

GRUPO II – CLASSE II – PLENÁRIO

TC 002.222/2007-5

Apeços: TC 028.673/2014-0, TC 003.453/2005-0

Natureza: Tomada de Contas Especial

Órgãos/Entidades: Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Tocantins; Estado de Tocantins; Secretaria de Infra Estrutura do Estado do Tocantins; Superintendência Regional do Dnit No Estado do Tocantins – DNIT/MT.

Responsáveis: Adelmo Vendramini Campos (CFP 162.965.321-72); Adeuvaldo Pereira Jorge (CPF 095.367.871-72); Ataíde de Oliveira (CPF 258.528.506-59); Carlos Henrique Carrato (CPF 005.489.879-04); Dirceu Cesar Façanha (CPF 178.409.617-20); Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01); Italo Mazzoni da Silva (CPF 290.214.217-04); Jesus de Brito Pinheiro (CPF 003.449.313-15); Jose Edmar Brito Miranda (CPF 011.030.161-72); Jose Gilvan Pires de Sá (CPF 215.560.598-68); José Francisco dos Santos (CPF 040.700.386-04); José Henrique Coelho Sadok de Sá (CPF 160.199.387-00); José Roberto Paixão (CPF 211.829.657-68); Maciste Granha de Mello Filho (CPF 337.065.577-20); Manoel das Graças Barbosa da Costa (CPF 019.511.732-87); Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34); Romulo do Carmo Ferreira Neto (CPF 288.906.631-20); Rômulo Fontenelle Morbach (CPF 000.110.882-49); Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44).

Representação legal: Stéfany Cristina da Silva (6019/OAB-TO), representando Adeuvaldo Pereira Jorge; Wellington Cristiano da Fonseca e outros, representando Egesa Engenharia S.A.; Rebecca Sampaio Bellaguarda e outros, representando José Roberto Paixão; David Levistone da Silva e Souza (11.750/OAB-GO) e outros, representando Wolney Wagner de Siqueira.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NA DELIBERAÇÃO EMBARGADA. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Srs. José Henrique Coelho Sadock de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá, Jesus de Brito Pinheiro, Wolney Wagner de Siqueira e pela empresa Egesa Engenharia S.A. em face do Acórdão 2511/2015-Plenário, por meio do qual o TCU julgou irregulares as contas dos ora embargantes, condenando-os em débito e em multa, em face de irregularidades apuradas nas obras para a construção da BR-230, no Estado do Tocantins.

2. O Acórdão 2.511/2015-Plenário foi prolatado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial convertida a partir de processo de auditoria, por força do subitem 9.1 do Acórdão 2.127/2006-TCU-Plenário, exarado nos autos do TC 003.453/2005-0, cujo objeto consistia na verificação da conformidade do Contrato nº 200/96, celebrado entre o Departamento de Estrada de Rodagens do Tocantins e a

empresa Egesa Engenharia S.A., com vistas à execução de obras rodoviárias na BR-230/TO, trecho Aguiarnópolis – Luzinópolis.

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

9.1. considerar revel o Sr. Rômulo Fontenelle Morbach, Procurador-Geral do DNER, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos seguintes membros do Conselho Administrativo do DNER: Srs. Maurício Hasenclever Borges (ex-diretor-geral), Dirceu Cezar Façanha, (chefe de assessoria técnica), Jesus de Brito Pinheiro (diretor de operações rodoviárias), José Gilvan Pires de Sá, (diretor de administração e finanças), Wolney Wagner de Siqueira (diretor de engenharia rodoviária), José Henrique Coelho Sadok de Sá (chefe de assessoria de planejamento), e empresa Egesa Engenharia S.A., em face do superfaturamento apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A.;

9.3. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, art. 12, § 3º, 16, inciso III, alínea “c”, e 19, **caput**, da Lei nº 8.443/1992 c/c art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU, as contas dos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cezar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Rômulo Fontenelle Morbach, para condená-los, solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, desde as datas indicadas até a data da efetiva quitação dos débitos, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a” da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU:

Data de referência	Débito
20/1/1997	R\$ 320.620,63
31/1/1997	R\$ 183.002,64
17/3/1997	R\$ 156.516,06
2/4/1997	R\$ 451.567,22
16/5/1997	R\$ 350.033,65
23/9/1997	R\$ 681.575,22
26/12/1997	R\$ 129.280,87
13/1/1998	R\$ 362.746,35
15/7/1998	R\$ 40.305,15
30/7/1998	R\$ 871.328,06
31/7/1998	R\$ 96.814,23
18/9/1998	R\$ 236.979,79
25/9/1998	R\$ 26.331,09
25/11/1998	R\$ 349.075,93
7/12/1998	R\$ 29.909,50
8/12/1998	R\$ 108.884,61
16/12/1998	R\$ 113.836,65
9/11/1999	R\$ 1.001.432,64
17/12/1999	R\$ 608.809,39
28/1/2000	R\$ 348.462,73
23/3/2000	R\$ 298.626,86
25/4/2000	R\$ 330.040,70

6/11/2000	R\$ 79.745,22
6/11/2000	R\$ 417.557,88

9.4. aplicar aos responsáveis, Srs. Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cezar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Rômulo Fontenelle Morbach, bem como à empresa Egesa Engenharia S.A., individualmente, com base no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Ataíde de Oliveira (ex-diretor-geral do Dertins); Adevaldo Pereira Jorge (ex-diretor de Construção e Fiscalização do Dertins); e da empresa Egesa Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, em relação ao desvio de finalidade ocorrido no âmbito do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de uma cerca de vedação dentro de propriedade privada na pedreira do Mosquito;

9.6. julgar irregulares as contas dos Srs. Ataíde de Oliveira e Adevaldo Pereira Jorge, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “d”, 19 **caput**, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, para condená-los, solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento da importância de R\$ 48.358,69 (quarenta e oito mil, trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e nove centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 17/12/1999 até a data da efetiva quitação, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento dos referidos valores aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU;

9.7. aplicar aos responsáveis, Srs. Ataíde de Oliveira e Adevaldo Pereira Jorge, bem como à empresa Egesa Engenharia S.A., individualmente, com base no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.8. acolher as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. José Francisco dos Santos (ex-secretário dos transportes e obras do Estado do Tocantins) e Maurício Hasenclever Borges (ex-diretor-geral do DNER), quanto à construção de ponte sobre o rio Mumbuca e de 3,28 km de rodovia, em área de expansão de reserva indígena, uma vez que restou comprovada a utilidade dos serviços executados à comunidade interessada;

9.9. acolher as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. José Francisco dos Santos (ex-secretário dos transportes e obras do Estado do Tocantins) e José Edmar Brito Miranda (ex-secretário de infraestrutura do Estado do Tocantins) em relação ao suposto excedente de serviços de estabilização granulométrica sem mistura e de imprimação;

9.10. considerar afastada a responsabilidade do Sr. José Edmar Brito Miranda (ex-secretário de infraestrutura do Estado do Tocantins) no que diz respeito ao desvio de finalidade no Contrato nº 200/1996, consubstanciado em face da construção de cerca de vedação dentro de propriedade privada – Pedreira do Mosquito;

9.11. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 17 e 23, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, regulares com ressalva as contas dos demais responsáveis identificados no item 3 deste Acórdão, dando-lhes quitação plena;

9.12. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, atualizadas monetariamente até a data do pagamento, 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;

9.13. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação; e

9.14. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção das medidas judiciais cabíveis.”

3. Inconformada com a referida decisão, a empresa Egesa Engenharia S.A. apresentou os seus embargos, à Peça nº 139, nos seguintes termos:

“(…) III - AS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4. Primeiramente cumpre registrar que a Embargante discorda do débito ora imputado, e da metodologia adotada por essa C. Corte de Contas para análise da regularidade dos preços contratados. De acordo com os esclarecimentos já prestados e conforme será melhor tratado no momento oportuno, não há que se falar em irregularidade dos preços praticados e, muito menos, em responsabilidade da Embargante.

5. A Embargante participou regularmente do processo licitatório promovido pela Secretaria dos Transportes e Obras do Tocantins, tendo se sagrado vencedora do certame, e celebrado o Contrato nº 200/96, por ter apresentado a melhor e mais vantajosa proposta para a Administração Pública.

6. A referida proposta foi devidamente aprovada pelo extinto Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER, órgão competente e dotado de fé pública para tanto. Dessa forma, a Embargante executou as obras, certa da regularidade dos preços praticados.

7. Não obstante, após 14 anos - em absoluta afronta às normas que regulamentam a atuação do Tribunal de Contas da União, notadamente o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, que dispõe sobre a instauração e organização dos processos de Tomada de Contas Especial -, o próprio TCU entendeu por citar e, por meio do v. Acórdão recorrido, condenar os membros do Conselho Administrativo do DNER por considerar que os preços que estes aprovaram e foram contratados, estavam supostamente superfaturados.

8. Mesmo não sendo objeto dos presentes Embargos, entende-se importante registrar nesse momento, posto que afeta todo o julgado ora questionado, a obrigatoriedade de se aplicar no caso em tela o disposto nos arts. 5, S4º e 10º da IN/TCU nº 56/2007. Tal dispositivo é expresso ao determinar a dispensa e/ou arquivamento dos processos de Tomada de Contas Especial quando transcorrido mais de dez anos do fato gerador do suposto dano. **In verbis:**

‘Art. 5º. A Tomada de Contas Especial somente deve ser instaurada e encaminhada ao Tribunal quando o valor do dano, atualizado monetariamente, for igualou superior à quantia fixada pelo Tribunal para esse efeito.

§ 4º. Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de Tomada de Contas Especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo da apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º.

Art. 10. Aplicam-se as disposições constantes do art. 5º aos processos já constituídos que se encontrem no Tribunal, nos órgãos de controle interno e nos órgãos ou entidades de origem.’

9. Como se observa, não havendo determinação em contrário do Tribunal - o que não há! - basta a ocorrência do lapso temporal para que se aplique o dispositivo acima. Não se trata de uma faculdade do Tribunal. A norma é expressa e deve ser invocada de ofício. Se verificado o transcurso de mais de dez anos (no caso, são 14!) entre o fato gerador e a citação dos responsáveis, há que se arquivar o processo de Tomada de Contas Especial, nos termos dos arts. 5, §4º e 10º da IN/TCU nº 56/2007.

10. O que se nota é que o referido dispositivo da IN nº 56/2007 busca evitar a conduta omissiva e protelatória do próprio Tribunal de Contas, limitando no tempo a sua atuação, sendo ressalvada a apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso.

11. Portanto, contrariamente ao alegado, o disposto no art. 5, §4º da IN/TCU nº 56/2007 se aplica se transcorrido o prazo de dez anos, independente da natureza e expressividade do dano. Não há distinção. E, não se pode criá-la agora, discricionária e unilateralmente. O objetivo da referida norma é a garantia da segurança jurídica, assegurando aos responsáveis, quando citados, os devidos e regulares meios para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

12. Assim, descabida também a alegação de que 'os gestores do então DNER não poderiam alegar o longo transcurso do prazo como prejuízo às respectivas defesas, já que estariam cientes das falhas, desde a prática dos atos de aprovação das planilhas'. Os referidos gestores só tomaram ciência da suposta falha 14 anos depois da aprovação dos preços. Conforme demonstrado nos autos, aprovaram os preços agindo de acordo com a lei, frente às precárias condições da época, e em conformidade com os preços de mercado. Não se pode presumir a má-fé dos gestores. Ao contrário. Deve ser comprovado que sabiam da existência de falhas quando da aprovação das planilhas; pois o que se evidencia é o oposto. Tal raciocínio também se aplica à Embargante, que celebrou o Contrato nº 200/96 pautada na presunção de regularidade dos preços contratados, frente à fé pública creditada ao ato do DNER.

13. Feitas tais ressalvas, passa-se a tratar dos VICIOS que impõe a apresentação dos presentes Embargos Declaratórios com Efeitos Infringentes.

IV - O CABIMENTO E O FIM DOS PRESENTES EMBARGOS

14. A Embargante ressalta que não pretende, por meio da presente via, rediscutir o conteúdo do v. Acórdão embargado. Os presentes embargos destinam-se à obtenção de esclarecimentos e suprimento de omissões, contradições e obscuridades decorrentes do Acórdão embargado.

