aqui, a União, competente para o desempenho da atividade, estaria atuando indiretamente. Nesse caso, **o ato de autorização estaria constituindo uma situação jurídica nova entre o Poder Público e o destinatário da delegação, derivada de uma competência estatal preexistente.** Haveria, portanto, o alargamento da esfera jurídica do destinatário do ato, atribuindo-se a ele uma posição jurídica da qual não desfrutava anteriormente.

Diferentemente da ‘autorização-ato de polícia’, na qual o desempenho da atividade é facultativa (devendo observar as condições impostas legalmente), **a ‘autorização-delegação’ constitui para o seu destinatário o dever de desempenhar a atividade que constitui seu objeto.** Como visto, por se tratar de competência pública (cujo exercício é delegado), o seu regime jurídico mínimo de direito público impõe a obrigatoriedade do seu exercício. Este é um traço distintivo e fundamental.

[...]

A disciplina da atividade de coordenação da operação da geração e da transmissão no âmbito do SIN aponta para a obrigatoriedade do seu desempenho. O próprio diploma legal pelo qual se previu a autorização para tal desempenho estabeleceu uma série de atribuições (obrigações) ao destinatário do ato – o ONS – as quais constituem o conteúdo da atividade. Inicialmente, a Resolução ANEEL nº. 351/1998 e, posteriormente, o Decreto nº. 5.081/2004, autorizando a execução da atividade, reprisam as referidas atribuições.

Vale dizer, na medida em que a lei e os atos autorizativos estabelecem como obrigação do Operador Nacional do Sistema a execução da atividade, a este é vedado optar por não executá-la. Não se trata de faculdade, mas de obrigação.

O quanto exposto permite afastar eventuais interpretações no sentido de que a autorização prevista no artigo 13 da Lei nº. 9.648/1998 seria mera manifestação fundada no poder de polícia administrativa do Poder Público. Trata-se, no caso, de um ato de natureza delegatória.

Verifica-se, assim, que o referido diploma reconhece as atividades de coordenação e controle da operação do SIN como competência do Poder Concedente, a serem desempenhadas, mediante delegação (autorização) pelo ONS. O comando constitucional que permite tal reconhecimento encontra-se inscrito no artigo 21, XII, “b”, da Constituição de 1988.”

43. Ao mesmo tempo em que apontou a função pública exercida pelo ONS, o MPTCU ressaltou as particularidades de que se reveste a instituição para concluir que caberá ao controle externo o exercício de controle finalístico sobre os resultados institucionais, com realização de avaliações operacionais de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da organização, ao avaliar programas e atividades de relevante interesse público sob sua responsabilidade, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão da sua atividade fim: a coordenação e controle da operação do sistema elétrico nacional.

V



44. Quanto ao mérito deste recurso alinho-me ao entendimento do MPTCU de que o ONS está sujeito à jurisdição do TCU, razão pela qual o Acórdão 798/2016 - Plenário deve ser mantido na íntegra.

45. Em síntese, meu posicionamento é de que:

a) o ONS exerce, com base em autorização legal, atividades indissociáveis e essenciais ao exercício de competência exclusiva da União para exploração adequada dos serviços e das instalações de energia elétrica e para aproveitamento energético dos cursos d'água, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea "b", da Constituição Federal e do art. 13 da Lei 9.648/1998;

b) a atuação do ONS é parte integrante da administração e do gerenciamento de um sistema de serviços (de transmissão de energia elétrica) e bens (potenciais hidráulicos) públicos;

c) o ONS é mantido por receita pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União;

d) o ONS está sujeito à jurisdição do TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

46. Na sequência passarei a expor as razões que fundamentam meu entendimento, as quais já foram enfrentadas pela unidade técnica e pelo relator **a quo** quando da deliberação original.

47. As novas relações entre público e privado não podem mais ser compreendidas em modelos absolutos do conceito de administração direta e indireta. Mais do que classificações e acomodações de teses jurídicas, necessitamos analisar este feito pautados no interesse público existente na gestão e na segurança da política energética do País, nos ditames constitucionais e nas leis infraconstitucionais que regulam a atuação do ONS e nos exemplos concretos da atuação estratégica daquele Operador Nacional na gestão de bens da União, quais sejam, **os potenciais de energia hidráulica**.

48. O art. 21, inciso XII, da Constituição Federal prevê delegação unilateral do Estado para o particular, que fica autorizado, mediante ato administrativo, a desempenhar atividades sob condições determinadas pelo ente estatal titular e delegante.

49. Nesse contexto de delegação constitucional foi concedida autorização ao ONS para realizar a coordenação e o controle de todo o Sistema Interligado Nacional - SIN, e não para explorar atividades de geração e transmissão de energia elétrica (Lei 9.074/1995). E, diferente da produção independente ou autoprodução de energia, referida autorização foi concedida, essencialmente, no interesse público, e não do particular.

50. Mediante delegação por lei, o ONS exerce atividades de competência exclusiva da União e presta serviço público ao efetuar despachos centralizados, os quais se constituem em atividade essencial para funcionamento do sistema interligado, para assim garantir o oferecimento da utilidade "energia elétrica".

51. A atuação do ONS na direção do rendimento ótimo da energia a ser gerada e transmitida pelo SIN está inserida na competência exclusiva dada pelo art. 21, inciso XII, alínea "b", da Constituição Federal, uma vez que se trata de atividade essencial e indissociável da exploração adequada dos serviços e das instalações de energia elétrica em geral a cargo da União.

52. Ao se produzir energia que não pode ser estocada instituiu-se sistema interligado que requer para o Operador: (i) acesso, em tempo real, a todas as informações sobre o comportamento da demanda de energia; e (ii) possibilidade de coordenar a geração nas usinas conforme essa necessidade, igualando a produção ao consumo.

53. Em decorrência, as técnicas e modelos matemáticos empregados pelo ONS no cálculo do despacho energético objetivam otimizar as variáveis do custo incorrido nessa geração e a disponibilidade futura de energia a partir da utilização das fontes renováveis e não renováveis.

54. O resultado esperado pela União, de forma simplória, é o gerenciamento de seus potenciais de energia hidráulica pelo ONS para que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível. Esta atividade delegada, essencialmente pública, não é factível de ser exercida no âmbito do mercado concorrencial e da livre

iniciativa. Por isso, cumpre ao Operador Nacional: **exercer atividade estratégica sobre bens da União – potenciais de energia hidráulica, arrolados no art. 20, inciso VII, da Constituição Federal.**

55. Para tornar concreta a matéria sob exame e bem caracterizar o papel estratégico do ONS, trouxe exemplos da gestão e da administração de potenciais hidráulicos oriundos de resposta apresentada pelo Ministério de Minas e Energia - MME aos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 994/2015 - Plenário, conforme trechos do Ofício 090/2015-SE-MME transcritos a seguir (peça 223 do TC 019.228/2014-7):

“(…)

b) Item 9.2.1

(…)

iii) Ordenamento jurídico não define a qualquer órgão ou entidade integrante do setor energético brasileiro, de forma isolada, a competência para apreciar e deliberar acerca da adoção de medidas de contenção/redução dos custos/riscos de déficit de energia elétrica, considerando-se para tanto, as competências concorrentes tanto do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE (art. 2º, I, da Lei nº 9.478, de 1997) quanto do Comitê de Monitoramento do Sistema Elétrico - CMSE (art. 14 da Lei nº 10.848, de 2004, c/c art. 3º do Decreto nº 5.175, de 2004), do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS (art. 13 da Lei nº 9.648, de 1998) e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE (art. 22 da Lei nº 10.848, de 2004) no tocante à garantia e segurança do suprimento.

(…)

c) Item 9.2.2

(i) O CMSE deliberou ao longo de 2014 e em 2015 pelo monitoramento continuado das condições de suprimento de energia elétrica, conforme se verifica nas atas disponibilizadas no sítio eletrônico do MME (...). Entre as ações adotadas estão a autorização para que o ONS utilize na plenitude os recursos térmicos disponíveis, assim como adote medidas excepcionais para prover recursos adicionais ao SIN. A seguir estão listadas as medidas operativas adotadas pelo ONS nos anos de 2014 e 2015:

i.1) operação das UHEs Ilha Solteira/Três Irmãos abaixo da cota 325,40, com flexibilização dos níveis mínimos da hidrovia Tietê/Paraná, no trecho à jusante da UHE Nova Avanhandava, visando ao uso pleno dos estoques armazenados dos seus reservatórios;

i.2) flexibilização da defluência mínima das usinas de Jupia/Porto Primavera (redução dos requisitos hidráulicos das usinas de montante) e Jurumirim/Caconde (preservar os estoques armazenados em seus reservatórios);

i.3) flexibilização da geração mínima de unidades geradoras das usinas hidroelétricas, durante os períodos de carga leve e mínima, visando a minimizar a inflexibilidade de geração hidráulica nestes períodos, para reduzir o uso dos estoques armazenados nos reservatórios;

i.4) operação da UHE Itaipu como reservatório de regularização entre a cota máxima de 220,40 metros e a mínima de 216,00 metros, bem como a flexibilização do limite de variação do Acordo Tripartite de 2,0 metros para 2,8 metros;

i.5) execução das obras de captação e da travessia de balsa no reservatório da UHE M. Moraes, a fim de que seu armazenamento mínimo não ficasse limitado a 75% do volume útil, permitindo o uso deste estoque adicional para promover geração das usinas localizadas à jusante, na bacia do rio Grande;