15. Com todo o respeito, o esclarecimento com relação aos pontos a seguir indicados é fundamental para a definição das questões centrais decididas no v. Acórdão ora embargado. Destaca-se que os presentes Embargos de Declaração abrangem a totalidade dos capítulos decisórios contidos no v. Acórdão de nº 2511/2015-TCU-Plenário, ora embargado, razão pela qual espera a incidência do efeito suspensivo sobre todos os seus pontos, mormente sobre as determinações exaradas por essa C. Corte de Contas. Dessa forma, requer-se sejam os presentes Embargos admitidos e recebidos em seu efeito suspensivo.

V – A OMISSÃO QUANTO À NOVA ANÁLISE DA SecobRodov RECÁLCULO DO DÉBITO.

16. A partir da análise fática dos autos verifica-se que o processo foi incluído para julgamento na pauta da Sessão Plenária de 1º de julho de 2011. Contudo, a votação foi suspensa em função de pedido de vista formulado pelo Min. Augusto Nardes.

17. Diante dos esclarecimentos apresentados pelas partes em suas defesas, notadamente quanto à necessidade de se adequar às particularidades da obra em comento os parâmetros adotados por esse E. Tribunal de Contas para a análise dos preços contratados, bem como das divergentes propostas apresentadas na sessão de julgamento, o Min. Augusto Nardes, na condição de revisor do processo, solicitou à unidade técnica que realizasse um novo cálculo do suposto débito apurado.

18. Para a realização do novo cálculo do suposto débito, o Min. revisor solicitou à então Secob-2 que utilizasse as seguintes premissas:

- Inclusão na curva ABC dos serviços de hidrossemeadura e fornecimento de aço;
- Utilização das composições de custos unitários constantes do Sicro 2 com os custos unitários dos equipamentos, mão de obra e materiais constantes da tabela do Sicro 1 de julho/1996;
- Conversão da unidade de m² para m³ do serviço auxiliar 'hidrossemeadura' que compõe a composição de serviço 'recomposição de caixas de empréstimo';

- Utilização de composições de custos unitários de terraplenagem que contemplem carregadeira de pneus em suas patrulhas;
- Aplicação desse adicional sobre o valor da mão de obra acrescida dos encargos sociais, conforme metodologia do Sicro 2;
- Aplicação do adicional de mão de obra também sobre o custo operativo dos equipamentos;
- Consideração dos preços comerciais da brita e da areia para avaliação da importância desses insumos na quantificação do débito.

19. Solicitou também informações sobre a adoção dos seguintes ajustes:

- Aumento de 15% nos preços de referência devido ao efeito das chuvas (fator amazônico);
- Aplicação da taxa de encargos sociais de 236,99% no custo da mão de obra; e
- Incidência do BDI de 48,04%, em vez do BDI referencial de 35,8%.

20. Sendo assim, a SecobRodov (nova denominação da Secob-2) elaborou um novo cálculo, adotando as premissas e ajustes solicitados pelo Min. revisor e, considerando brita e areia produzidos - à exceção do solicitado -, apurou o suposto débito no valor de R\$4.069.772,88 (quatro milhões, sessenta e nove mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e oito centavos), a preços de julho/1996 (peça 64, p. 2) e R\$4.395.796,78 (quatro milhões, trezentos e noventa e cinco mil, setecentos e noventa e seis reais e setenta e oito centavos), com os reajustes contratuais (peça 64, p. 1).

21. Considerando os insumos brita e areia comerciais, e atendendo ao que foi solicitado pelo Min. Augusto Nardes, obteve-se o valor para o suposto débito de R\$3.704.263,01 (três milhões, setecentos e quatro mil, duzentos e sessenta e três reais e um centavo), a preços de julho/1996 (peça 65, p. 2) e R\$4.003.104,84 (quatro milhões, três mil, cento e quatro reais e oitenta e quatro centavos), com os reajustes contratuais (peça 65, p. 1).

22. Ademais, em que pese à solicitação de informações acerca do acolhimento e aplicação por este C. TCU no âmbito do TC 005.171/2001-94 (i) do aumento de 15% nos preços referências devido ao efeito das chuvas, (ii) da taxa de encargos sociais de 236,99% no custo da mão de obra e (iii) do EDI de 48, 04%, em vez do EDI referencial de 35,8%, informou a SecobRodov que o TCU acolheu esses pleitos dos responsáveis.

23. Dessa forma, em se tratando da mesma matéria, em consonância aos princípios da segurança jurídica e da uniformidade de interpretação e das decisões, tais ajustes também devem ser adotados no caso em tela.

24. Com efeito, apesar de estar acostada aos autos (vide peça 49), tal instrução técnica não foi analisada. O v. Acórdão foi absolutamente OMISSO quanto à sua análise, sequer mencionando a sua existência, carecendo o julgado do justo fundamento para a condenação que ora se impõe, haja vista a falta de segurança quanto ao débito que ora se reclama.

25. Tal fato demanda nova análise de toda a matéria, posto que ao se considerar essas novas premissas altera-se toda a metodologia que foi utilizada - e que embasou o v. Acórdão recorrido -, para análise dos preços contratados e consequente cálculo do suposto sobrepreço.

26. O ordenamento jurídico brasileiro exige que se tenha absoluta certeza - a ser construída a partir de robusto conjunto probatório, respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da segurança jurídica e da legalidade - acerca da infração a ser punida e do seu responsável, de modo a se lhe aplicar a justa e correta pena.

27. No caso, está evidente a fragilidade do cálculo ora apresentado no v. Acórdão recorrido, que monta a R\$7.593-483,08 (sete milhões, quinhentos e noventa e três mil, quatrocentos e oitenta e três reais e oito centavos), a preços originais, enquanto a unidade técnica desse E. Tribunal apresenta dois outros valores, substancialmente inferiores, e, ainda, abre margem para novo cálculo,

ao informar que essa própria Corte de Contas considerou e aplicou outros ajustes à análise de preços, em processo similar - o que ora se pleiteia.

28. Dessa forma, é patente a OMISSÃO do v. Acórdão recorrido e os graves impactos e prejuízos que a falta de análise da instrução técnica elaborada pela SecobRodov, a pedido do Min. revisor Augusto Nardes, impõe à instrução do processo e aos seus alegados responsáveis, dentre os quais, a Embargante.

29. Faz-se imprescindível, portanto, que o Acórdão 2511/2015- TCU-Plenário seja revisto, de modo a ser sanada a omissão que ora impera, devendo ser reanalisada a metodologia adotada para análise dos preços contratados, em conformidade com as novas premissas e ajustes aplicados pela SecobRodov e solicitados pelo Min. revisor Augusto Nardes.

VI - A CONTRADIÇÃO E A OBSCURIDADE NA ANÁLISE DOS SERVIÇOS DE CERCA DE VEDAÇÃO.

30. Há também contradição e obscuridade no que tange aos serviços de cerca de vedação. Enquanto se discorre no Relatório que fundamentou o v. Acórdão recorrido sobre a impossibilidade de se aferir se houve irregularidade na execução desse serviço, conclui-se pela condenação da Embargante devido a suposta implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada.

31. Como ressaltado no Relatório, os serviços de cerca de vedação foram incluídos na matriz de planejamento com o fito de se verificar se há discrepâncias entre os serviços efetivamente executados e as medições feitas, por meio da medição do quantitativo de metros de cerca de vedação da faixa de domínio efetivamente executados em toda a extensão da rodovia. Contudo, 'as limitações descritas no referida matriz, associada à falta de instrumentos adequados para tal aferição, nos impossibilitaram de dar uma resposta a esta questão'.

32. Ainda, conforme salientado, 'a medição da cerca, metro a metro, é simplesmente impraticável. tanto pelo tempo que demandaria, quanto pela vegetação que a envolveu ao longo do tempo. A oportunidade da sua medição, passo a passo, se deu quando de sua execução, trecho a trecho, em seu avanço gradual'.

33. Assim, consoante se depreende, à época da fiscalização in loco, realizada nos dias 5 e 6 de março de 2007 - mais de 05 anos após o término dos serviços -, foi impossível fazer o levantamento correto da extensão total da cerca de vedação executada.

34. Tal fato se deveu à falta de instrumentos adequados e à inviabilidade e insegurança desse levantamento, em razão do tempo que demandaria e da influência dos fatores externos, os quais, certamente, comprometeram as características dos serviços como se apresentavam à época de sua execução.

35. Dessa forma, ainda que pertinente fazer uma perícia para apurar corretamente a extensão dos serviços de cerca de vedação executados, mesmo com os novos recursos disponíveis hoje, o resultado restaria prejudicado em razão da influência dos fatores externos (condições climáticas, ações de terceiros, dentre outros) há mais de 13 anos, alterando a situação fática das obras.

36. Ademais, há que se considerar a economicidade e vantajosidade dessa medida, posto que o valor que ora se pleiteia representa 0,16% do valor total executado do Contrato.

37. Como ressalta esse C. Tribunal de Contas por ocasião da análise de suposta irregularidade nos serviços de imprimação, que ora se aplica 'é razoável que o dispêndio do erário para a conclusão definitiva dessa contenda seja superior ao valor que ora se discute. Portanto, em face à irrisória materialidade que representa o valor devido pela imprimação, considerando a plausibilidade dos argumentos trazidos pela defesa e em harmonia com o princípio da economia processual e, portanto, do interesse público, é razoável acatar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis contra o débito a eles imputado'.

38. Como ressalvado, 'a oportunidade da sua medição, passo a passo, se deu quando de sua execução, trecho a trecho, em seu avanço gradual' - o que ocorreu. Todos os serviços medidos foram devidamente executados conforme contratado, após regular acompanhamento, fiscalização e atestação pelo Contratante.

39. Portanto, não havendo prova concreta quanto à irregularidade na execução do serviço, mas ao contrário, (i) medições realizadas pelo órgão competente que atestam que à época própria esses serviços foram regularmente executados em conformidade com o contratado e (ii) a atestação da equipe técnica de que à época da realização da fiscalização in loco restava impossível de se aferir se houve irregularidade na execução desse serviço, não merece prosperar a condenação ora imposta, por absoluta contradição e obscuridade.

40. Consoante se expôs acima, também não há nesse ponto segurança quanto à conduta dita irregular, nem quanto ao prejuízo financeiro que decorreria dessa suposta irregularidade, de modo a se pautar uma condenação justa. Há nos autos indícios que demonstram fragilidades nessa condenação, que devem ser sanados.

VII - O ASFASTAMENTO DA MULTA.

41. Considerando que as multas aplicadas decorrem das supostas irregularidades apontadas por essa E. Corte de Contas (i) nos preços contratados e (ii) na execução dos serviços de cerca de vedação - as quais se encontram viciadas, seja por omissão, contradição ou obscuridade -, faz-se cabível e pertinente o afastamento das multas aplicadas até que sejam sanados os vícios existentes.

VIII - OS EFEITOS INFRINGENTES.

42. A força modificativa dos Embargos de Declaração é hoje uma possibilidade juridicamente sustentável e que encontra apoio tanto na doutrina como na jurisprudência.

43. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rodrigo Valgas do Santos (Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas, 2006, P.171):

'Costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma. Formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos. Na hipótese de obscuridade, realmente, o que jaz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir a omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra. (...) Esse último caso é de particular delicadeza, pois às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado. (...)' (grifouse).

44. De acordo com entendimento de Egas Moniz Dirceu de Aragão, citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (Manual do Processo de Conhecimento, 2006, p. 559):

'Ninguém contesta que os embargos de declaração não visam a modificar o julgamento; não é possível que, por seu intermédio, a proposição 'a', por estar errada ou ser injusta, venha a ser substituída pela proposição 'b', tida por certa ou justa - isso seria objeto de julgamentos em grau de recurso, Mas é evidente que, se o julgamento contiver, simultaneamente, afirmações excludentes entre si, urge que uma delas seja afastada (quicá ambas, para dar lugar a uma terceira), e isso só se faz, obviamente, modificando o próprio julgamento, a fim de, expungida a contradição, torná-lo coerente. Por conseguinte, a velha e corriqueira afirmação, às vezes repetida sem meditação, de não ser

permitido 'modificar' o julgamento através de embargos de declaração precisa ser entendida com argúcia.' (grifou-se)

45. Ainda, conforme disciplinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2004, p. 1024): 'Os Embargos de Declaração podem ter, excepcionalmente, caráter infringente quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimento de omissão; c) extirpação de contradição'.

46. Sobre o assunto, vale ressaltar, que a jurisprudência vem continuamente atribuindo efeitos infringentes aos Embargos de Declaração quando a correção desse vício acarretar, necessariamente, a modificação da decisão. Nesse sentido, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

'A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição a serem corrigidas no acórdão embargado, (...),' (Edcl no AgRg, Resp 681.728/MS, DJ 12,03,2007, p. 312).

47. Diante do exposto, resta evidente que para sanar a omissão, contradição e obscuridade, tornando o julgado correto, é necessário modificar o julgado proferido por meio do Acórdão nº 2511/2015 - TCU - Plenário.

IX - A CONCLUSÃO E O PEDIDO.

48. Diante de todo o acima exposto, a Embargante pugna pela atribuição de efeito suspensivo aos seus Embargos de Declaração, nos termos do art. 34, 92º, da Lei 8-443/92 e do art. 287,93º, do Regimento Interno desse E. TCU.

49. Destaca que os presentes Embargos de Declaração abrangem a totalidade dos capítulos decisórios contidos nos no v. Acórdão embargado, razão pela qual espera e requer a incidência do efeito suspensivo sobre todos os seus pontos, mormente sobre todas as determinações exaradas por essa E. Corte de Contas.

50. Dessa forma, e sempre respeitosamente, espera-se o conhecimento e provimento dos presentes Embargos de Declaração com Efeitos Infringentes, sanando-se as omissões, contradições e obscuridades existentes no v. Acórdão embargado, de modo a se considerar (i) as novas premissas indicadas pela Embargante e adotadas pela SecobRodov, a pedido do Min. revisor Augusto Nardes, as quais alteram toda a metodologia que foi utilizada - e que embasou o v. Acórdão recorrido -, para análise dos preços contratados e conseqüente o cálculo do suposto sobrepreço, como também (ii) a fragilidade e insegurança que decorre da apuração de irregularidades na execução dos serviços de cerca de vedação, o que compromete a condenação nos termos ora impostos à Embargante, restando incerta a existência de conduta reprovável por parte da Embargante, que configure a necessidade de lhe aplicar penalidade, devendo-se, portanto, nesse momento, desconsiderar o débito e a multa ora pretendidos, até análise mais acertada e segura do assunto."

4. Por seu turno, os Srs. José Henrique Coelho Sadock de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá e Jesus de Brito Pinheiro ofereceram os seus embargos, à Peça nº 140, nos seguintes termos:

"(...) II – PRELIMINARMENTE

Data venia, cumpre esclarecer, desde logo, que esta iniciativa processual impõe-se, nos termos do art. 183 do Regimento Interno, dentro do prazo de 10 (dez) dias contados do efetivo recebimento das notificações, a exemplo dos comprovantes em anexo, que se referem às datas de 27/11 (sexta-feira) e 01/12 (terça-feira), vencendo-se, respectivamente, em 09/12 e 12/12 (sábado).

Com efeito, o respeitável acórdão que ora se embarga — identificado sob o número 2511/2015, e apreciado na Sessão Plenária de 14/10/2015, sob a relatoria de Vossa Excelência - embora em momento processual distinto da determinação de conversão em TCE (Cf. Acórdão no

2.127/2006-TCU-Plenário), acabou incluindo no juízo de responsabilização todos os membros componentes do 'Conselho Administrativo do DNER', na data da realização da ata de 25 de setembro de 1996, que, para tais fins, teria aprovado o projeto básico, com seu orçamento estimativo, objeto dos achados de que ocupa a decisão ora embargada.

11.01 - Do erro material e 'error in procedendo' quanto à prejudicialidade de instauração de TCE consagrada em norma vigente.

Inicialmente, do voto condutor de Vossa Excelência depreende-se a exata compreensão de que, tendo sido apontado o fato gerador da irregularidade em 1996, e a citação dos ora Embargantes somente em 2011 (depois de passados mais de 14 anos da data do fato), ter-se-ia como prejudicada a inclusão dos nomes dos citados tardiamente na presente Tomada de Contas Especial, pois esta já não seria hábil para apurar de forma justa e adequada os fatos a que se propõe julgar, por incidência das disposições estabelecidas no art. 5º, § 4º, da IN/TCU nº 56/2007 e no art. 6º, inc. II da IN/TCU 71/2012.

Entretanto, como averbado por Vossa Excelência, não tendo sido sufragada a 'medida processualmente mais acertada, para este ponto', a v. decisão ora embargada, forte na fundamentação do voto revisor, incorreu em erro material e 'error in procedendo', além de violação aos princípios constitucionais e legais da segurança jurídica, garantia de previsibilidade da conduta estatal, ampla defesa e devido processo legal.

Data venia, a presente questão processual não tem nenhuma conexão com a chamada imprescritibilidade dos ressarcimentos ao erário, posto que, nem mesmo o comando normativo vigente (art. 6º, inc. II da IN/TCU 71/2012), aprovado muito depois da consagrada interpretação constitucional, consubstanciada na Súmula TCU nº 282/2012, não impõe qualquer tipo de limitação ou temperamento à hipótese aventada de arquivamento de processos de tomada de contas especial face ao transcurso de tempo superior a dez anos 'entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente'.

No caso concreto, como ressaltado no início destes embargos, também, improcede o argumento de que teria havido falha da Administração na citação dos ora Embargados sobre os fatos, antes de determinado decurso temporal, haja vista o conteúdo das próprias deliberações anteriores (Cf. Acórdãos números 1.777/2004 e 2.127/2006).

Na verdade, poder-se-ia dizer que, desde a primeira deliberação vinha prevalecendo o entendimento destacado no voto anterior (Cf. Acórdão no 1777/2004-Plenário, TC-006.653/2000-4, Rel. Min. AUGUSTO SHERMAN).

11.02 - Da omissão quanto à prescrição no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992.

De igual modo, data venia, não se confunde a chamada imprescritibilidade dos ressarcimentos ao erário, com a questão da aplicação da multa prevista nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992.

Ao contrário do restou consignado, em que pese o tema tenha sido suscitado na defesa de outros envolvidos, a decisão embargada omitiu-se quanto à incidência da prescrição para aplicação de penalidade (multa). Leia-se, por exemplo, no voto revisor: '11. Citados, porém, os responsáveis no âmbito do extinto DNER sequer apontaram, nos textos das alegações apresentadas, impossibilidade de defesa pelo decurso do prazo de mais de dez anos. Alegaram sim a prescrição, porquanto transcorrido prazo de quatorze anos. A prescrição, todavia, não encontra amparo no texto constitucional e em precedentes jurisprudenciais do STF e deste TCU, conforme entendimentos já referidos'.

Com isso, a decisão embargada acabou averbando apenas a posição pessoal e minoritária do voto revisor, omitindo-se sobre o atual estágio que consagra majoritariamente que a prescrição da multa não deve ser vista sob a ótica da pretensão de ressarcimento ao Erário.

Tanto é assim que, em julgados recentes do Egrégio STJ, inclusive com EFEITO DE RECURSO REPETITIVO, fixou o prazo prescricional em cinco anos, nos casos em que a lei expressamente não tenha positivado exigência específica, como ocorre com a Lei nº 8.443/1992, inclusive impedindo a aplicação do Código Civil, com destaque para o mais recente, verbis:

'(...) Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o prazo prescricional nas ações de cobrança de multa aplicada pelo Tribunal de Contas, devido a infração administrativa, é de cinco anos, contado do momento em que se torna exigível o crédito, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32. Súmula n. 83/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.409.183/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/6/2014; AgRg no REsp 1.475.455/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/10/2014; AgRg no AREsp 65.111/RIV, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/4/2013; AgRg no REsp 1.176.888/R7, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 05/03/2013. Agravo regimental improvido.' (AgRg no AREsp no 685695/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª T., Dje 25/06/2015).'

De conseguinte, inexistindo qualquer interrupção na contagem do prazo prescricional, deve prevalecer a dicção dada pelo Eminentíssimo Ministro Benjamin Zymler, ao externar seu ponto de vista por meio do Acórdão 1.314/2013- Plenário (TC-021.540/2010-1, Sessão Plenária de 29/05/2013), quando da apreciação de representação formulada pela Consultoria Jurídica do próprio TCU, versando sobre a aplicação do instituto da prescrição nas multas impostas em processos de controle externo. Na oportunidade, Sua Excelência, em que pese não ter conhecido do procedimento motivador da mencionada deliberação, deixou consignado que, 'por analogia, o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica deve ser o de cinco anos, alinhando-se a previsão legal das diversas normas de Direito Público'.

III — DA DECISÃO EMBARGADA.

Como bem relatado por Vossa Excelência, cuidam os autos de Tomada de Contas Especial, por conversão a partir de auditoria, nos quais foram debatidas as irregularidades então verificadas (v.g. superfaturamento nos em preços unitários desde a contratação original, com grandes alterações contratuais dos serviços pactuados), cujas obras foram licitadas, contratadas e executadas por ente federado estadual com base em Convênio de Delegação, celebrado pelo extinto DNER.

Nas fases antecedentes, no entanto, os ora Embargantes não chegaram a ser incluído no rol dos responsáveis pelas mencionadas irregularidades (Cf. Acórdãos números 1.777/2004 e 2.127/2006, ambos do Plenário).

Posteriormente, em face da apresentação de defesa por parte daqueles apontados e citados neste último julgado (Acórdão no 2.127/2006), passou-se a questionar a possível vinculação e/ou repercussão do suposto ato de aprovação do chamado 'projeto básico' pela 'direção colegiada' da Autarquia Federal, no bojo do referido "Convênio de Delegação", elaborado e licitado, originalmente, pelos representantes do ente estadual executante das obras.

A partir daí, esse Egrégio Tribunal procurou apurar, também, a eventual responsabilidade 'dos componentes do Conselho Administrativo do DNER na Sessão nº36, de 25 de setembro de 1996'.

Dessa forma, por ocasião do v. decisum embargado, restou aceita, na mesma assentada, sugestão contrária ao voto condutor de Vossa Excelência, contida na Declaração de Voto do Ministro Augusto Sherman, na síntese extraída do 'Relatório', verbis:

'18. Assim sendo, o caráter deliberativo impõe a responsabilização do Conselho pelo superfaturamento apurado nos autos, mesmo sem a existência de quaisquer suspeitas sobre os preços praticados na ocasião, uma vez que era atribuição do órgão primar pela regularidade daquela contratação. Ademais, já havia sido publicado o Sicrol, ou seja, havia um referencial de preços que servia a tal controle.

(...) 49. De fato, a tramitação relativa ao processo de licitação e contratação da obra em análise ocorreu essencialmente no âmbito da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins.

Mas tal fato não exime a responsabilidade da atuação do DNER, no âmbito de suas competências regimentais, pois, quando aprovou os custos da obra, o Conselho de Administração do órgão propiciou a consumação do débito apurado nos autos. Portanto, o argumento não deve ser acolhido.'

IV DAS DEMAIS RAZÕES.

Data venia, a partir das premissas acima resumidas, identificam-se os próprios pressupostos da presente iniciativa processual.

De um lado, não se enfrentou, adequadamente, a relevante circunstância da data dos fatos geradores das irregularidades (1996) e, via de consequência, da citação tardia dos ora Embargantes, diga-se de passagem, responsáveis por áreas distintas daquelas especializadas em custos, obras e serviços de engenharia rodoviária.

De outro, como corolário lógico da tramitação e assistência sistêmica, o acórdão embargado deixou de considerar que, obviamente, cumpridas todas as exigências peculiares, não haveria porque não acatar ou homologar aquilo que recomendado pela área especializada de engenharia rodoviária.

Aliás, em qualquer organização pública, ou privada, que conte com quadro de pessoal técnico e áreas divididas por especialização, para tomada de suas decisões gerenciais ou colegiadas (ainda mais num ambiente dinâmico e de extraordinário volume de demandas e contratos ou convênios, celebrados rotineiramente), data venia, deixar de acolher proposições desse corpo técnico especializado ou agir contrariamente, seria, salvo suspeita ou conhecimento prévio de alguma irregularidade, ao contrário das conclusões postas nos autos, uma postura temerária e até comprometedora ao desempenho organizacional, à segregação de funções e ao combate à ineficiência.