i.6) redução da vazão objetivo em Santa Cecília, na bacia do rio Paraíba do Sul, para preservar o armazenamento do sistema de reservatórios desta bacia visando ao atendimento dos usos múltiplos, particularmente o abastecimento de água das cidades do vale e da região metropolitana do Rio de Janeiro;

i.7) redução da defluência mínima da UHE Sobradinho para 1.100 m³/s, visando a preservação dos estoques armazenados na bacia do rio São Francisco;

i.8) a redução da defluência mínima da UHE Três Marias, de forma gradual até 80 m³/s, a fim de preservar seus estoques para garantir os requisitos de uso múltiplo da água à jusante, destacando-se a execução de obras na captação de água da cidade de Pirapora e do Projeto Jaíba;

i.9) despacho pleno da disponibilidade das usinas térmicas do SIN;

i.10) coordenação de manutenção das unidades geradoras das usinas hidrelétricas e térmicas, visando a prover a máxima disponibilidade de energia/potência;

i.11) minimização do número de unidades geradoras em operação na UHE Ilha Solteira e Água Vermelha, durante os períodos de carga leve e mínima, observados os requisitos de inércia mínima do SIN, visando a minimizar a inflexibilidade de geração hidráulica nestes períodos e economizar estoques a montante;

i.12) viabilização do despacho da UTE Uruguaiana (480 MW) - Portaria MME nº 28, de 10 de fevereiro de 2015, cópia anexa; e

i.13) gestões para importação de energia dos sistemas elétricos da Argentina e do Uruguai.”

56. Registro, também, conforme destacado no parecer do MPTCU, que a Lei 13.360/2016 ampliou o leque de atividades do ONS ao lhe atribuir a previsão de carga e o planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol), abrangendo, assim, praticamente toda a produção de energia elétrica do País.

57. Por força do art. 13, parágrafo único, alínea “a”, da Lei 9.648/1998, o ONS é a entidade responsável pelo planejamento e pela programação da operação, bem como pelo despacho centralizado da geração com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados. Essa missão, conforme já abordei, pressupõe o gerenciamento da exploração de potenciais hidráulicos, fonte da maior parcela da energia elétrica gerada no Brasil.

58. No modelo institucional atual do setor elétrico brasileiro, a exploração dos potenciais hidráulicos se dá por meio de concessão às empresas de geração de energia elétrica. Contudo, nos sistemas interligados, tal exploração não ocorre de forma independente. As concessionárias não detêm autonomia para decidir quando e com qual intensidade irão operar. O que elas fazem é informar ao ONS seu período de disponibilidade no intuito de então aguardar o despacho do Operador para serem acionadas.

59. Corroboram tal entendimento ponderações do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes quando do julgamento da Medida Cautelar em ADI 3090-6, ao aduzir que o ONS caracteriza-se como:

“[...] uma pessoa jurídica de direito privado ‘atípica’, com forte coloração pública. É uma instituição peculiar que desempenha uma função de eminente interesse público [...] entidade associativa que não se enquadra no modelo tradicional de uma associação privada”

60. Ademais, o ONS integra importantes colegiados do Governo que decidem acerca da política energética, dos quais destaco dois.

61. O primeiro é o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), criado pela lei 10.848/2004 com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional. E, conforme o Decreto 5.175/2004, o CMSE será presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia e terá a seguinte composição:

“I - quatro representantes do Ministério de Minas e Energia; e

II - os titulares dos órgãos a seguir indicados:

a) Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;

b) Agência Nacional do Petróleo - ANP;

c) Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE;

d) Empresa de Pesquisa Energética - EPE; e

e) Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.”

62. Àquele competem as seguintes atribuições:

“I - acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados;

II - avaliar as condições de abastecimento e de atendimento, relativamente às atividades referidas no inciso I deste artigo, em horizontes pré-determinados;

III - realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados, abrangendo os seguintes parâmetros, dentre outros:

a) demanda, oferta e qualidade de insumos energéticos, considerando as condições hidrológicas e as perspectivas de suprimento de gás e de outros combustíveis;

b) configuração dos sistemas de produção e de oferta relativos aos setores de energia elétrica, gás e petróleo; e

c) configuração dos sistemas de transporte e interconexões locais, regionais e internacionais, relativamente ao sistema elétrico e à rede de gasodutos.

IV - identificar dificuldades e obstáculos de caráter técnico, ambiental, comercial, institucional e outros que afetem, ou possam afetar, a regularidade e a segurança de abastecimento e atendimento à expansão dos setores de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados; e

V - elaborar propostas de ajustes, soluções e recomendações de ações preventivas ou saneadoras de situações observadas em decorrência da atividade indicada no inciso IV, visando à manutenção ou restauração da segurança no abastecimento e no atendimento eletroenergético, encaminhando-as, quando for o caso, ao Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.”

63. O segundo órgão relevante é a Comissão Permanente para Análise de Metodologias e Programas Computacionais do Setor Elétrico - CPAMP, cuja finalidade é garantir coerência e integração das metodologias e programas computacionais utilizados pelo Ministério de Minas e Energia - MME, pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, pelo ONS e pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE (Portaria 47 - MME, de 19/2/2008).

64. Apesar de considerar que as razões já expostas apresentam densidade suficiente para caracterizar a jurisdição deste Tribunal sobre o ONS, outro aspecto que merece realce é sua manutenção por receitas públicas, oriundas de imposição legal que gera obrigatoriedade de pagamentos ao Operador para financiá-lo.

65. Nos termos do art. 14 da Lei 9.648/1998, cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários a seu funcionamento. Ao Poder Regulador, de competência da Aneel, cabe, conforme o art. 9º, parágrafo único, da mesma Lei, estabelecer condições gerais de contratação de acesso e uso dos sistemas de transmissão. Para implementar essa imposição legal tornou-se obrigatória a inclusão de cláusula de pagamentos em favor do ONS nos contratos de uso do sistema de transmissão, como se explicará a seguir.

66. As atividades do ONS são financiadas basicamente pelo pagamento, pelos concessionários, dos chamados “encargos de uso do sistema de transmissão”, como previsto nas condições gerais de contratação do acesso aos sistemas de transmissão de energia elétrica disciplinadas na Resolução Aneel 281/1999.

67. Pela Resolução Normativa Aneel 559/2013 foi estabelecido procedimento de cálculo das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão - Tust. No art. 2º, inciso II, daquela Resolução, é ressaltado que as Tust deverão ser calculadas considerando, entre outros fatores, os valores de que trata o art. 13 da Resolução Aneel 281/1999, aí incluída, como já exposto, a parcela para cobertura do orçamento do ONS.

68. Com base nas mencionadas disposições, a Aneel impõe, nos contratos de concessão, cláusula sobre a obrigatoriedade de pagamentos àquele Operador. Assim, nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão, há previsão de cobrança mensal de Encargos de Uso do Sistema de Transmissão e de emprego de recursos dessa fonte no pagamento dos concessionários ao ONS pelos serviços de coordenação e controle da operação dos sistemas interligados e de administração dos serviços de transmissão por ele prestados.

69. Em síntese, na origem da destinação de parcela dos encargos de uso do sistema de transmissão ao ONS encontra-se obrigação derivada de relação de direito público que é apenas instrumentalizada por meio dos contratos de uso do sistema de transmissão. Posto isso, assenta-se a natureza pública dos recursos financeiros que sustentam a atividade do ONS, dada sua plena e integral ordenação por regras de direito público.

70. Cumpre ressaltar que referida obrigação de pagamento ao ONS é distinta da possibilidade de compensação por esse pagamento. Os encargos de uso do sistema de transmissão, ao fim, podem ser integralmente repassados para as tarifas cobradas aos consumidores de energia elétrica, conforme o art. 34, parágrafo único, inciso II, alínea “a”, do Estatuto do ONS, com redação dada pela Resolução Autorizativa Aneel 1.888, de 22/4/2009.



71. Com base nas deliberações do STF na ADC 9 e no RE 541.511, é correto concluir que a tarifa paga pelos consumidores aos concessionários não constitui receita pública.

72. No entanto, a obrigação original de pagamento ao ONS decorrente, como já exposto, de relação de direito público não deve ser confundida com permissão para que os concessionários sejam compensados por essa despesa, mediante repasses de valores para a tarifa cobrada aos consumidores. Portanto, as diferenças entre a situação de fato objeto deste processo e aquela examinada pelo STF por meio do citado RE 541.511 afastam o emprego de analogia.

73. A possibilidade de cobertura tarifária para obrigação de pagamentos ao ONS somente reforça as considerações anteriores sobre as atividades do Operador serem essenciais à prestação dos serviços de energia elétrica, atividade reservada à União e, portanto, legitimadora de que os agentes incumbidos de sua manutenção sejam compensados pela via da cobertura tarifária.

74. Outro aspecto abordado neste recurso se refere à competência deste Tribunal para fiscalizar o ONS. Entendo que tal competência deriva diretamente da Constituição Federal e, pela própria natureza das competências constitucionais e legais, as atividades de fiscalização do TCU junto ao ONS têm natureza distinta daquelas exercidas pela Aneel.

75. Esta Corte tem atuado de forma cooperativa e suplementar na fiscalização desta prestação de serviço público delegado. Exerce o controle externo, como poder distinto dos Poderes Concedente e Regulador, e se concentra nas dimensões da legalidade, da legitimidade, da economicidade e da eficiência dos bens e serviços públicos tutelados.

76. Não obstante, como já ressaltado pelo ministro-relator Walton Alencar Rodrigues no Acórdão 556/2005-Plenário, devem ser observados limites constitucionais da atuação do TCU em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras, não podendo o Tribunal nem estabelecer o conteúdo do ato regulatório que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção de medidas que entender adequadas salvo quando verificadas considerações de legalidade ou omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei. No entanto, a competência da agência reguladora não implica completa e absoluta inviabilidade do exercício do controle por esta Corte sobre o ONS.

77. Desse modo, ainda que não se pretenda esgotar a discussão sobre a forma de atuação do Tribunal no caso concreto, o que não é objeto deste recurso, e considerando que o Operador Nacional do Sistema Elétrico, embora não seja entidade da Administração Pública, exerce atividade pública delegada e administra bens e recursos públicos, cabe ao TCU, no exercício de sua jurisdição, identificar eventuais normas de direito público que devam ser observadas pelo ONS e esclarecer aquelas a disciplinar a atividade de controle externo na referida unidade.

Por fim, conforme exaustivamente exposto neste voto, os recorrentes não trouxeram informações ou elementos que desconstituíssem o entendimento prolatado no Acórdão 798/2016 - Plenário, razão pela qual pugno pelo não provimento do recurso e voto por que o Tribunal adote a deliberação que submeto ao colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de agosto de 2019.

ANA ARRAES
Relatora

ACÓRDÃO Nº tagNumAcordao – TCU – tagColegiado

1. Processo TC 006.113/2014-1
2. Grupo II – Classe I – Pedido de Reexame.
3. Recorrente: Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS (CNPJ 02.831.210/0001-57).
4. Unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel e Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.



5. Relatora: ministra Ana Arraes.

5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro Vital do Rêgo.

5.2. 1º Revisor: Ministro Benjamin Zymler.

5.3. 2º Revisor: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: subprocurador-geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur.

8. Representação legal: Camila Alves e Fontes (OAB-DF 45.599) e outros.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este pedido de reexame, interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico contra o acórdão 798/2016 - Plenário, que deliberou pela sujeição do recorrente à jurisdição do TCU.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 277 e 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame e negar-lhe provimento;

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) contra o Acórdão 798/2016 – Plenário, da lavra do E. Ministro Vital do Rêgo, em que o Tribunal considerou parcialmente procedente a representação, formulada pela então SefidEnergia, e confirmou a sujeição do ONS à jurisdição do TCU, por força do art. 70, § único, da CF/88 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

Contra o acórdão 798/2016, opôs o ONS embargos de declaração, conhecidos e rejeitados pelo Acórdão 1.407/2016, o que levou o recorrente a interpor o pedido de reexame ora em análise.

Não poderia deixar de registrar o elevado nível técnico dos debates, materializado em bem-elaborados votos, que têm em mira o interesse público na segurança energética do País, a par de fixar a correta amplitude das competências constitucionais do Tribunal, em vista da pluralidade de dados e informações atinentes ao setor elétrico.

A E. Ministra Ana Arraes sustenta a validade da ampla abrangência da jurisdição do TCU, em sintonia com o entendimento do Ministério Público e em consonância com o decidido, no acórdão recorrido, a partir do voto do E. Ministro Vital do Rêgo.

Em síntese, as razões que levam S. Exa. a tal entendimento são as seguintes:

a) o Operador Nacional do Sistema Elétrico presta serviço público de competência exclusiva da União, ao realizar atividade essencial para o funcionamento do sistema elétrico interligado, a coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 13 da Lei 9.648/1998;

b) o ONS realiza a gestão de bens públicos, pertencentes à União, consistentes nos potenciais de energia hidráulica (art. 20, inciso VIII, da CF), assegurando que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível;

c) o ONS é mantido por receita advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações, impostas por atos, em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União.

Por sua vez, defende o E. Ministro Bruno Dantas o provimento do recurso, para excluir o ONS da fiscalização do Tribunal. Em síntese, argumenta S. Exa. o seguinte:

a) cabe à Aneel fiscalizar e regular o Operador Nacional do Sistema Elétrico. A sobreposição de controles é temerária, pois poderia desestabilizar o funcionamento do sistema;



b) os bens do ONS são privados, ainda que originalmente decorrentes de transferência da Eletrobras;

c) as características das receitas do Operador mais se assemelham às contribuições associativas e de preço do que às contribuições parafiscais.

Ainda que juridicamente válidos e consistentes, para atrair ou não a jurisdição do TCU, considero acessórios os argumentos relativos às receitas e aos bens do ONS.

Não há negar o fato de que o ONS exerce papel fundamental no setor elétrico nacional, com importância determinante para o adequado funcionamento da economia nacional, sem falar nos sérios impactos que disfunções, ou má-atuação no setor, podem ocasionar à vida dos brasileiros, como já ocorreu na época do racionamento de energia elétrica.

Considero relevante apresentar alguns números, com dados significativos, que ilustram a relevância do ONS para o setor elétrico e para a economia nacional. São os seguintes:

Enquanto o orçamento aprovado, para o ano de 2019, atinge praticamente R\$ 705 milhões de reais em receitas, para o Operador, o tamanho do mercado cativo de energia elétrica no Brasil é de R\$ 148 bilhões/ano, sem contar os impostos, ou de R\$ 205 bilhões, incluindo estes.

O custo do apagão de 2001 foi estimado, no âmbito do TC 006.734/2003-9, a partir de dados do Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, no montante de R\$ 32,2 bilhões, em valores de outubro de 2003, consoante o Relatório que fundamenta o Acórdão 1543/2009-TCU-Plenário, *in verbis*:

“Desse montante, R\$ 19,6 bilhões estão sendo incorporados às tarifas por ocasião dos reajustes/revisões tarifárias das concessionárias, em um prazo médio de 72 meses. Para o imediato custeio do programa de racionamento, contudo, o BNDES concedeu empréstimo de R\$ 7,3 bilhões. Os demais R\$ 12,5 bilhões foram aportados diretamente pelo Tesouro Nacional”.

Em valores atualizados aos dias de hoje, o custo do apagão equivale, pelo menos, ao valor de R\$ 76,4 bilhões, mais de cem vezes o valor das receitas orçamentárias aprovadas para o ONS. Além disso, como registrei no Voto Conductor do mesmo acórdão, há a seguinte questão a considerar:

“Se considerarmos os custos indiretos, incorridos em sua consequência, como redução de atividade econômica, registrada pela diminuição do PIB, aumento do desemprego, perda de competitividade em razão do aumento de custo da energia elétrica, diminuição do ritmo de arrecadação de tributos, desestímulo ao investimento, dano à imagem do Brasil no exterior, entre outras consequências negativas, chega-se a prejuízo superior aos 45,2 bilhões de reais registrados”.

Voltando ao tema das receitas, alinho-me ao entendimento da E. Ministra Relatora e do MPTCU, no sentido de que “o ONS é mantido por receita pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União”.

A propósito, nos termos do art. 14 da Lei 9.648/1998, cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários ao seu funcionamento. Ao Poder Regulador, cabe, conforme o art. 9º, § único, da mesma Lei, estabelecer condições gerais de contratação de acesso e uso dos sistemas de transmissão. Para implementar essa imposição legal, tornou-se obrigatória a inclusão de cláusula de pagamentos, em favor do ONS, nos contratos de uso do sistema de transmissão.

Concordo integralmente com a Relatora, no sentido de que a possibilidade de cobertura tarifária, para a obrigação de pagamentos ao ONS, reforça as considerações de que as atividades deste Operador são “essenciais à prestação dos serviços de energia elétrica, atividade reservada à União e, portanto, legitimadora de que os agentes incumbidos de sua manutenção sejam compensados pela via da cobertura tarifária”.

No que toca à eventual sobreposição de controles, não vejo razão para temê-la. A história recente demonstra que, em diversas situações, isso foi altamente benéfico, pois a fiscalização da Aneel não conseguiu evitar a ocorrência de gravíssimos problemas, somente detectados graças à ação fiscalizatória do TCU.



Por exemplo, ao relatar os autos de auditoria operacional, que tratou da CCC-Isol, verifiquei que os custos, subsidiados pelos consumidores de energia elétrica das regiões sul, sudeste e centro-oeste, saltaram de algo em torno de R\$ 488 milhões, em 1999, para ultrapassar os R\$ 3,1 bilhões, em 2004, sem razão aparente. Concluí no voto condutor do Acórdão 556/2005-TCU-Plenário que:

*“(...) as causas indicadas para este expressivo aumento geram gravíssimas indagações, corroboradas por **absoluta inexistência de efetivo controle dos recursos utilizados**, mais de um bilhão de dólares, seja por parte da Eletrobras, gestora da CCC, seja por parte da Aneel, órgão regulador do setor elétrico. Dessa forma, o aumento crescente dos gastos pode mesmo albergar qualquer forma de desvio dos recursos objeto do subsídio, já que **o desperdício do sistema não é quantificado nem fiscalizado**”.*

No recente voto condutor do Acórdão 1589/2019-TCU-Plenário, concluí que, “apesar de comporem a tarifa paga pela energia de Itaipu, **há importantes lacunas em termos de fiscalização e validação dos valores pagos, a título de amortização e encargos**, por parte da Aneel, do MME e da Eletrobras”. Tais valores representam mais de 60% do custo da energia produzida por Itaipu, e ultrapassam a cifra de U\$ 2 bilhões por ano. Em que pese todo o empenho do TCU, os documentos ainda não foram apresentados pela Eletrobras, situação que suscita profunda suspeição em relação à exação do sistema.