IV.01 - Da omissão, na decisão embargada, quanto à realidade fático-jurídica dos procedimentos pertinentes aos convênios de delegação.

Independentemente da abordagem acima, no que pertine à relevante circunstância da data dos fatos geradores das irregularidades (1996), tardiamente, imputadas aos ora Embargantes (em 2011), portanto, depois de passados mais de 14 anos do fato, bem como, à natureza e abrangência do processo decisório do Conselho Administrativo do DNER, a primeira das omissões a serem arguidas, nos presentes Embargos, sem sombra de dúvida, remete, fundamentalmente, aos procedimentos pertinentes aos convênios para execução de obras em rodovias federais, como o meio mais comum de que se valia a mencionada Autarquia Federal para delegar grande parte dessa atividade de sua competência.

*Tal procedimento, na época, fundamentava-se no parágrafo único do art. 2º do Decreto-lei no 512, de 21/03/1969, **verbis**:*

'Para consecução dos objetivos indicados neste artigo poderá o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem celebrar acordos e convênios de delegação de encargos, com os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, ou outras entidades federais, civis ou multares, bem como firmar contratos com entidades privadas.'

Nesse sentido, apesar da gravidade retratada na r. decisão embargada, os ora Embargantes apontam que, de fato, só posteriormente a diversos fatos ocorridos é que a Administração Pública despertou para a necessidade de um maior controle institucional sobre a assunção de obrigações oriundas da celebração de convênios, mas tudo após 1996 (Cf. Instrução Normativa nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997; Ofício no 332/DCt, de 30 de setembro de 1997; Ofício Circular nº 016/Dr.E.R/DEP, de 14/05/98; Instrução de Serviço DNIT nº 05, de 01/09/2004).

Inicialmente, tem-se, como será a seguir demonstrado, que, a simples celebração do convênio de delegação não implicava, imediata e automaticamente, em transferência financeira, posto

que, somente com a realização dos atos licitatórios e contratuais pelo ente federado, seguido do encaminhamento aos setores competentes do DNER, redundaria na possibilidade da inclusão no Orçamento Geral da União. Na maioria dos casos, como ficou constatado, em Auditoria Operacional, na área de convênios do extinto-DNER, existia completa ausência da autonomia necessária para obrigar os convenientes à observância das disposições regulamentares aplicáveis (Cf. Decisão no 1217/2002 — Plenário, TC-002.446/2002-7), **verbis**:

'8.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura dos Transportes - DNIT e ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (em extinção) que:

a) abstenham-se de assinar novos convênios ditos sem ônus, que contrariam o art. 30, alínea 'e', da Norma CA/DNER no 226/89 e o art. 30, alínea 'f', da Lei no 5.917/73, evitando, ainda, que o comprometimento indevido do DNER contribua ou induza à aprovação de obras no Orçamento Geral da União sem a prévia existência de projeto técnico.'

Na verdade, o ano de 1996 foi considerado por esse próprio Tribunal um período de transição entre o Sicro1 e o Sicro2, não se justificando a premissa de que o DNER teria assumido os riscos do que poderia vir a ocorrer em matéria de descompasso dos preços unitários licitados e contratados pelo ente federado.

Até porque, o Sistema de Custos Rodoviário – Sicro1, criado em 1980, somente foi revisado e atualizado a partir de 1998, a ponto de, por meio do Acórdão 50/1996-TCU-Plenário, o Plenário dessa Corte (Cf. Item 3.c) ter determinado ao DNER que: 'reestude o seu sistema de custos de obras e serviços, de modo a torná-lo mais adequado às atuais condições da economia nacional e às variações de preços de cada região, Estado ou Município, evitando a geração de orçamentos super ou subvalorizados'.

*Ou seja, somente a partir de 1998, houve uma definitiva atualização do Sistema, redundando no chamado Sicro2, tendo sido introduzidos novos equipamentos e acrescentadas novas composições de custos, com a revisão daquelas já existentes (Cf. Acórdão no 1484/2003, TC 013.559/1999-0), **verbis**:*

'Nesse interregnos esta Casa observou, em vários processos que apreciou, discrepâncias entre custos orçados pelo DNER e os efetivamente contratados que acabaram por suscitar dúvidas quanto à contabilidade da sistemática de apuração de custos então adotada por aquela autarquia para a definição dos orçamentos de obras a serem licitadas.

(...) Na referida auditoria operacional, foi constatado também que, no âmbito interno da autarquia, o Sicro 2 não tinha aplicabilidade imediata, estando ausente qualquer norma interna estabelecendo a obrigatoriedade de que os orçamentos básicos fossem baseados naquele Sistema. Como asseverado pela equipe da mencionada auditoria, como instrumento de controle interno no âmbito do DNER/DNIT, o valor do Sicro 2 é praticamente nulo. A equipe não obteve notícias do emprego das cotações do Sicro 2, por parte dos dirigentes da Diretoria de Engenharia Rodoviária, para avaliação financeira dos contratos sob sua responsabilidade. Aliás, o tom geral das entrevistas mantidas com aqueles dirigentes é o de crítica ao sistema.

(...) Dessa maneira, este Plenário, na época que apreciou aquela auditoria (Acórdão 267/2003, Ata 10/2003), entendeu por bem recomendar ao DNIT, dentre outras, que regulamentasse, para as licitações de obras rodoviárias, a obrigatoriedade de utilização dos preços referenciados pelo Sicro 2 na elaboração dos orçamentos; bem assim a obrigatoriedade de justificação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global adotados, em confronto com os preços referenciados pelo Sicro2.

Os fatos inquinados no presente processo ocorreram em 1998, época de transição, de franca reestruturação do sistema de custos que não vinha demonstrando a confiabilidade necessária, acarretando insegurança no seu uso como referencial de preço, como observado por esta Casa. Assim, é essencialmente levando em consideração toda essa circunstância, que penso ter sido de

extremo rigor a aplicação de multa ao recorrente pela não-adoção da tabela Sicro naquele momento, motivo pelo qual penso ser razoável dar provimento ao recurso interposto nesse ponto.'

Aliás, diversas previsões, precariamente, aprovadas pelo extinto DNER, contribuíam para gerar essas inconsistências e incongruências no processo decisório, as quais vigoraram, na prática, muito além desse período de transição (1996-1998), a exemplo da Instrução de Serviço DNIT n° 05, de 01/09/20048 , que dispôs sobre a revogação de dispositivos normativos que estabeleciam procedimentos para transferência de recursos aos Convenientes mediante á apresentação das despesas comprovadamente executadas.

*Destarte, como observado no Acórdão n° 1484/2003, acima transcrito, além da ausência de norma interna estabelecendo a obrigatoriedade de que os orçamentos básicos fossem baseados naquele Sistema, havia o inverso (Cf. Ofício Circular n° 016/Dr.E.R/DEP, de 14/05/98), estabelecendo orientação dirigidas aos Chefes dos Distritos Rodoviários Federais, no sentido de que, **verbis**:*

'Os preços da Tabela Referencial são uma orientação para que as projetistas tenham uma noção da ordem de grandeza dos preços. Ela não deve ser considerada como tabela de preços... O orçamento deve ser realístico, em conformidade com o preconizado pelo SICRO, adotando-se preços de materiais pesquisados na região.'

*O mesmo vale quanto à obrigatoriedade de análise de compatibilidade de preços contratuais adotados pelos entes federados em convênios de delegação, que, igualmente, só começou a ser cobrado a partir de determinação do TCU, em 2000 (Cf. Decisão 487/2000 — Plenário), **verbis**:*

'8.1.2. previamente ao repasse de recursos para obras rodoviárias realizadas por entes estaduais ou municipais, mediante delegação de competência, bem como à assunção de obras anteriormente delegadas sem ônus para o DNER, efetue análise da compatibilidade dos preços contratuais com os de mercado.'

Daí, em resenha, considerar de extremo rigor o encaminhamento do voto revisor para os fatos envolvendo os ora Embargantes, uma vez que ocorreram em 1996, como assentado no supracitado Acórdão no 1484/2003, 'numa época de transição, de franca reestruturação do sistema de custos que não vinha demonstrando a confiabilidade necessária, acarretando insegurança no seu uso como referencial de preço, como observado por esta Casa.'

IV.02 – Da omissão, na decisão embargada, quanto à impossibilidade de contemporaneidade da análise da compatibilidade dos preços licitados e contratados e praticados.

Fácil de verificar, portanto, que, na hipótese concreta, uma outra omissão residiria, na circunstância fática, de que, em 1996, a Diretoria de Engenharia Rodoviária sequer submetia ao Conselho qualquer espécie de 'análise da compatibilidade dos preços contratuais', quando, aí sim, se poderia falar no risco de aprovação pelo órgão colegiado de custos de obras com sobrepreço ou superfaturamento.

Ora, sem fundamentadas e minuciosas comparações técnicas, não seria, mesmo, razoável que, numa simples reunião colegiada, com numerosos casos a serem examinados, estudados e submetidos pelas Diretorias setoriais, membros do Conselho Administrativo de áreas estranhas aos assuntos e matérias concernentes à infraestrutura, custo, obra e serviço de engenharia rodoviária, pudessem intuir ou deduzir a mesma ocorrência – só constatada pelo TCU, muitos anos depois.

Dessa forma, o agente ou administrador mediano, ainda que investido na condição de membro do Conselho Administrativo do DNER, obviamente, só poderia ter percebido eventuais excesso, se tivesse havido a apresentação de quadros comparativos, pesquisas de mercado e amplo detalhamento da composição dos custos indiretos e globais da obra - declaradamente inexistente na

questionada reunião, ante a simples e formal declaração do Diretor de Engenharia Rodoviária, **verbis**:

‘Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER. A Procuradoria analisou o instrumento contratual informando que o mesmo atende às exigências da legislação vigente. Assim, submetemos o assunto para o conhecimento do Conselho Administrativo.’

Em outras palavras, o Conselho Administrativo deliberou com base em análises e pareceres técnicos e jurídicos, na certeza, de que os preços estavam, de fato, ‘compatíveis com os praticados pelo DNER’ (leia-se: SICRO1 - sistema de aplicabilidade obrigatória, tendo em vista a utilização de recursos federais e a expressa previsão no convênio).

Data venia, interpretar ou concluir de forma diversa implica, se for o caso, beneficiar a própria torpeza dos agentes estaduais e dos setores técnicos e jurídicos do extinto DNER.

*Se não bastassem todas essas evidências, como pressupostos de embargabilidade, a recente jurisprudência desse Tribunal de Contas (Cf. Acórdão no 286/2015 - Plenário, TC 003.187/2004-4, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER), confirma essa omissão específica sobre a não obrigatoriedade legal de uso do SICRO em 1996, **verbis**:*

‘Na época em que foi lavrado o contrato (ano de 1996), não havia a obrigatoriedade legal da utilização do sistema Sicro como referencial para cálculo dos preços paradigmas de obras rodoviárias, o que só veio a ocorrer no início dos anos 2000 com a inclusão de artigos nas Leis de Diretrizes Orçamentárias. Da mesma forma, naquele momento a jurisprudência desta Corte não era pacífica quanto à utilização da tabela de preços do então Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER).’

IV.03 - Da contradição em relação às competências regimentais do Conselho Administrativo.

Data venia, outra grave omissão que resultou em prejuízo processual aos Embargantes, diz respeito às competências regimentais do Conselho Administrativo do extinto DNER, conforme se extrai do próprio voto revisor da r. decisão embargada.

Data venia, ao contrário, o que pode ser extraído, com precisão, da ata do citado órgão de direção colegiada seria bem diferente da conclusão proposta no referido voto revisor:

‘(1º) os atos licitatórios de julgamento, homologação e adjudicação do certame estadual já haviam sido praticados pelos agentes responsáveis do ente federado, antes de serem submetidos ao Distrito Rodoviário Federal/TO, à Diretoria de Engenharia Rodoviária e ao Conselho Administrativo;

(2º) os preços - foram analisados pelos setores técnicos competentes de engenharia rodoviária do DNER (e não pelos membros do Conselho Administrativo);

(3º) o controle de legalidade interna dos referidos atos submetidos ao Conselho foi regularmente exercido pela Procuradoria, que informou, aos seus membros, o pleno atendimento das ‘exigências da legislação vigente’;

(4º) e, por último, o próprio excerto em que se baseou a decisão embargada (PASMEN!!!) é irretorquível ao afirmar expressamente que o Diretor de Engenharia Rodoviária submetia ‘o assunto para o conhecimento do Conselho Administrativo.’