Em todas as situações descritas supra - e poderia aqui citar mais de uma dezena de casos - a ação do TCU foi absolutamente essencial para a detecção de sérios problemas, com grave repercussão nas tarifas pagas pelos cidadãos brasileiros. O Tribunal tem determinado a elaboração de planos de ação, para solução das falhas, deixando a cargo dos gestores as soluções para os problemas detectados.

Não creio que a atuação do controle externo, estritamente dentro dos esquadros traçados pela Constituição, possa desequilibrar o sistema. Pelo contrário, o TCU atua sempre de forma ponderada e refletida, exercendo supervisão independente e equilibrada do setor elétrico.

Relativamente aos argumentos da autocontenção, entendo, com a Relatora, que isso deve ser avaliado em cada caso concreto. Não pode o TCU, antecipadamente, abdicar de exercer o controle finalístico do Setor Elétrico, tarefa esta que não pode ser efetivamente exercida sem a permanente jurisdição sobre o ONS. Os exemplos que trarei à frente comprovam a tese.

Ademais, não é necessário discutir, de antemão, qual o modelo de controle deve ser exercido sobre o ONS. O enfoque dado pelo TCU, os instrumentos de fiscalização, ou as metodologias utilizadas dependem sempre da natureza dos problemas investigados. Assim sempre ocorreu no setor elétrico; assim, em todas as fiscalizações, no âmbito da jurisdição do Tribunal.

Quando é necessário investigar sobre aspectos finalísticos ou de efetividade, o TCU utiliza auditorias operacionais. Quando se averigua a legalidade ou legitimidade de atos administrativos, auditorias de conformidade, representações, entre as diferentes formas previstas pelo arcabouço normativo que rege a matéria. E, no mais das vezes, os técnicos especializados definem, tecnicamente, o modelo adequado de fiscalização.

As formas de atuação e metodologias, utilizadas pelo TCU, não são estanques no tempo. Na verdade, aprimoram-se, com o tempo. Ainda que haja modelagens consagradas, há sempre inovações. Assim foi com o uso do modelo econômico, que já chegou a ser utilizada em TCEs, sob a competente condução do E. Ministro Benjamin Zymler, para aferir danos ao Erário.

Quem poderia imaginar, há dez ou quinze anos, que o TCU iria lançar mão de tais recursos para estimar danos ao Erário? Houve alguma deliberação prévia em abstrato? Não! A metodologia foi proposta a partir de situação concreta e da percepção de que se poderia seguir caminho análogo ao trilhado pela OCDE, ao utilizar essas técnicas, para estimar o “ágio”, decorrente da atuação de cartéis, tendo ela, na prática, apresentado bons resultados e, por tal, está sendo adotada em diversas TCEs relacionadas a contratos de esquemas de corrupção descoberto pelo TCU na Petrobras.

Por ocasião da fiscalização das obras do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, houve, na época, quem argumentasse do risco de duplicidade de fiscalização e, mesmo, que o TCU estaria a tomar o lugar do Conselho Regional de Engenharia. A História comprovou o contrário. Hoje, as



auditorias em obras públicas e o FiscObras são produtos de imensa valia que o TCU oferece à sociedade e ao Congresso Nacional.

Ainda que não descarte nenhum tipo de atuação de antemão, não me parece provável que nossos auditores adentrem o sistema computacional do ONS, ou tentem replicar os complicadíssimos cálculos necessários, para realizar as simulações, e assim determinar como deve ser o despacho de energia pelas usinas do Sistema Elétrico Nacional. Na hipótese de suspeitas de fraudes, no despacho elétrico, para beneficiar tal ou qual usina, ou nos procedimentos que suplementam os cálculos, não é tão remota a hipótese de verificação e de intervenção do Tribunal.

Parece-me, entretanto, no caso de novo racionamento de energia elétrica, seja imprescindível investigar se a atuação do ONS ocorreu dentro do contexto de legalidade e moralidade administrativa que dela tanto se espera, se houve efetiva coordenação com demais agentes do setor, entre outras tantas questões que podem e devem ser enfrentadas.

Nesta hipótese, como ficaria prejudicada a atuação do TCU, caso venhamos a concluir hoje que este Tribunal não tem jurisdição sobre o ONS. Tenho certeza de que as cobranças da sociedade sobre nós seriam pesadas e justificadas.

A jurisprudência do TCU demonstra a absoluta imprescindibilidade da fiscalização do ONS. A partir da verificação das interrupções sistêmicas no fornecimento de energia elétrica, foi instaurado o TC-029.389/2013-5, da relatoria do E, Ministro José Jorge. Na auditoria, o TCU avaliou a atuação dos órgãos do setor, no que toca à “confiabilidade e continuidade do suprimento de energia elétrica na Rede Básica do Sistema Interligado Nacional”, diante do histórico de grandes blecautes, intitulados de “apagões”, ocorridos no período 2009-2013, afetando as diversas regiões do País.

Nos termos do artigo 13 da Lei 9.648/1998, ostentaria, o ONS, natureza jurídica de entidade privada, sem fins lucrativos, com as seguintes atribuições:

“Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS:

a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;

b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;

c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;

d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;

e) propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão (alínea com redação dada pela Lei 10.848, de 15/3/2004);

f) propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela Aneel (alínea com redação dada pela Lei 10.848, de 15/3/2004). ”

Na entidade, nota-se intenso poder decisório, imposto pela Lei 13.360/2016. Além disso, como bem destacou o parecer do MPTCU, o citado diploma ampliou o leque de atividades do ONS, ao atribuir-lhe a previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol), abrangendo, assim, praticamente toda a produção de energia elétrica do País.

Nos autos do TC-029.389/2013-5, logrou-se comprovar atividades, sob a responsabilidade do ONS, documentadas, no processo de Levantamento descrito supra, nos seguintes termos:

“50. Para cumprir sua atribuição, o ONS, **além de supervisionar e coordenar os Centros de Operações (COT/G/D) dos agentes e propor à Aneel ampliações e reforços da rede básica**, desenvolve uma série de estudos e ações que têm como base dois insumos básicos: (i) os Procedimentos de Rede e (ii) as informações externas que deve receber das autoridades setoriais (MME e Aneel) e dos agentes proprietários das instalações que compõem o Sistema Elétrico Nacional (SIN).

51. Os **Procedimentos de Rede, que são elaborados pelo ONS** com a participação dos agentes e aprovados pela Aneel (...), estabelecem a base legal para procedimentos, critérios, metodologias, requisitos técnicos e responsabilidades do ONS e dos agentes, no que se referem a atividades, insumos, produtos e prazos para a execução dos processos associados ao cumprimento pelo operador de suas atribuições.(...) ”

53. Em suma, como os Procedimentos de Rede concentram um volumoso conjunto de informações que registram premissas, critérios e procedimentos indispensáveis à operação do SIN, bem como as responsabilidades dos envolvidos, esses procedimentos proporcionam transparência e embasamento técnico-operacional às atividades realizadas no exercício de suas atribuições. ”

Tais Procedimentos de Rede são compostos de 25 módulos, sendo dezenove funcionais, relativos a funções da rede básica; um módulo multifuncional, relativo à integração das instalações; e cinco complementares. O Módulo 22 detalha a metodologia e os procedimentos para a análise dos aspectos técnicos de ocorrências e perturbações, com foco no comportamento da rede de operação durante tais eventos, com o objetivo de identificar sua origem, causas, propagação e consequências.

Dispõe, ainda, sobre análise técnica das causas de eventuais falhas em equipamentos, instalações da rede básica e usinas programadas e despachadas centralizadas pelo ONS, com vistas a apontar soluções para os problemas e recomendar medidas corretivas e preventivas que devem ser adotadas tanto pelos agentes, quanto pelo ONS, se for o caso.

O Módulo 25 tem por objetivo atribuir responsabilidades e estabelecer a sistemática para apuração dos dados, elaboração de relatórios de operação, e de cálculo de indicadores de desempenho e indicadores de atendimento **às recomendações feitas pelo ONS**.

O Relatório que fundamenta o Acórdão 2.159/2014 registra que tais recomendações, “identificadas a partir da análise de ocorrência e perturbações, são de **implantação mandatória para os agentes proprietários das instalações**, visto que essa atividade constitui macro função finalística do ONS, **que envolve atividades diretamente ligadas à segurança elétrica do SIN**”.

Seria prescindível transcrever a enorme quantidade de informações dos autos em epígrafe, comprobatória do diagnóstico realizado pela E. Ministra Ana Arraes: “a atuação do ONS na direção do rendimento ótimo da energia a ser gerada e transmitida pelo SIN está inserida na competência exclusiva dada pelo art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal, uma vez que se trata de atividade essencial e indissociável da exploração adequada dos serviços e das instalações de energia elétrica em geral a cargo da União”.

Ademais, para desempenhar suas atribuições, o ONS tem acesso, em tempo real, a todas as informações sobre o comportamento da demanda de energia. Além disso, tem o poder-dever de coordenar a geração nas usinas conforme essa necessidade, igualando a produção ao consumo. E, nisso, exerce atividade pública essencial, materialmente imbrincada no processo de produção e transmissão energética.

As técnicas e modelos matemáticos e de algoritmos, empregados pelo ONS, no cálculo do despacho de energia objetivam otimizar as variáveis do custo incorrido nessa geração e a disponibilidade futura de energia a partir da utilização das fontes renováveis e não renováveis.