REPITA-SE: ao contrário do que constou na decisão embargada, na chamada delegação da execução de obras, os ‘encargos’ ficavam transferidos para Estados e Municípios, com vista, justamente, à realização efetiva de todas as atividades licitatórias e contratuais pertinentes (projetos, orçamentos, editais e minutas de contratos), bem como, acompanhamento da execução, abrangendo as medições, atestações, pagamentos dos serviços realizados e a fiscalização direta da obra; enquanto cabia ao DNER apenas e tão-somente duas atuações:

'(i) aprovação dos projetos e de suas revisões, encaminhados pelos entes federados, diga-se de passagem, depois de praticados os respectivos atos licitatórios e contratuais, que, por sua vez, sofreriam análises, pareceres e aprovações prévios da Diretoria de Engenharia Rodoviária, responsável por 'programar e coordenar a execução das obras rodoviárias' (Cf. art. 19 do Estatuto do DNER), para, em seguida, serem submetidos ao Conselho Administrativo, como valor de um consentimento institucional para à inclusão das obras pretendidas no Orçamento Geral da União, e ato de ciência (conhecimento) dos respectivos procedimentos;

(ii) verificação das medições e de seu pagamento, com a fiscalização própria, concomitante à dos entes conveniados, atividades estas a serem exercidas, exclusivamente, pelos Distritos Rodoviários a que estavam jurisdictionados os trechos delegados (Cf. artigos 19 e 24 do Estatuto do DNER), verbis:

'Art. 19. Aos Distritos Rodoviários Federais compete a execução dos programas e atividades do DNER.;

Art. 24 Aos Chefes dos Distritos Rodoviários Federais incumbe programar, coordenar e orientar a realização de estudos e análises necessários à elaboração de diagnósticos e prognósticos relativos a engenharia rodoviária, trânsito e transporte, no âmbito de sua jurisdição.'

Aliás, o rito acima descrito restou, inclusive, formalmente reconhecido na argumentação instrutiva da decisão ora embargada, verbis:

'49. De fato, a tramitação relativa ao processo de licitação e contratação da obra em análise ocorreu essencialmente no âmbito da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins. Mas tal fato não exime a responsabilidade da atuação do DNER, no âmbito de suas competências regimentais, pois, quando aprovou os custos da obra, o Conselho de Administração do órgão propiciou a consumação do débito apurado nos autos. Portanto, o argumento não deve ser acolhido.

50. No item 'b', a defesa sugere a responsabilização da Diretoria de Engenharia Rodoviária, que teria realizado os principais atos relativos à licitação e a contratação da obra. Mas, conforme já analisado anteriormente, os membros do Conselho Administrativo do DNER foram citados pela aprovação do projeto básico relativo ao contrato no 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia SA. Portanto, não cabe a responsabilização de uma diretoria ou outra, mas sim do colegiado, que praticou a irregularidade, porquanto era o órgão que detinha a atribuição de deliberar sobre matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional, conforme o art. 7º do Decreto 1922/96.

51. Da mesma forma, a tese de que o Conselho teria apenas atuado formalmente, apresentada no item 'c', e a argumentação de que a licitação e o contrato já estavam aprovados e homologados pela Secretaria de Obras, item V, já exaustivamente discutidas nessa instrução, nos itens 16, 17, 30, 31 e 43, não merecem acolhida, com base no mesmo dispositivo supracitado, que estabelece a atribuição deliberativa do colegiado.'

Eis, então, a maior evidência da contradição em relação à atuação do DNER, 'no âmbito de suas competências regimentais', e, especificamente, do Conselho Administrativo (Cf. art. 7º de seu Regimento, aprovada pelo art. 2º do Decreto nº 1.911, de 21 de maio de 1996), verbis:

'Art. 7º Ao Conselho Administrativo compete definir as políticas organizacionais e normas de funcionamento interno do DNER e deliberar sobre seus planos, programas e outras matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional, que lhe sejam submetidas.'

É dizer: diversamente do que lançado na decisão embargada, o Conselho Administrativo, previamente, não aprova, vincula, ratifica, concorda ou produz análises e pareceres quanto projetos técnicos, muito menos, preços, globais e unitários ou máximos e mínimos, para subsidiar ou fundamentar atos licitatórios e contratuais de entes federados, seja porque quando submetidos ao DNER, já foram adotados e praticados, seja porquanto tais questões não se inserem na competência,

estratégica e normativa, de planos, programas ou matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional, salvo aprovação de tabelas de preços referenciais, como, por exemplo, o SICRO.

Essa sempre foi a mais adequada compreensão e abrangência da competência do Conselho Administrativo do DNER (Cf. art. 7º do Decreto nº 1991/96 - e não o que mencionado na decisão embargada: art. 7º do Decreto nº 1922/96), tanto que, com a modificação promovida, no ano seguinte, pelo Decreto nº 2204, de 09 de abril de 1997, dando-lhe nova redação, para explicitar os aspectos estratégicos e normativos do referido órgão colegiado.

Na realidade, o DNER, institucional, formal e juridicamente, nos casos e questões de custos de infraestrutura, obras ou serviços de engenharia rodoviária, encaminhava, preliminarmente, o processado (a) à Diretoria setorial específica; (b) à Procuradoria e (c) ao Distrito Rodoviário Federal, que, 'no âmbito de suas competências regimentais', exerciam, antes de submeter ao Conselho Administrativo, todas as atividades pertinentes, no exame, controle e pronunciamento quanto à regularidade e legalidade administrativa dos atos praticados pelos entes federados.

IV.04 - Da omissão e incongruência no que concernem às atribuições e responsabilidades dos Embargantes no referido Conselho.

Na mesma linha de elucidação e complementação, vê-se que, na ocasião dos fatos imputados, a composição do Conselho Administrativo do DNER, bem como as respectivas atribuições de cada um de seus membros, a seguir reproduzidas, pelo menos, quanto aos cargos atribuídos aos ora Embargantes, estavam estabelecidas em disposições normativas constantes no Anexo II, concernentes à Estrutura Regimental do DNER, referenciadas e aprovadas pelo art. 2º do Decreto nº 1.911, de 21 de maio de 1996.

Logo, não cabia aos Embargantes, ainda que presentes na sessão do Conselho, conferir, reanalisar e/ou rever a composição dos preços unitários, submetidos, mediante análises e pareceres técnicos e jurídicos pela Diretoria setorial específica, pela Procuradoria Geral e pelo Distrito Rodoviário Federal competente, nem os atos antecedentes do correspondente procedimento licitatório que teriam sido previamente aprovado pelo Tribunal de Contas Estadual, no exercício de controle prévio dos atos administrativos, tendo em vista que a competência para apreciação destes atos administrativos recaía sobre a Corte de Contas Estadual.

Neste ponto específico, a omissão se agrava ainda mais pelo fato de a 'aprovação', feita no âmbito do Conselho Administrativo (que não faz parte das etapas antecedentes previstas na Lei de Licitação), só poderia ocorrer depois já praticados os correspondentes atos licitatórios pelo ente federado, não havendo possibilidade de se atribuir a todos os membros do Conselho Administrativo sobreposição sobre a gestão, responsabilidade e competência do ente federado-licitante, nos precisos termos do arts. 4º, 6º, incisos XIV e XV, da Lei nº 8.666/93.

Assim, o primeiro Embargante (JOSÉ HENRIQUE COELHO SADOCK DE SÁ), na data apontada, não era ocupante de qualquer função comissionada no DNER, muito menos membro do Conselho Administrativo, embora tenha estado presente naquela reunião, como simples servidor do Ministério dos Transportes, apenas e tão-somente para conhecer a metodologia empregada no processo decisório pela Autarquia Federal (onde, posteriormente, seria lotado, conforme atos de designações em anexo).

Outrossim, ainda que se admitisse, ad argumentandum tantum, o exercício, em substituição, na Assessoria de Planejamento, como alegado, suas atribuições, ao contrário, estavam voltadas para as áreas administrativas internas do próprio DNER (Cf. art. 11). Mas, nem esse tipo de dedução poderia preponderar, na medida em que, depois de contatos, audiências e entrevistas com outros ocupantes da estrutura da Autarquia, de fato, o ora 1º Embargante aceitaria, algum tempo depois da invecivada reunião, participar da equipe do DNER, mediante ato de designação formal.

Por outro lado, e como elucidado em tópico antecedente, os membros do Conselho Administrativo apenas tomaram 'conhecimento' dos procedimentos adotados, sucessivamente, pelos

agentes do ente federado e pelos setores especializados em engenharia rodoviária do DNER, aliás, como constou da respectiva ata.

Com referência ao Chefe da Assessoria Técnica (DIRCEU CESAR FAÇANHA), segundo Embargante, à semelhança dos demais Embargantes, não participava das análises e estudos das questões submetidas ao Conselho Administrativo, salvo casos específicos cometidos pelo Diretor-Geral (Cf. art. 10). Assim como, os outros dois Embargantes nesta iniciativa processual, como Diretores e membros do Conselho Administrativo (JOSÉ GILVAN PIRES DE SÁ: de Administração e Finanças, e JESUS DE BRITO PINHEIRO: de Operações Rodoviárias), não atuavam e nem dispunham de assessoria ou conhecimento técnico sobre custos de infraestrutura, obras ou serviços de engenharia rodoviária.

Eminente Relator, qualquer que seja o ângulo de apreciação dos presentes Embargos, o que se tem é uma omissão, quanto à natureza da decisão tomada pelo demais membros do Conselho Administrativo, quando devidamente acompanhada dos pareceres dos setores técnico-jurídicos, razão pela qual não lhe seriam exigível outra conduta que não a de aceitar o que neles contidos, **verbis**:

‘Acórdão 59/1999-Plenário: ‘13. (...) submetidos à aprovação da diretoria colegiada, esses atos jurídicos complexos viciados pelo objeto simulado, aparentemente revestidos de legalidade, porém contendo condição ou cláusula falsa, induziram à declaração de vontade emanada de erro substancial. Logo, como diante dos elementos constantes dos autos não se permite concluir que tenham sido negligentes nem tampouco coniventes suas alegações de defesa hão que ser aceitas como satisfatórias.’;

Acórdão 165/2003-Plenário: ‘14. Deixo de arrolar como responsáveis pelo débito os membros da diretoria colegiada da CEF, que aprovaram a contratação, tendo em vista que o procedimento remetido ao descortino dos dirigentes, continha manifestação da área técnica da Entidade, assegurando que os preços estavam conformes aos praticados no mercado.’

Finalmente, Senhor Relator, ‘não se pode punir alguém por um ato que outra pessoa, de comportamento comum, praticaria da mesma forma’, exatamente, por assim configurar a chamada hipótese de ‘inexigibilidade de conduta diversa’, aplicada no Direito Penal, mas que, também, tem sido aceita no TCU (Cfr. Acórdãos no 637/2003, 723/2005 e 2.385/2006, do Plenário, bem como os Acórdãos 283/2008-2ª Câmara e 2.225/2004 - 1ª Câmara), deixando de caracterizar conduta dolosa ou culposa a decisão fundamentada em parecer submetido à instância decisória competente, **verbis**:

‘RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PARECERISTA. DESCARACTERIZAÇÃO DE DOLO CULPA OU NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O PREJUÍZO. PROVIMENTO. ‘1. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos.’ 2. Descaracterizada a conduta dolosa ou culposa do agente público ou do nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo causado ao erário, impõe o provimento, no todo ou em parte, da peça recursal, com a exclusão da responsabilidade dos agentes envolvidos.’ (Acórdão no 62/2007-2ª Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar)’

V – DO PEDIDO:

Ante todo o exposto, requer a Vossa Excelência sejam recebidos e conhecidos os presentes Embargos de Declaração, sendo, ao final, julgados procedentes, com os efeitos modificativos que se impõem.”

5. Enfim, o Sr. Wolney Wagner de Siqueira acostou os seus embargos de declaração, à Peça nº 142, nos seguintes termos:

“(…) II – Da Súmula Fática Processual

Ab initio, toda a infausta questão nasceu nos autos processuais dos TCs 003.453/2005-0 e 003.974/2005-8, em que se refere ao Levantamento de Auditoria e a conversão em TCE (nº 022.222/2007-5), processo em exame, abrangendo, pois, o período de 1995/2015, onde alcançou o EMBARGANTE via de citação em 13/8/2010.

7. Deste modo, trata-se de processo convertido em Tomada de Contas Especial pelo Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, relativo às irregularidades nas obras de construção da BR-230/TO, trecho Aguiarnópolis/Luzinópolis.

8. Os responsáveis foram citados e apresentaram suas defesas à época (fls. 441 a 491, v.2), concluíram, entre outras, pela condenação solidária em débito do Sr. José Francisco dos Santos, então Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins/TO, e da empresa EGESA ENGENHARIA S A em virtude do suposto superfaturamento de preços apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins e a empresa EGESA.

9. Anteriormente ao julgamento de mérito do processo, nova defesa foi apresentada pelo Sr. José Francisco dos Santos (fls. 253 a 532, v. 2), na qual foi argumentado que o então DNER teria aprovado os custos praticados na obra, os documentos dispostos às fls. 533 a 535 v.2.

10. Em razão desta nova peça acostada aos autos, o Exmo. Senhor Ministro Relator determinou a citação do Embargante e outros membros do Conselho de Administração do extinto DNER (fls. 506/517).

11. O Embargante, em 13/8/2010, foi citado a oferecer suas alegações de defesa em detrimento de ter sido membro do Conselho de Administração do DNER, que aprovou os custos praticados para execução do objeto (Contrato nº 200/96). Dentro do prazo legal, apresentou sua defesa que foi rejeitada. No entanto, desde 1996, portanto, mais de 14 anos, esta Corte ficou silente em face do Embargante.

12. A apreciação do mérito se deu no dia 14/10/2015, por meio do Acórdão nº 2511/2015-Plenário, combatido nesta oportunidade, com o julgamento das contas do Embargante e outros, pela irregularidade e em débito, solidariamente com a empresa EGESA, e em razão disso, sua notificação ocorreu no dia 01/12/2012. Esta é a síntese do processo.

III - PRELIMINARMENTE - DA AMPLA DEFESA MACULADA.

13. Antes de adentrar ao mérito deste recurso, necessário se faz registrar o grande lapso temporal já decorrido, ou seja, por mais de 14 anos para citar o embargante, uma vez que o possível evento danoso se deu em 25/9/1996 (participação na Sessão CA nº 36/96 do Conselho Administrativo) e sua citação ocorrido em 13/8/2010. Portanto, com todo este espaço de tempo, só veio criar obstáculos sobremaneira à defesa do embargante, maculando assim o devido processo legal.

14. Portanto, deve ser observado, no presente caso, o princípio da segurança jurídica, que impede que o Jurisdicionado se sujeite, sem limite de tempo, à ação do Estado; - o TCU tem farta jurisprudência no sentido de que se aplica aos processos, nessa Corte, os prazos decenais estabelecidos pelo Código Civil - que, de acordo com o art. 205 do atual Código Civil, é de dez anos - e que, dessa forma, considerando a citação do embargante em 13/8/2010, resta evidente prejudicada o exercício da ampla defesa.

15. Registre-se, por oportuno, que nessas circunstâncias, a ausência de citação prévia restringe os meios de defesa, impedindo o desenvolvimento válido e regular do processo, em face do longo decurso de tempo entre o fato gerador e a notificação do Embargante, em prejuízo ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

16. O embargante frise-se foi citado em 13/8/2010, ou seja, mais de 14 anos depois da ocorrência do fato gerador alegado, ocorrida nos idos de 1996.

17. A jurisprudência deste Tribunal converge no sentido de considerar prejudicado o julgamento do mérito das contas em situações da espécie. Nesse sentido, destacam-se os seguintes Acórdãos: 515/2009 e 1489/2009, do Plenário; 790/2009, 1857/2009 e 2688/2009, da Segunda Câmara; e 1520/2009, da Primeira Câmara; O sumário do precitado Acórdão 1520/2009-Primeira

Câmara; (recentes Acórdãos): Acórdão n° 1929/2015 — Plenário e Acórdão n° 2004/2015-Plenário, os quais bem resumem esses entendimentos, se aplicado perfeitamente à espécie, sob exame, **verbis**:

‘ACÓRDÃO 1520/2009 - Primeira Câmara: SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. COMPROMETIMENTO DA AMPLA DEFESA EM FACE DO DECURSO DE PRAZO ATÉ A PRIMEIRA NOTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. ARQUIVAMENTO. CIÊNCIA AO ÓRGÃO INSTAURADOR E AO RESPONSÁVEL (ARTS. 169, inciso II, e 212/RI-TCU, INTCU 56/2007, ARTS. 5º, § 4º, e 10, C/C ITEM 9.2 DO ACÓRDÃO N° 2.647/2007- TCU-PLENÁRIO).’

18. Em outro Acórdão, tratando-se do mesmo assunto, recentíssima decisão dessa E. Corte (8/10/2015), o Plenário, por maioria acordaram que - o longo espaço de tempo de mais de dez anos entre o fato gerador e a notificação do responsável torna obstáculo à defesa, ficando prejudicada a responsabilização com relação ao débito, conforme demonstra abaixo:

‘ACÓRDÃO Ng 1929/2015-TCU-Plenário

1. Processo n° TC 041.555/2012-0

2. Grupo II - Classe I - Embargos de Declaração (em Tomada de Contas Especial)

3. Embargante: Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), ex-Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER, atual DNIT

4. Unidade: Superintendência Regional do Dnit no Estado do Maranhão (DNIT/MT)

5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro José Múcio Monteiro

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: não atuou

8. Advogados constituídos nos autos: David Levistone da Silva e Souza (OAB/GO 11.750) e David Levistone da Silva e Souza Júnior (OAB/GO 29.271)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em fase de embargos de declaração opostos ao Acórdão 2.662/2014 — Plenário. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los e, em consequência, considerar prejudicada a responsabilização de Wolney Wagner de Siqueira nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado pelo item 9.1 do Acórdão 2.662/2014 — Plenário, cuja a ementa cita-se abaixo: (destaque nosso).

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO NA RODOVIA BR- 226/MA. PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. SUPERFATURAMENTO. ALEGAÇÕES DE DEFESA INSUFICIENTES PARA AFASTAR A IRREGULARIDADE. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. PRESCRIÇÃO DA APLICAÇÃO DE MULTA. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. OMISSÃO. LAPSO TEMPORAL DE MAIS DE 16 ANOS ENTRE OS FATOS E A NOTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL. OBSTÁCULO À DEFESA. ACOLHIMENTO. PREJUDICADA A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMBARGANTE COM RELAÇÃO AO DÉBITO. CIÊNCIA.’

19. Neste porque, vislumbra do acórdão que ora se embarga, conter CONTRADIÇÃO explícita, enquanto todos os julgados, dentre eles o acima epigrafado, decidiram pela insubsistência de débitos devido ao lapso de tempo superior a 10 anos desde o fato gerador à citação do responsável, o Acórdão sob exame, na mesma matéria, condena o Embargante em débito, em

solidariedade com a empresa Egesa, deixando assim assente: ‘(...) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos seguintes membros do Conselho Administrativo do DNER: (...) Wolney Wagner de Siqueira (diretor de engenharia rodoviária) em face do superfaturamento apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado do Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S/A ...’ (Ac. 2511/2015-TCU-P).

20. *De outro modo, o v. Acórdão deixou de dar o mesmo tratamento em situação idêntica, e com isto, maculando o princípio constitucional da isonomia, já que omitiu o reconhecimento da existência do grande lapso temporal entre o hipotético evento danoso e a citação válida, ou seja, por mais de 14 anos. Destarte, contrariou decisões do Pleno desta Corte. Ademais, a condenação do Embargante nesses moldes contido no Acórdão, evidencia ser uma decisão contraditória e ambígua, do mesmo Plenário, que deixou de dar o mesmo tratamento em situação idêntica, e com eivado vício insanável, daí, ferindo de morte o princípio constitucional da igualdade.*

21. *Ademais, para demonstrar a robusta contradição, faz necessário citar a declaração do Voto Revisor do Acórdão vergastado, contrário ao Voto do Sr. Relator e demais Acórdãos dessa Corte: ‘(...) de que mesmo existindo o lapso temporal como no presente caso mais de 14 anos, o Embargante detinha todas as condições em reunir provas documentais à sua defesa, vez que não há nenhum indício de que houve dificuldade ou prejuízo ao exercício da ampla defesa, já que a unidade técnicas do TCU fizeram levantamentos e obtiveram dados e documentos que dessem suporte ao débito apontado nestes autos’ (itens 11/13 do Voto Revisor).*

22. *Argumentos estes, totalmente isolado e divorciado das decisões emanadas desta Corte, não afluindo aos acontecimentos existentes nestes autos, primeiro: - contraria diversos Acórdãos do Plenário dessa Corte, que sempre decidiram pela insubsistência de débitos aos responsáveis nestas situações, independentemente do grau de dificuldade em reunirem provas pelo grande lapso temporal, diga-se, a dificuldade está no tempo.*

23. *Em outro porque, o Eminent Relator, a respeito do lapso temporal após 14 anos, buscou-se nas decisões do TCU, de que traria óbice inegável à defesa (Voto proferido ainda em 1º de junho de 2011), portanto, antes de serem prolatados vários Acórdão em 2015, favorável e prejudicial defesa pelo grande lapso temporal.*

24. *Registrando que nesta ocasião, já havia decisões plenária a respeito, à insubsistência de débitos ao responsável em tomadas de contas especial, quando houvesse lapso temporal superior a dez anos. A jurisprudência dessa Egrégia Corte evoluiu ainda mais, e chegando ao pleno o TC 041.555/2012-0 e outros da mesma matéria, com maior contundência, os Senhores Ministro votaram pela insubsistência de débitos o responsável, nesta mesma condição, ou seja, um lapso temporal mais de 14 anos para ser notificado, e com isso, jogando uma pá de cal na divergência.*

25. *Para demonstrar robustamente a contradição no v. Acórdão fustigado veja o assente contido no Acórdão 1.929/2015-P, de 5/8/2015 (TC 041.555/2012-0), quando os Senhores Ministros admitiram obstáculo à defesa e ao princípio do contraditório o lapso temporal com mais de dez anos, redundaria em prejuízos à defesa.*

26. *Ainda, neste manancial de decisões em face do Acórdão combatido, a CONTRADIÇÃO é velada, e robustamente demonstrada, basta verificar o que consta do recentíssimo Acórdão nº 2894/2015-TCU-Plenário, de 11/11/2015, que assim deixou assente: ‘9.1. conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los e, em consequência, considerar precludida a responsabilização de Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação às suas pessoas, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, excluindo-os da condenação ao débito solidário indicado no item 9.1 do Acórdão 1.929/2015-Plenário...’*

27. *Exsurge ainda a necessidade de registrar a visionária decisão de Sua Excelência o Ministro Relator deste Acórdão à época (em 2011), já vislumbrava um novo horizonte na convergência de entendimentos da Corte, quando deixou assente em seu Voto (item 21): ‘(...) De qualquer sorte, observo que as peças destes autos parecem apresentar inegáveis obstáculos para o*

prosseguimento do feito. E isso ocorre não só porque a citação dos gestores estaduais delegatários ocorreu de modo equivocado e depois de passados mais de 10 anos da data do fato (contrato de 1996 com citação em 2007), mas também porque a citação dos gestores delegante do DNER, que efetivamente aprovaram a planilha de custos, só veio a ocorrer agora, em 2011, ou seja, depois de passados mais de 14 anos da data do fato (item 22). Logo, observa-se que, diante desse longo interregno de tempo e do inegável prejuízo por ele provado ao exercício da ampla defesa por parte de todos os responsáveis, a aplicação do art. 5º § 4º da IN TCU nº56/2007 c/c o art. 169, II, do RITCU poder-se-ia apresentar como medida processualmente mais acertada, para este ponto em específico, de modo que o TCU poderia considerar prejudicado o exame da presente questão processual nestes autos'. Portanto, vislumbra no voto do Sr. Relator, mesmo que no passado recente (2011), já anunciava uma decisão futurística que caminhava essa E. Corte, e assim, vimos hoje em 2015 consolidada a decisão de que havendo um grande lapso de tempo como na espécie, a defesa sofrerá prejuízo, maculando por completo o princípio sagrado do contraditório.