A Relatora logrou registrar de forma simples e didática o encadeamento existente entre as ordens de despacho e a exploração dos potenciais hidráulicos:

“No modelo institucional atual do setor elétrico brasileiro, a exploração dos potenciais hidráulicos se dá por meio de concessão às empresas de geração de energia elétrica. Contudo, nos sistemas interligados, tal exploração não ocorre de forma independente. As concessionárias não

detêm autonomia para decidir quando e com qual intensidade irão operar. O que elas fazem é informar ao ONS seu período de disponibilidade no intuito de então aguardar o despacho do Operador para serem acionadas. “

Nesse sentido, na figura bem-lançada pelo advogado, o ONS seria o grande regente real, único e insubstituível, a controlar toda a orquestra do sistema elétrico nacional.

Nada que objetar, em relação ao contexto narrado, não fossem os gravíssimos dados, apurados no Acórdão 1631/2018-TCU-Plenário, da competente relatoria do E. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcante. Nele se comprovou que a atuação do ONS, ao ordenar o despacho das usinas, transcende a simples elaboração e tradução de resultados de simulações computacionais em ordens para os agentes do setor elétrico, para atuar com amplíssima discricionariedade, que não é justificada, nos termos do Voto Condutor, contrariamente ao argumentado pela defesa do Operador.

Na prática, os cálculos matemáticos computacionais são abandonados ao descortino do agente de plantão e o custo adicional de novos e discricionários critérios é rateado entre os consumidores nacionais.

Diz o Ministro Sherman, com a proficiência que o caracteriza, o seguinte:

“126. Na auditoria inicial, restou constatada a ocorrência de despacho de termelétricas fora da ordem de mérito econômico, contrariando as indicações dos modelos computacionais de otimização energética e onerando o custo de geração.

131. (...) considerando os reflexos dos referidos despachos na formação de preço, que importaram em cobrança de Encargo de Serviços de Sistema, por Segurança Energética, na ordem de R\$ 3,8 bilhões no ano de 2016 (peça 364), que o CMO não captura os despachos fora da ordem de mérito feitos pelo ONS e que não há plena transparência acerca de quais usinas foram chamadas a operar que perfizeram esse montante de encargo, propõe determinar à Aneel, com base no art. 3º da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI) c/c o inciso XXXIII do art. 4º do Decreto 2.335/1997, que publique ou faça publicar uma série de dados relativos à operação fora da ordem de mérito.”

A complexidade e importância da questão não reside exclusivamente nos cálculos realizados pelos sistemas de simulação computacional. Despachos fora da ordem econômica de mérito decorrem de decisões discricionárias do ONS, que apontam orientações para a produção de energia por usinas, seguindo ordem diversa da prevista pelas simulações computacionais, com consequências sensíveis e onerosas em todas as áreas.

Como exemplo de decisão discricionária do NOS, a alterar a ordem de despacho, prevista por mérito econômico, cita-se o consistente nível de ociosidade, na linha de transmissão Tucuruí-Manaus. Em condições normais (operação no longo prazo), a capacidade da linha é de 2.715 MW, segundo estudos técnicos que lhe embasaram a concessão⁵. Em situações de emergência (operação por curto prazo), a linha suporta até 3.394 MW.

No Estado do Amazonas, em 2017, a demanda máxima do sistema elétrico foi de 1.714 MW, cerca de 3,92% abaixo da realizada no ano de 2016⁶. Manaus responde por mais de 90% deste total. A partir de simples operação aritmética, poder-se-ia concluir que Manaus poderia ser inteiramente abastecida com a energia de Tucuruí. Entretanto, em seu “Plano da Operação Elétrica 2019/2020”, o ONS prevê a necessidade de geração térmica, para a Usina Termoelétrica de Manaus, em patamar que varia de 691 MW (jan-mar/19) a 896 MW (dez/22) “**devido a restrições elétricas**”. Prefere, portanto, estranhamente, o ONS, a utilização da energia termoelétrica à elétrica.

⁵ “Interligação Tucuruí – Macapá – Manaus: Estudos de Condutor Econômico e Transitórios Eletromagnéticos – R2, vol. 1 (pag. 36)”; Comitê Coordenador de Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos (CCPE/CTET – 044/2004); Brasília-DF, dezembro de 2004.

⁶ “Relatório de Responsabilidade Socioambiental – Exercício de 2017 (pag. 9)”; Amazonas Distribuidora de Energia S.A.; Eletrobras Distribuição Amazonas.



Tal situação é exemplo de muitas decisões do ONS que se sobrepõem à ordem de despacho por mérito econômico do sistema de simulação. A natureza destas decisões é similar a situações que nossos auditores encontram diuturnamente e estão aptos a verificar, em fiscalizações ordinárias, conduzidas pelo TCU, no setor elétrico. É justamente em situações desse tipo (menos óbvias), que o TCU tem identificado falhas no controle da ANEEL, com amplíssimas repercussões nas tarifas de energia elétrica, cobradas dos consumidores nacionais. De fato, toda a conta é paga pelo consumidor.

Via de regra, no entanto, a fiscalização do TCU não intervém em decisões discricionárias do ONS. Procura, simplesmente, obter informações sobre a segurança do Setor Elétrico e atuar com vistas a garantir que ela seja preservada.

A propósito, a transcrição de trecho do Acórdão 1631/2018-Plenário:

“9.3. determinar à Aneel, nos termos do inciso II do art. 250 do Regimento Interno do TCU que:

9.3.1. em conjunto com o ONS e a CCEE, adotem as medidas necessárias, a exemplo da representação dos dados no planejamento da operação, bem como da eventual necessidade de compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS, para sanar a incompatibilidade entre a carga prevista e a carga total do sistema que, entre 2014 a 2016, apresentou diferença de 2.000 MW Médios com impactos significativos no Custo Marginal de Operação, e ainda que, mesmo após mudança nos procedimentos de rede recentes, apresentou em maio/2017 divergência de 400 MW médio entre a carga projetada e a carga total do sistema;

9.3.2. com esquite no art. 3º da Lei 12.527/2011 c/c o inciso XXXIII do art. 4º do Decreto 2.335/1997, publique ou faça publicar, no prazo de noventa dias:

9.3.2.1. dados relativos à operação fora da ordem de mérito, em formato compatível com planilhas eletrônicas, com o custo dos despachos por segurança energética, explicitando, por submercado, o montante de energia (MW médio) despachado fora da ordem do mérito, a respectiva justificativa e o custo variável unitário (CVU) ;

9.3.2.2. dados de geração, comercialização e operação de energia elétrica, em formato compatível com planilhas eletrônicas, agregados de sorte a possibilitar acompanhamento sistêmico do setor, incluindo, no mínimo, as seguintes séries históricas: i) geração mensal em MW médio por usina despachada pelo ONS, por subsistema; ii) geração mensal em MW médio por usina não despachada pelo ONS, por subsistema; iii) garantia física em MW médio com sazonalização mensal por usina (despachadas e não despachadas), por subsistema; iv) insuficiências de lastro de energia, por subsistema; v) MRE mensal, por subsistema; vi) PLD médio mensal, por subsistema; vii) consumo mensal do Ambiente de Contratação Livre (ACL) , por subsistema; viii) consumo mensal do Ambiente de Contratação Regulada (ACR) , por subsistema; ix) número e volume de energia em contratos do ACL (mensal, semestral, anual, 4 anos ou mais) ; e x) transações mensais de energia em MW médio, por classe, entre vendedores e compradores; (...)

9.5. determinar ao MME que, em conjunto com o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, com a Agência Nacional de Águas - ANA e outros entes que eventualmente considerar conveniente, apresente ao TCU, no prazo de cento e vinte dias, plano de ação, acompanhado de cronograma e de matriz de responsabilidades, acerca das medidas ainda não concluídas para a obtenção de todas as informações necessárias à completa revisão das garantias físicas a que se refere o subitem 9.3.1 do Acórdão 1.171/2014-TCU-Plenário, reiterado pelo item 9.3 do Acórdão 184/2015-TCU-Plenário.”

No caso concreto, também, verificou, o TCU, haver diferença entre a medição de carga realizada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e pelo ONS. Após a realização de estudos pelas entidades, concluiu-se que a diferença estava relacionada, principalmente, à representação de elementos de geração distribuída no modelo do ONS. Essa diferença, apurada pelo TCU, resultou na revisão do Custo Marginal de Operação (CMO), relativo ao ano de 2016, em até 120%, mas o ONS não recalculou o CMO para os anos anteriores.



Com a Ministra Ana Arraes, também entendo que o resultado esperado pela União é “o gerenciamento de seus potenciais de energia hidráulica pelo ONS para que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível. Esta atividade delegada, essencialmente pública, não é factível de ser exercida no âmbito do mercado concorrencial e da livre iniciativa”.

Por isso, concluo, em sintonia com a Relatora, que cumpre ao Operador Nacional do Sistema exercer atividade estratégica sobre bens da União: os potenciais de energia hidráulica, elencados no art. 20, inciso VII, da Constituição Federal.

A defesa do ONS argumenta que a instituição não gere bem público. Apenas “rege a orquestra do setor elétrico”. Confesso certa dificuldade em perceber no que a sutileza da analogia afastaria o controle do TCU, uma vez que gerir e reger constam como sinônimos nos dicionários da língua portuguesa⁷. E os altaneiros interesses geridos pelo ente impõem que esteja permanentemente sob atenta fiscalização.

Não somente isto, o argumento de que o ONS é maestro que rege, mas não gere, sobre o excepcional efeito estético, apresenta certa contradição nos termos e objetivos. Após ler os relatórios do TCU, que tratam das atividades do operador, tal analogia tem em mira reduzir enormemente o rol de atribuições do ONS, para enquadrá-las em regência, que não tem consequências sobre a gestão integrada dos potenciais hidráulicos.