28. E mais ainda, o Embargante não deu azo em procrastinar o feito, em comparecer nos autos, para se explicar eventual irregularidade, e por isso, não pode arcar de maneira solo, por ser a parte mais fragilizada do processo, pela omissão do aparato estatal.

29. É de bom alvitre frisar neste contexto do Acórdão, de que a contradição está a saltar aos olhos -, no Voto do Senhor Ministro Revisor, que abriu divergência, afirmando que para contemplar o elástico lapso de tempo como no caso presente, à defesa, teria que carrear aos autos os motivos que esse tempo causou, já que as unidades Técnicas (Secob e Secex/TO) conseguiram ainda em 2001, reunir documentos que pudesse auferir o superfaturamento existente no contrato avençado (em 1996), e por isso, o embargante não encontraria óbice em fazer sua defesa desde os primórdios de 1996. Quanto à essa suposição, de que as Unidades Técnicas teriam reunido documentos que fossem capazes de surtir efeitos jurídicos em decorrência dos atos do Embargante na condição de suposto membro do CA, não se pode confirmar, haja vista não depreender dos autos a portaria designatória do Embargante a compor o CA, documento necessário para atender ao princípio constitucional da legalidade e publicidade (art. 37, caput, CF/88). A simples manifestação do Embargante em ata não supre os requisitos impositivos no texto constitucional.

30. No entanto, os autos não comprovam o assente contido do Voto Revisor, nos levando a ocorrência diversa do enfoque, vez que como se sabe a unidade Técnica, à época para se chegar ao suposto superfaturamento num espaço de tempo muito aquém à do Embargante, (Acórdão nº 2.127/2006-TCU-Plenário, datado de 14/11/2006), que determinou Secex/TO, que adotasse as medidas necessárias para quantificar os débitos correspondentes, a partir da execução da obra em 1996, não conseguiu reunir toda a documentação necessária junto a Secretaria de Obras do Tocantins e nem tampouco no DNER, necessitando então socorrer à Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Tocantins (fls. 39, 44/45) para obtenção de dados necessários à citação dos responsáveis (item 9.3 do Acórdão 2.127/2006), que também não foi atendida, conforme consta dos autos Ofício nº 023/2007-TCU/Secex/TO, de 08/02/2007, dirigido ao Sr. Delegado da Polícia Federal do Tocantins, em síntese nos seguintes termos:

'(..) solicitamos que, com a maior brevidade possível, seja verificada a existência de documentos referentes às medições (com seus detalhamentos), diários de obras e demais informações necessárias ao cumprimento dos itens 9.3 e 19 a 25 do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, em anexo, nos enviando cópias dos mesmos. Esclarecemos, também, que o citado processo trata de fiscalização nas obras de Construção da BR-230, trecho Aguiarnópolis/Luzinópolis, no Estado do Tocantins e que a documentação será necessária à apuração de débitos de serviços pagos em desacordo com os itens realizados (...). As. Ricardo Eustáquio de Souza — Secretário'. Em resposta (Ofício nº 0064/2007-DPF), o Sr. Delegado da Polícia Federal, informa à Secex/TO não constar nenhuma documentação original recolhida do DNIT e DERTINS.'

31. Ainda, a unidade Técnica/TO afirmou, que mesmo depois de diligenciado à Polícia Federal, tornou inócua esta medida, sendo necessário então realizar fiscalização *in loco*, para compor o débito relativo à decisão do TCU, no período de 5 a 6/3/2007, com a presença de técnicos do DNIT, do Dertins, do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins — TCE e da Empresa Egesa Engenharia (item 3/4 - Relatório do Acórdão).

32. As evidências do obstáculo em carrear provas nos autos existiram, em face da unidade Técnica/TO, durante o lapso temporal de pouco mais de 10 anos, prejudicando assim de maneira robusta à apuração de débitos de serviços pagos em desacordo com os itens realizados. Portanto, se para uma unidade técnica, não foi possível reunir documentos hábeis, mesmo solicitados via de ofício, ainda mais para o Embargante, em reunir documentos capazes de ensejar sua exclusão do polo passivo desta TCE num lapso temporal de mais de 14 anos.

33. Veja Emérito Relator, a Contradição no v. Acórdão ora vergastado está patente, já que provado nos autos estão de maneira sólida que existem obstáculos à defesa do Embargante em carrear aos autos provas cabais que ensejasse a sua desconstituição do débito e sua responsabilização nesta TCE (o ônus da prova pertence ao embargante), pelo longo espaço de tempo, está a se falar em quatorze anos e não em quase dez quando a Unidade Técnica não conseguiu reunir toda a documentação que necessitava (recorreu a outras modalidades que ao embargante não é possível) pelo lapso temporal existente.

34. Ademais, disso, se trata de auditores do TCU, no pleno exercício de suas funções de fiscalizarem, gozam de fé pública e de plena autoridade perante aos órgãos jurisdicionados, podendo requisitar documentos e outras providências inerentes ao cargo. No entanto, somente foi possível cumprir o determinado no referido Acórdão, quando da realização de inspeção *in loco* com auxílio de engenheiro do TCE/TO e do então DNER. Recurso este, impossível em ser manejado pelo embargante.

35. Pode-se afirmar com segurança de que a instauração de processo de tomada de contas especial com mais de doze anos de atraso, como neste caso concreto, compromete o exercício da ampla defesa, do contraditório, da garantia da produção de provas e do devido processo legal, uma vez que tal decurso de prazo dificulta o acesso do responsável aos meios e recursos inerentes à sua defesa; e, por isso, há que se promover o arquivamento do processo.

36. Igualmente, a dispensa do julgamento de contas em situações da espécie está positivada no inciso II do art. 6º da Instrução Normativa - TCU n.º 71 /2012, aplicáveis, precisamente, quando transcorrerem mais de dez anos entre os fatos geradores da TCE e a primeira notificação dos responsáveis para apresentação de defesa.

37. Ainda de bom alvitre frisar como é sabido, e que se trata de uma tomada de contas especial em face do EMBARGANTE, onde já decorreram mais de 14 anos, sem jamais ter sido notificado e/ou citado, a se manifestar estes autos por essa E. Corte.

38. Por essas razões, deve ser considerada prejudicada a responsabilização do Embargante em solidariedade com a empresa em tela, máxime, porque, no caso concreto, não é razoável admitir que o defendente possua condições de obter as informações e as provas necessárias à defesa de atos cometidos, depois de transcorridos por quase duas décadas dos primeiros fatos geradores.

39. O que se argui neste momento, é afastar a contradição havida no v. Acórdão, vez que não deu o mesmo tratamento contido no aresto dos Acórdãos n.º 1929/2015-TCU-Plenário e outros já mencionados acima, onde decidiram por considerar à defesa do Embargante, "... obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado. Demais disto, o princípio constitucional da Segurança Jurídica, está maculado.

40. É que após a execução do objeto, como no caso presente, não pode ser questionado a qualquer momento (20, 30, ou 50 anos após, por exemplo) em uma tomada de contas especial, já que o tempo encarrega de dificultar em reunir a documentação necessária junto ao órgão de controle.

41. *Em outro vértice, verifica-se a existência da insegurança jurídica em face do EMBARGANTE, vez que o grande lapso temporal existente, para o caso presente, quase duas décadas, imaginava-se que suas contas se encontravam na mais absoluta normalidade (aprovadas), já que o princípio de segurança jurídica lhe assegura esta tranquilidade.*

42. *Em outro porque, numa decisão, porém, colhida no repertório de jurisprudência desta Corte, muito nos chamou atenção. Trata-se de processo instaurado contra ex- bolsista do CNPq que buscava o ressarcimento ao erário em virtude de supostas irregularidades, depois de mais de dez anos do encerramento dos repasses, quando foi constituída tomada de contas especial com vistas ao ressarcimento dos valores repassados.*

43. *Muito embora esse caso seja posterior ao incidente de uniformização de jurisprudência desta Corte, mesmo assim, assentou a tese da imprescritibilidade da pretensão reparatória no âmbito do TCU, no entanto, reconheceu-se que: ‘O transcurso de longo período de tempo compromete a efetiva prática das garantias constitucionais mencionadas [contraditório e ampla defesa .), pois influi negativamente na qualidade da defesa, na validade do processo na segurança jurídica neste caso concreto, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica devem prevalecer sobre o princípio da imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário (TCU Acórdão nº 5001/2010 — 2ª Câmara).’*

44. *Este aresto traz à baila uma conclusão inafastável: adotar a corrente de imprescritibilidade, em diversas ocasiões, implicaria mitigar direitos fundamentais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, como no presente caso.*

45. *A imprescritibilidade, porém, não pode ser aplicada de forma indiscriminada a todo e qualquer dano ao Erário, sob pena de se alcançar a completa imprescritibilidade dos créditos públicos.*

46. *Um parâmetro razoável para definir o alcance dessa ressalva constitucional consiste em aferir a intenção (dolo) do agente que praticou o ato ilícito. Nessa esteira, é aceitável que a interpretação do art. 37, § 50, da Carta Política/88 seja feita em prol da moralidade e do interesse público, de forma que se adote a imprescritibilidade com relação às ações de ressarcimento ao erário decorrente de atos de improbidade e de outros ilícitos praticados com má-fé, bem como a ausência de decadência de constituir esses direitos em obediência à sistematicidade jurídica.*

47. *Em caso idêntico, esta Corte de Contas, acatando encaminhamento da unidade técnica de São Paulo, em TCE com mais dez anos, deixou consignado na instrução o seguinte: ‘(...) Por fim, decorridos 15 anos dos processos licitatórios, mais de 10 anos do término das obras e 8 anos do relatório inicial da Secob que inaugurou este processo, restam improváveis, improfícuas e inconclusivas tentativas adicionais de aprofundar a análise para verificar o quanto as interveniências construtivas justificaram as variações de custos apontadas e se as medições e valores finais ante as especificidades e complexidades executivas, retrataram fielmente os custos e preços de mercado à época. A ânsia de aprofundar o assunto poderia eternizar o feito, demandando perícias técnicas e vultosos estudos de engenharia que possivelmente não lograriam êxito em trazer dados seguros (...).’ (Acórdão nº 1276/2010 — TCU — Plenário). Portanto, por se tratar de processo semelhante, sua aplicação ao presente caso é medida que se impõe.*

48. *Entretanto, deve se levar em conta como sendo um ponto crucial o princípio do contraditório e a ampla defesa, não mais poder-se-ia exercitá-la, pelo interregno de tempo (por quase duas décadas) para ser citado o EMBARGANTE, e com isso, o cerceamento de defesa faz saltar aos olhos, vez que não mais seria crível reunir provas/documentos.*

49. *Esta Corte de Contas tem decidido em inúmeras tomada de contas especial, quando se constata o grande lapso temporal -, considera-se mais de dez (10) anos decorridos, deste o fato gerador até a instauração da TCE, como contas iliquidáveis, sujeito ao arquivamento do processo, em razão de evidenciar o cerceamento da defesa. Em razão disso, não ser possível demonstrar através de*

documentos hábeis a desconstituir uma eventual tomada de contas especial, durante esse lapso temporal.

50. Exemplo concreto desta situação é o caso presente, em que, admitindo-se a hipótese de não ser respeitada uma marca temporal para que o EMBARGANTE comprove sua ilegitimidade passiva nestes autos, essa responsabilidade irá perpetuar no tempo, inclusive com o nome de seus sucessores. Coisa inadmissível de ser concebida.