“(...) é ele quem gere, é ele quem ordena como vai se dar a geração e a transmissão, mas não é ele propriamente quem faz a gestão do potencial hidráulico que vai gerar. (...) Ele apenas organiza e controla a operação e a transmissão de energia elétrica.”

No entanto, segundo entendo, é a regência da orquestra de hidrelétricas que atrai a jurisdição do TCU sobre o ONS e tal fato é absolutamente fundamental, para a eficaz atuação do TCU, na fiscalização do setor elétrico nacional.

Ao exercer seu papel constitucional, no que toca ao setor elétrico, o TCU não se limita a apenas verificar a “afinação dos instrumentos”. Fala por si o impacto das ações de controle, em que o TCU atuou de maneira sistêmica, verdadeiramente aferindo se o “andamento da música” estava de acordo com o que espera a sociedade, ou seja, se o efeito sônico reverbera em ambiente de acústica excepcional, ou se há distorções de toda a ordem que impedem a apreensão adequada da sinfonia.

Na vida real, “harmonia da orquestra”, ou simples existência de “boa música”, podem ser interpretados como disponibilidade de energia elétrica, em quantidade e qualidade suficientes, a preços justos, capazes de contribuir para a produtividade e competitividade da economia nacional, além de propiciar bem-estar à população brasileira.

O “andamento da música”, interpretado como operação do sistema, ou na forma reducionista proposta pela defesa, as ações de regência (entre outras ações, as ordens de despacho, as instruções para reforços na rede básica e outros procedimentos que dependem de uma série de informações, para a tomada de decisão, e não apenas do resultado de simulação, por modelo computacional), emanadas pelo maestro, podem vir a contribuir para a deplecionar os reservatórios das usinas hidrelétricas ou, ao contrário, para seu uso otimizado.

Com as devidas vênias, como aferir tais atributos se concluirmos que a jurisdição do TCU não alcança o “maestro do sistema elétrico”?

Como tratar dos problemas em que a dissonância não advém da falta de afinação dos trompetes, flautas, clarinetas ou oboés (os equipamentos das usinas estão em perfeito funcionamento), nem do

⁷ <https://www.dicio.com.br/gerir/>

GERIR – verbo transitivo direto. Desempenhar funções de gerência; administrar: gerir uma empresa; ele era inapto para gerir sua própria vida! Etimologia (origem da palavra gerir). Do latim *gerere*. Gerir é sinônimo de: dirigir, administrar, comandar, governar, **reger**.

REGER – verbo transitivo direto e intransitivo. Governar; reinar ou exercer o ofício de rei, de chefe; ter a responsabilidade de guiar ou de direcionar o funcionamento de uma instituição, país etc.: regia uma organização de caridade; regia um país; os reis eram os responsáveis por reger.

verbo transitivo direto e pronominal. Orientar-se; conduzir algo, alguém ou a si próprio: não conseguiu reger os alunos; regia-se pela constituição.

verbo transitivo direto. Pedagogia. Lecionar; ser professor: regia uma classe de crianças.

[Gramática] Subordinar; possuir como dependente; produzir uma relação de regência entre duas frases, entre duas palavras.

Etimologia (origem da palavra reger). Do latim *regere*.

timbre dos violoncelos, harpas ou violinos (as linhas de transmissão estão íntegras e conectadas), nem da habilidade dos solistas (as empresas distribuidoras de energia elétrica prestam serviço eficiente e garantem a ligação dos consumidores residenciais ao sistema interligado nacional)?

E se, ainda que todos os músicos tenham estudado com afinco as partituras, ainda que estejam prontos e treinados para tocar a mais bela sinfonia, em algum momento, a música parar?

E se, após ler as partituras preliminares, as investigações do TCU colherem evidências de sérios problemas, não só na regência do ONS, mas também na sua fiscalização pela ANEEL, imbrincados que estão em um único bloco de comando?

Vale lembrar, mais uma vez, que os registros do TCU, sobre o racionamento de energia elétrica em 2001, demonstram que houve falhas graves de coordenação institucional, envolvendo todos os órgãos citados neste Voto.

O MPTCU explica, de forma didática, em seu parecer, que a atividade de coordenação e controle da operação, concretamente necessária e indispensável para fornecimento de energia elétrica, de forma otimizada, se qualificaria técnica e juridicamente como serviço de energia elétrica autônomo, estranho às atividades das concessionárias e permissionárias das atividades de geração, transmissão e distribuição.

A partir dessa visão do Sistema Interligado Nacional é possível perceber que o limite de atuação dos particulares que desempenham as atividades de geração e transmissão é informar ao ONS o período de disponibilidade, com o objetivo de então aguardar o despacho do Operador para serem acionados.

E se verificarmos que, por decisão discricionária, não justificada, do ONS, os cálculos matemáticos computacionais que preveem o nível ótimo do sistema elétrico nacional, tenham sido abandonados, ou injustificadamente desrespeitados, com o objetivo de privilegiar tal ou qual empresa? Nesse sentido, os prejuízos aos usuários de energia, no ano de 2016, aproximaram-se de R\$ 4 bilhões de reais e foram integralmente repassados aos consumidores.

Essa linha de raciocínio, da qual partilho, leva a concluir, inequivocamente, que “o ONS é única e fundamentalmente o responsável – não simplesmente de forma acessória – pelo gerenciamento dos potenciais de energia hidráulica”, havendo disparidade em sua definição legal e as competências que de fato exerce.

Vislumbro, em todo o sistema elétrico nacional, gigantesca opacidade e condução por um único estamento, atuante com unicidade de propósitos. Os dados e informações necessários às verificações dos órgãos de controle simplesmente não são apresentados. Atos discricionários de gestores de bens públicos não são fundamentados. A ocultação de dados é constante, o que gera suspeitas fundadas de gravíssimos problemas. O consumidor de energia do Brasil paga uma das mais altas tarifas do mundo. A única saída para o setor é a transparência. E chamo a atenção para a célebre frase do *Justice Louis Brandeis*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: “*sunlight is said to be the best of disinfectants*”, ou “a luz do sol é tida como o melhor dos desinfetantes”.

Uma vez que os potenciais de energia hidráulica estão definidos no art. 176 da Constituição Federal, como propriedades pertencentes à União, dado o papel central do ONS - seja sob o verbo reger ou gerir, como entendo mais exato - na coordenação do despacho das usinas hidrelétricas e consequente otimização dos potenciais de energia hidráulica, atividade que não é passível de ser executada pelos demais agentes particulares, permissionários e concessionários, não tenho dúvidas de que o ONS está sujeito à jurisdição do TCU.

Acredito que o ONS é merecedor de toda a atenção do Tribunal, pelos altos interesses que gere e pela repercussão de suas ações no custo da energia do Brasil, e a Secretaria do Tribunal deve manter-se atenta em relação ao sistema, uma vez que nele vislumbro risco gigantesco, ainda não adequadamente equacionado ou examinado pelo Tribunal.

Ante o exposto, acompanho a E. Ministra Ana Arraes, ao negar provimento ao pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, mantendo os exatos termos do Acórdão 798/2016 - Plenário.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de setembro de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Revisor

VOTO REVISOR

Cuida-se de pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) contra o Acórdão 798/2016-Plenário, da Relatoria do Ministro Vital do Rego), mantido pelo Acórdão 1.407/2016-Plenário, que asseverou a sujeição do recorrente à jurisdição do Tribunal de Contas da União (TCU).

2. Para chegar a essa conclusão, o acórdão recorrido se baseou nas seguintes premissas:

2.1. o ONS participa da formação de parcela expressiva da política pública voltada para a área do setor elétrico;

2.2. o ONS gerencia bens públicos (potenciais hidráulicos);

2.3. o ONS gere recursos com viés público, pois decorrem de cobrança compulsória autorizada pelo Poder Público para o alcance dos fins da política pública da área de energia elétrica, ainda que não sejam propriamente uma receita pública;

2.4. o controle exercido pelo TCU no ONS não ensejaria sobreposição de competências com a Aneel, pois constitui controle de segunda ordem, no qual se busca a eficiência e a efetividade na prestação dos serviços, não atingindo a discricionariedade inerente ao agente regulador.

3. Inconformado, o ONS rebateu os fundamentos do acórdão, apresentando razões que levaram a Secretaria de Recursos (Serur) a propor o provimento do pedido de reexame, a fim de alterar o acórdão e consignar a não inclusão do Operador no âmbito de jurisdição do TCU.

4. Em suma, a Serur entendeu que:

4.1. quanto aos potenciais de energia elétrica, a atividade do ONS constitui gestão de bens públicos apenas no sentido mais amplo do termo, pois tal gestão se qualifica como acessória e inerente à prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica;

4.2. os recursos gerenciados pelo ONS não constituem receita pública originária ou derivada, mas sim recursos particulares, advindos da contraprestação pecuniária contratual e facultativa paga pelo usuário ao particular prestador do serviço público por delegação.

4.3. o ONS, embora deva ser considerado como prestador de serviço público delegado, juridicamente não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União;

4.4. o controle desta Corte de Contas sobre particulares delegatários de serviço público, tais como as geradoras e distribuidoras de energia elétrica, sejam eles concessionários, permissionários ou autorizados, dá-se principalmente de forma indireta, mediante o controle realizado sobre o poder concedente e a agência reguladora setorial; a caracterização da atividade do ONS como serviço público, portanto, é por si só insuficiente para atrair a incidência do artigo 70, parágrafo único, da CF/1988, e a consequente jurisdição desta Corte;

4.5. não há como se afirmar que o ONS estaria submisso ao chamado controle finalístico de segunda ordem, visto que este é exercido sobre a atividade de regulação desenvolvida pela agência setorial, não sobre a prestação em si de serviços públicos, desempenhadas pelos concessionários, permissionários ou agentes autorizados.

5. Posteriormente, a eminente Relatora solicitou a oitiva do Ministério Público junto ao TCU, que apresentou parecer discordando da Serur. O *Parquet* considerou, em síntese, que:



5.1. o ONS se assemelha em natureza e características às entidades qualificadas como organizações sociais, pois são uma roupagem de associações civis sem fins lucrativos, orientadas diretamente para o atendimento de um interesse público;

5.2. o art. 15, §1º, da Lei 9.648/1998 previu o aporte de ativos e bens oriundos dos órgãos que exerciam as atividades absorvidas pelo Operador, vinculados à Eletrobrás, ao ONS, o que constitui a primeira característica que atrai para ele a sujeição à jurisdição desta Corte por efetivamente “utilizar, guardar e administrar bens públicos” transferidos dos extintos órgãos;

5.3. é cediço que o TCU, desde a criação da figura das organizações sociais, firmou entendimento de que elas lhe são jurisdicionadas, consoante Decisão 592/1992-Plenário, a saber:

“8.1 firmar o entendimento de que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 [...]”

5.4. o ONS gerencia bens públicos representados pelos potenciais de energia hidráulica, como listado no art. 20, VIII, da Constituição Federal;

5.5. a atividade de coordenação e controle da operação do sistema, exercida pelo ONS, não é mera atividade acessória à prestação do serviço público de fornecimento de energia, mas essencial para a prestação do serviço, o que demonstra o interesse público de que ela se reveste, na medida em que o Operador efetivamente gere os potenciais de energia hidráulica;

5.6. o ONS não pode ser comparado aos concessionários e permissionários dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia, pois não exerce atividade de exploração econômica, passível de ser realizada no mercado concorrencial e da livre iniciativa;

5.7. o ONS gerencia recurso público, uma vez que suas receitas são buscadas compulsoriamente junto aos associados do sistema elétrico e têm por fim o financiamento de uma atividade pública, o que imprime a esses valores um componente de parafiscalidade;

5.8. os recursos financeiros geridos pelo ONS possuem a mesma natureza das contribuições destinadas aos serviços sociais autônomos e aos conselhos de fiscalização profissional, que, sabida e pacificamente, sujeitam-se à jurisdição do TCU;

5.9. o ONS desempenha uma função de eminente interesse público, reforçando a necessidade de que essa entidade esteja sujeita ao controle externo.

6. Ao final, o *Parquet* sugere dar provimento parcial ao recurso, mantendo os termos do acórdão recorrido, mas deixando assente que “a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à jurisdição do TCU tem por escopo propiciar o exercício do controle finalístico da entidade, mediante avaliação de seu desempenho, com o objetivo de garantir a entrega de bons serviços à sociedade”.

7. A Ministra Relatora, em seu pronunciamento, corrobora o entendimento do Ministério Público junto ao TCU no sentido de que o ONS deva se sujeitar à jurisdição do TCU, mas considera que não seria o momento de delinear os contornos do controle a ser exercido por esta Corte. Assim, vota para que o acórdão impugnado seja mantido em seus exatos termos.

8. Em síntese, a Relatora se apoia nos seguintes fundamentos:

8.1. o ONS exerce, com base em autorização legal, atividades indissociáveis e essenciais ao exercício de competência exclusiva da União para exploração adequada dos serviços e das instalações de energia elétrica e para aproveitamento energético dos cursos d’água, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal e do art. 13 da Lei 9.648/1998;

8.2. a atuação do ONS é parte integrante da administração e do gerenciamento de um sistema de serviços (de transmissão de energia elétrica) e bens (potenciais hidráulicos) públicos;

8.3. o ONS é mantido por receita pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União;



8.4. o ONS está sujeito à jurisdição do TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, incisos I e V, da Lei 8.443/1992.

II

9. Como se vê, a questão é bastante controversa. De um lado, entende-se que o ONS gere bens e dinheiro públicos; de outro, considera-se que suas receitas são privadas e que sua gestão de bens públicos se dá apenas de forma indireta, por ser necessária ao exercício do serviço público delegado.

10. Também em relação às conclusões sobre a forma de atuação do TCU, há discrepâncias. Para alguns, o controle a ser exercido pelo TCU deve ser de segunda ordem, via controle da agência reguladora; para outros, o controle deve ser finalístico, mediante avaliação do desempenho da entidade, a fim de garantir a qualidade dos serviços públicos. Ou ainda, não seria a hora de delinear esse controle, “cabendo ao TCU, no exercício de sua jurisdição, identificar eventuais normas de direito público que devam ser observadas pelo ONS e esclarecer aquelas a disciplinar a atividade de controle externo na referida unidade”, conforme consignado pela Relatora.

11. No meu entender, o posicionamento da Serur, explicitado na instrução à peça 73, é o que deve prevalecer. Em síntese, reputo que o ONS não se sujeita, em princípio, à jurisdição do TCU e que a atuação desta Corte para garantir ou aperfeiçoar a qualidade dos serviços públicos por ele prestados deve ser realizada via fiscalização da agência reguladora ou do poder concedente, como é no caso de serviços prestados por concessionários ou permissionários de serviço público.

12. Na interpretação das normas que regem a competência do TCU é importante ter em mente o que propõe o ordenamento jurídico como um todo, a fim de que a atuação desta Corte possa se dar da forma mais benéfica possível para o funcionamento da Administração Pública. Nesse sentido, considerando a maneira como o sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica se organiza, não vejo como ele possa comportar um controle direto do TCU no ONS, paralelo à atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

13. Explico melhor meu posicionamento.

14. O ONS, pessoa jurídica de direito privado, é parte integrante do sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, assim como são os concessionários e permissionários desses serviços.

15. Seu papel consiste, essencialmente, em exercer as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN), bem como as atividades de previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol), consoante o art. 13, *caput*, da Lei 9.648/1998.

16. Considerando os diversos agentes envolvidos nesse sistema, sua atuação é fundamental para que a energia seja gerada e despachada para as linhas de transmissão no tempo e na medida certa, de modo a otimizar o seu funcionamento, evitando desperdícios.

17. Não se discute que se trata de um serviço público. No entanto, todo esse sistema é fiscalizado e regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica.

18. Conforme explicitamente previsto no art. 13 da Lei 9.648/1998, cabe à Aneel fiscalizar e regular o Operador Nacional do Sistema Elétrico. Essa fiscalização engloba a qualidade dos serviços públicos por ele oferecidos. Assim, entender que o Tribunal deva exercer controle finalístico no ONS, para fiscalizar seu desempenho, a fim de “garantir a entrega de bons serviços à sociedade”, é o mesmo que considerar que o Tribunal deva realizar, em paralelo, o controle atribuído legalmente à Aneel.

19. Tal sobreposição de controles é claramente temerária, pois pode levar a decisões e orientações divergentes, que desestabilizariam o funcionamento do sistema. A legislação de competência do TCU deve ser interpretada em conjunto e em confronto com a legislação de competência da agência reguladora. Não é à toa que esta Corte tem se posicionado no sentido de que a fiscalização de serviços públicos delegados se dá de modo indireto por este Tribunal, mediante fiscalização do poder concedente e da agência reguladora (exs.: Acórdãos 909/2015 e 2.527/2015 – Plenário e 4.773/2016 – Primeira Câmara). Trago a colação, por oportuno, trecho do voto condutor do Acórdão 909/2015-Plenário:



“22. Com tal desiderato, trago palavras do Ministro José Jorge, inseridas no voto condutor do Acórdão 210/2013-TCU-Plenário, verbis:

‘(...) a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não compete ao TCU, no exercício do controle externo da Administração Pública, fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados. Isso porque entendimento em sentido contrário implicaria invasão do Tribunal na seara de atuação das agências reguladoras, esvaziando a competência dessas importantes entidades introduzidas pela Reforma do Aparelho do Estado no final dos anos 90.’

23. Nessa linha de raciocínio, a princípio, não cabe ao TCU avaliar o cumprimento de metas contratuais de qualidade em outorgas de serviços públicos; o controle aqui exercido incide diretamente sobre a agência reguladora e mediatamente sobre as delegatárias. Isso porque, a competência tanto para estabelecer metas de qualidade e parâmetros de serviço, quanto para fiscalizar seu cumprimento, está embutida nas atribuições legais da Aneel, previstas na Lei 9.427/1996.

20. Outrossim, esse entendimento deve prevalecer tanto para concessionários e permissionários, quanto para os demais agentes delegatários de serviço público, como é o caso do ONS, que exerce o serviço público por delegação prevista em lei. Não importa se o ONS exerce suas atividades em um ambiente concorrencial ou não, pois o que respalda tal inteligência é a necessidade de que as decisões sejam coerentes e harmônicas para todo o sistema de serviço público delegado. Os diversos atores do sistema são controlados pela agência reguladora e a agência reguladora é controlada pelo Tribunal de Contas da União. Essa é a interpretação lógica que retiro dos normativos que gerem a matéria.

21. Ademais, a equiparação que o Ministério Público junto ao TCU faz entre o ONS e as organizações sociais, a meu ver, não procede. As organizações sociais não fazem parte de um sistema de prestação de serviço público regulado e fiscalizado por agência reguladora. Tais entidades, conforme previsto expressamente na Lei 9.637/1998, foram criadas para absorver atividades não exclusivas de Estado, fenômeno intitulado publicização. Para tanto, elas recebem recursos públicos federais, por meio de contrato de gestão. Nesse sentido, é natural que o TCU verifique se o fim acordado entre o Poder Público e as organizações sociais foi atingido. No caso do ONS, no entanto, como já dito, já existe a agência reguladora com esse fim.

22. Assim, do ponto de vista finalístico, o TCU não deve fiscalizar diretamente o ONS, pois é a Aneel que tem atribuição para tanto. O argumento de que o ONS presta serviço público não é suficiente para atrair essa fiscalização, pois os permissionários e os concessionários de serviço público também o prestam e não sofrem a atuação direta desta Corte.

23. Acrescente-se que a gestão dos potenciais hidráulicos também se dá em razão da prestação do serviço público delegado, motivo pelo qual ela também deve ser fiscalizada pela Aneel, e não pelo TCU diretamente.

24. Poder-se-ia cogitar a fiscalização direta do TCU no ONS nas suas atividades-meio ou administrativas, caso restasse caracterizada a natureza pública de suas receitas ou dos bens pertencentes ao seu patrimônio. No entanto, também não encontro presente tal característica.

25. Os bens do Operador Nacional do Sistema Elétrico são privados. É certo que eles decorreram originalmente de transferência de bens da Eletrobrás, como afirmou o *Parquet*. No entanto, depois de transferidos em caráter definitivo à pessoa jurídica de direito privado, conforme disposto no art. 15, § 1º, da Lei 9.648/1998, passaram a ser bens privados, tanto que não se submetem ao regime jurídico dos bens públicos. Podem ser alienados sem necessidade de autorização legislativa, conforme art. 17, XIII, do estatuto da entidade e não se encontram contabilizados como bens da União ou de outra entidade da Administração Pública Federal.

26. Também no que se refere às receitas do ONS, não vislumbro a natureza pública. As receitas do Operador não constituem contribuição parafiscal.

27. Sabe-se que as contribuições parafiscais são espécies de tributo prevista no art. 149 da Constituição Federal. Como qualquer tributo, elas têm como característica a instituição por meio de lei, consoante preconiza o art. 3º do Código Tributário Nacional, *in verbis*:



“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, **instituída em lei** e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

28. No caso do ONS, suas receitas encontram-se previstas no estatuto, a saber:

“Art. 34 Até o final de abril de cada ano, o ONS deve encaminhar à ANEEL a proposta de orçamento para o próximo ciclo, devidamente aprovada pelo seu Conselho de Administração.

Parágrafo único. São fonte de recursos do ONS:

I - Contribuições de seus membros associados, proporcional ao número de votos na Assembléia-Geral, incluídas na Parcela “A” para fins de repasse tarifário e as recolhidas por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitas a repasse tarifário;

II – Recursos decorrentes do orçamento elaborado pelo ONS e aprovado pela ANEEL:

a) repassados pelos associados e agentes do setor elétrico conectados à Rede Básica, cujos valores são incluídos na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e na Parcela “A” das Tarifas do Serviço de Energia Elétrica;

b) recolhidos por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitos a repasse tarifário;
e

c) outras receitas autorizadas pela ANEEL.”

29. Diferente é o caso dos conselhos profissionais ou dos serviços sociais, cujas contribuições estão previstas em lei. Cito, por exemplo, a contribuição do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), estipulada no art. 4º do Decreto-Lei 8.621/1946:

“Art. 4º Para o custeio dos encargos do SENAC, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, **ficam obrigados ao pagamento mensal de uma, contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.**” (grifos acrescidos).

30. Anote-se que a previsão por meio de estatuto é bem mais flexível do que a previsão legal, o que seria algo incompatível com as características de um tributo. Além disso, no caso do ONS, os valores por ele cobrados também sofrem o controle da agência reguladora, o que não ocorre no caso dos conselhos profissionais e das entidades do sistema S.

31. Entendo que as receitas do ONS se assemelham muito mais às características de contribuições associativas e de preço, como os regulados para os concessionários e permissionários de serviço público, do que às de contribuições parafiscais. Assim, não caberia fundamentar sua sujeição ao TCU no art. 5º, V, da Lei 8.443/1992, que se refere a “responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado **que recebam contribuições parafiscais** e prestem serviço de interesse público ou social”.

32. Diante do exposto, por não se enquadrar o caso às hipóteses do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, nem tampouco do art. 5º, incisos I e V, da Lei 8.443/1992, voto no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de agosto de 2019.

Ministro BRUNO DANTAS

Revisor

ACÓRDÃO Nº tagNumAcordao – TCU – tagColegiado

1. Processo nº TC 006.113/2014-1.

2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame.

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Responsáveis: Hermes Jorge Chipp (233.128.907-72); Operador Nacional do Sistema



Elétrico - ONS (02.831.210/0001-57).

4. Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica; Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.

5. Relatora: Ministra Ana Arraes.

5.1. Relator da deliberação recorrida: ministro Vital do Rêgo.

5.2. 1º Revisor: Ministro Benjamin Zymler.

5.3. 2º Revisor: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraEle).

8. Representação legal:

8.1. José Renato Pinto da Fonseca e outros, representando Agência Nacional de Energia Elétrica.

8.2. Camila Alves e Fontes (45.599/OAB-DF) e outros, representando Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este pedido de reexame, interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico contra o acórdão 798/2016 - Plenário, que deliberou pela sujeição do recorrente à jurisdição do TCU;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo revisor e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 277 e 286 do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame e dar-lhe provimento, alterando a redação do item 9.1. do Acórdão recorrido nos seguintes termos:

“9.1. conhecer da representação, porquanto presentes os requisitos previstos nos artigos 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la não procedente;”

9.2. esclarecer que o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) não se encontra sob a jurisdição do TCU, uma vez não configurada a incidência do art. 70, parágrafo único, da CF/1988 e do art. 5º, incisos I e V, da Lei 8.443/1992;”

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

VOTO COMPLEMENTAR

Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico contra o Acórdão 798/2016 - Plenário. Na decisão recorrida, o Tribunal considerou parcialmente procedente a representação formulada pela extinta SefidEnergia e confirmou a sujeição do ONS à jurisdição do TCU.

2. No meu voto, sustentei tal sujeição, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992, alinhando-me ao entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal e ao que foi decidido no Acórdão 798/2016 - Plenário.

3. Chego a essa conclusão, considerando, em síntese, que:

a) o Operador Nacional do Sistema Elétrico presta serviço público de competência exclusiva da União ao realizar atividade essencial para o funcionamento do sistema elétrico interligado: coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 13 da Lei 9.648/1998;



b) o ONS realiza gestão de bens públicos pertencentes à União, quais sejam, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, inciso VIII, da Constituição Federal), assegurando que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível;

c) o ONS é mantido por receita advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União.

4. Após a devolução de vista do ministro Benjamin Zymler, pediu vista, nos termos do art. 112 do Regimento Interno, o ministro Bruno Dantas, a quem, desde já, louvo pelo voto revisor e pela contribuição ao presente debate.

5. O ministro Bruno Dantas defende o provimento do recurso. Em síntese, o revisor afirma que cabe à Aneel fiscalizar e regular o Operador Nacional do Sistema Elétrico e que a sobreposição de controles é temerária, pois poderia desestabilizar o funcionamento do sistema. Ademais, argumenta que os bens do ONS seriam privados, ainda que originalmente decorrentes de transferência da Eletrobras. Por fim, entende que as características das receitas do Operador se assemelham muito mais às de contribuições associativas e de preço do que às de contribuições parafiscais.

6. Pedindo vênica ao revisor, mantenho o meu entendimento pelas razões já expostas, levando em conta, ainda, que o acórdão recorrido **se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido**, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas.

7. Esta Corte de Contas, a propósito, tem atuado de forma cooperativa e complementar na fiscalização da prestação do serviço público delegado. Exerce o controle externo, como poder distinto dos poderes concedente e regulador, sem estabelecer o conteúdo do ato regulatório.

8. Nada obstante, a competência da agência reguladora não implica completa e absoluta inviabilidade do exercício do controle por este Tribunal sobre o ONS. Apenas a título de ilustração, vislumbro, desde já, o exercício do controle externo sob o aspecto operacional no Operador, tendo por objeto a eficiência da sua gestão da exploração dos potenciais hidráulicos, fonte da maior parte da energia elétrica produzida no Brasil.

9. No tocante ao financiamento do ONS, observo que parcela dos recursos é decorrente de obrigação derivada de relação de direito público. De fato, a Agência Nacional de Energia Elétrica impõe, nos contratos de concessão, cláusula sobre a obrigatoriedade de pagamentos ao operador, o que evidencia o caráter compulsório da prestação pecuniária, cuja natureza se distancia do conceito de “preço” defendido pelo ilustre revisor.

10. De qualquer forma, o debate mais aprofundado sobre essas questões – natureza jurídica das fontes de recursos do ONS – deve ficar para uma segunda oportunidade, na qual se estabelecerá qual o modelo de controle será exercido sobre a entidade jurisdicionada.

11. Ante o exposto, nego provimento ao pedido de reexame interposto pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, mantendo os exatos termos do Acórdão 798/2016 - Plenário.

É como voto!

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de agosto de 2019.

ANA ARRAES

Relatora