51. Ainda de bom alvitre, registra, a respeito do lapso temporal de responsável em TCE superior a 10 anos, ficou assente no magistral Voto do Ministro-Relator, José Múcio Monteiro: '(...) Para chegar a essa conclusão verifico que, ainda que os responsáveis tenham sido chamados em audiência no decorrer da auditoria que originou estes autos (TC- 005.741/2 002-0), em 17/02/2002, interrompendo a contagem prescricional, passaram-se mais de dez anos desta data até a notificação seguinte, por meio da qual foram citados, em 19/02/2013... O mesmo fenômeno foi constatado no âmbito do TC-041.555/2012-0, outra TCE instaurada em observância ao item 9.1 do Acórdão 2.948/2011 — Plenário, como reconhecido pelo Acórdão 2.662/2014 — Plenário, e, fatalmente, deverá acometer os outros processos derivados da mesma decisão" (Acórdão n°2004/2015 — TCU — Plenário - Sessão de 12/8/2015).

52. Extraí-se deste Acórdão, tomando emprestadas as palavras do eminente Relator, de que todos que estiverem nesta situação (caso idêntico), deverão acometer os outros processos derivados da mesma decisão. Portanto, o Acórdão vergastado, está divorciado de decisões de processos derivado, como no caso presente, vez que o embargante, atende aos mesmos pressupostos da decisão epigrafada, uma vez que o lapso temporal já ultrapassa 14 anos desde o evento danoso (1996) até sua citação em 2010.

53. Por derradeiro, torna-se importante consignar que o valor questionado diz respeito a suposto débito decorrente de superfaturamento e/ou sobrepreços ocorridos quando da execução do objeto - BR 230/TO; contrato n° 200/96, no entanto, observa-se que o Relato n° 213/97 de 19/5/1997 (em anexo), foi aprovado pelo sucessor do Embargante, no exercício do cargo de Diretor de Engenharia, Sr. Alfredo Soubihe Neto, com valores acrescidos, após a aprovação pelo CA/DNER em 1996, no valor originariamente contido da licitação, ou seja, após majoração em valores expressivos, talvez. Nesta ocasião, o embargante, não mais se encontrava no órgão, vez que havia sido exonerado a pedido em 14/4/97 (cópia do DOU em anexo), inviabilizando responsabiliza-lo pelo superfaturamento por atos de seu sucessor, e de que não deu causa.

IV - DAS CONTAS ILIQUIDÁVEIS.

54. Constata-se que a instauração de uma Tomada de Contas Especial decorrido por quase duas décadas depois dos fatos tidos como danosos, como aqui ocorre, representa quase a decretação antecipada de culpa do embargante pois fica severamente enfraquecido a sua capacidade de produzir uma 'contestação documentada e eficaz', e com isso, levando ao cerceamento de defesa.

55. A respeito, o EMBARGANTE, não está aqui questionando a aplicação da prescrição, por ser imprescritível (decisão ainda não pacificada até mesmo pelo STF), todavia, data vênua, não se pode permanecer um processo em situação ad eternum, em instaurar procedimentos administrativos na apuração de responsável por dano ao Erário. Por isso, o TCU vem adotando sistematicamente o arquivamento de TCEs instauradas após 10 anos, com arrimo no art. 20 da Lei 8.443/82, como sendo contas iliquidáveis.

56. O que sustenta o embargante é aplicação do princípio da razoabilidade. Não é crível, e chega a ser desproporcional responder em solidariedade com outros responsáveis gestores da verba pública e empresa, enquanto que sua participação no convênio se deu de forma regular, no estrito cumprimento funcional, aliado a mais completa boa-fé e de forma lícita.

57. A jurisprudência deste Tribunal tem sido no sentido de considerar tais contas iliquidáveis (Acórdãos 2961/2005-TCU-1a Câmara, 839/2007-TCU-2a Câmara, 1694/2007-TCU-2a Câmara), ordenando o seu trancamento e o conseqüente arquivamento dos autos, quando o exercício

da ampla defesa fica comprometido, em razão do longo decurso de prazo entre a prática do ato e a instauração da respectiva Tomada de Contas Especial, a respeito, cita-se a ementa abaixo:

‘TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVENIO. COMPROMETIMENTO DA AMPLA DEFESA EM FACE DO DECURSO DE PRAZO ATÉ A PRIMEIRA NOTIFICAÇÃO (SUPERIOR A DEZ ANOS). ARQUIVAMENTO CIENCIA AO ÓRGÃO INSTAURADOR E AO RESPONSÁVEL. Sem prejuízo de apuração da responsabilidade daquele (s) que tiver (em) dado causa ao atraso. Determina-se o arquivamento do processo de tornada (Acórdão 5105/2010-Primeira Câmara).’

58. Assim sendo, o TCU tem considerado, em casos semelhantes, que o longo interregno desde o fato gerador da tomada de contas especial e a notificação do Responsável configura a ausência de um dos pressupostos básicos do regular desenvolvimento do Processo.

59. Além disso, vale registrar que este Tribunal, por meio do Acórdão nº 2.647/2007-Plenário, de 05/12/2007, em vista de tais dispositivos, autorizou o arquivamento dos Processos de Tomada de Contas Especial que estivesse nesta situação, dando-se ciência ao Órgão instaurador e ao Responsável.

60. Este tem sido o posicionamento firme do TCU, no que se refere a processos de TCE ou prestação de contas tramitando sem ouvir o responsável pelo prazo decorrido no lapso temporal de 10 anos (AC-2798-17/09-2), arts. 169, inciso II, e 212 do Regimento Interno do TCU, e nos arts. 50, § 4º e 10 da IN-TCU Nº 56/2007 (Ata 04/2009 — Segunda Câmara, de 17/02/2009. DOU de 20/02/2009).

V - Da omissão formal do processo — inviabilizou o princípio do contraditório e à defesa.

61. Constatou-se Excelência a omissão contida no Levantamento de Auditoria (convertido em TCE, pelo Acórdão 2127/2006-TCU- Plenário), relativo às irregularidades nas obras de construção da BR-230/TO, trecho Aguiarnópolis/Luizianópolis, em que se constata ausente o Relatório Preliminar ao Gestor (Diretor-Geral do então DNER) que na condição de representante do órgão, incumbiria participar ao embargante (então Diretor de Engenharia) as supostas falhas/irregularidades encontradas pela auditoria (achados) e a conversão em TCE, onde se figurou no polo passivo.

62. Em outro viés, determina a NAT, 144 usque 148 que depois das revisões (linguagem impessoal, conteúdo de fácil compreensão, conteúdo isento de imprecisões e ambiguidades, etc.) e antes de se concluir o (relatório final), relatório preliminar é encaminhado ao responsável do órgão auditado a fim de dar conhecimento aos responsáveis envolvidos para que eles possam, se desejarem, oferecer comentários sobre os achados, conclusões e proposta da equipe.

63. Extrai-se da NAT, 144 que a ‘omissão desta fase processual, implica em invalidar os atos posteriores (conversão em tomada de contas especial) em virtude de não ter sido cumprido formalidade substancial, já que o processo não foi saneado’ (ex vi NAT, 144 a 148 e Acórdão 153/92 — Segunda Câmara — Ata 44/92).

64. Segundo as NAT, a obtenção desses comentários (Relatório Preliminar) e sua conclusão no relatório final é um dos modos mais efetivos para assegurar que um relatório seja imparcial, objetivo e completo, resultando num documento que não só apresenta a visão da equipe, mas também a perspectiva dos dirigentes e/ou responsáveis da unidade auditadas e as ações corretivas que pretendem tomar.

65. Em outra linha de demonstrar a imparcialidade da equipe de auditoria conforme explicita a NAT, 148: ‘O comentário devem, sempre que possível, ser incorporados pela equipe juntamente com os demais fatos’ (NAT, 147).

66. Veja Excelência, que a resposta do Relatório Preliminar, só robustece ao Levantamento de Auditoria, dando mais segurança no encaminhamento da proposta, vez que o documento encaminhado pelo responsável, neste caso (extinto DNER), constituir-se-ia em papel de trabalho da auditoria (NAT, 148), in Programa de Aprimoramento Profissional em Auditoria — PROAUDI — Auditoria Governamental, pág. 330/331.

67. A omissão desta fase processual evidencia a parcialidade da equipe responsável pelo Levantamento de Auditoria, maculando via de regra providências futuras, no caso a conversão em TCE, em desobediência a NAT, 148, além da surpresa do responsável que antes simplesmente se tratava de então Diretor de Engenharia no pleno exercício de suas funções, e abruptamente sem ter lhe ofertado a oportunidade de defesa e/ou demonstrar/informar sua ilegitimidade para funcionar no polo passivo, se veja suas contas julgadas irregulares e em débito. Ademais, se viu passar a condição de indiciado administrativamente e em débito, sem, contudo ter sido objeto de análise e/ou de ser ouvido até mesmo em audiência, como foram os responsáveis do órgão delegado.

VI- DA AMBIGUIDADE NO ACÓRDÃO - CITAÇÃO GENÉRICA DO EMBARGANTE.

68. Em outro porque, como deixou assente no Voto do Ministro Relator (item 10), de que o embargante na época Diretor de Engenharia foi o responsável pelo superfaturamento apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado do Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A, por quanto havia assinado expediente denominado Relato nº 376/96, que foi apreciado pelo Conselho Administrativo do DNER na Sessão Deliberativa nº36, de 25/9/1 996, que aprovou expressamente os preços praticados no âmbito no Contrato nº 200/96, deixando consignado de que os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER.

69. Vislumbra dos autos, de que a ilação de imputar a responsabilidade solidária de débitos ao EMBARGANTE com a empresa em tela ter encaminhado Relato ao Conselho de Administração do então DNER, por si só, data vênua, não pode ser o responsável pelo dano ao erário, pela inexistência do nexo de causalidade.

70. Em outro porque, vislumbra ter sido o EMBARGANTE citado genericamente, o que fere de morte normas desta Corte, uma vez que está sendo imputada a responsabilidade por ter sido Diretor de Engenharia, ter contribuído em superfaturamento contido no Contrato 200/96 (item 9.2 do acórdão) e ao mesmo tempo, ter sido o responsável por aprovar, preços contidos no processo de Licitação, como Membro do Conselho de Administração do DNER.

71. Nota-se que a citação exige ser pontual e específica com a fundamentação que o caso requer, e não da maneira dúbia e açodada como se encontra no Acórdão, dificuldade sobremaneira à defesa do Embargante, vez que existem dúvidas quanto a sua responsabilização no hipotético dano ao erário, bem como sua participação no superfaturamento encontrado.

72. Destarte, dúvidas há, quanto à participação do embargante nestes autos, vez que, o Acórdão fustigado, omitiu, em razão da não aplicação do in dubio pro réu, já que nos autos não foi possível vislumbrar ao longo do processo desde 1996, provas que ensejasse responsabilizá-lo, ao contrário, constata-se a inexistência de estabelecer o ELO de que o EMBARGANTE foi capaz de ter sido o responsável pelo superfaturamento como membro do Colegiado do DNER. Daí impõe-se sua exclusão do polo passivo desta TCE.

73. Ademais, a respeito de responsabilizar o embargante por ter encaminhado Relato ao Conselho de Administração/DNER, não alcança ao Diretor de Engenharia, em virtude da ausência do nexo causal, como brilhantemente assentou em seu VOTO o Eminentíssimo Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, em caso idêntico, que assim deixou assente:

‘[...] não existe nexo de causalidade suficientemente robusto entre as suas condutas e o resultado lesivo apurado por ausência de nexo de causalidade expressiva’ (TC 012.121/2007-6) [...] ‘As justificativas do EX-DIRETOR de Engenharia do então DNER, podem ser acatadas uma vez que agindo em cumprimento às suas atribuições normativas, apenas elaborou o Relato, onde descreve todo o histórico do processo e o submeteu à aprovação do Comitê de Gestão Interna do extinto DNER. Assim sendo, sua responsabilização nos presentes autos deverá ser retirada’ (Acórdão 3095/2014 - TCU- Plenário).’

VII - DA OMISSÃO QUE SE PERPETUA NOS ACÓRDÃOS.

74. *Constatam-se nos autos, Excelência, que a omissão vem desde os Acórdãos 1.777/2004-Plenário e 2.127/2006-Plenário item 9.1. em que o Relatório de Auditoria em Tomada de Contas Especial determinou ouvir em audiência os Sr. José Edmar Brito de Miranda, Secretário da Infraestrutura do Tocantins, desde 01/01/99, relativo ao convênio nº PG 061/95 – construção da rodovia BR-230/TO; Sr. José Francisco dos Santos, Secretário dos Transportes e Obras do Tocantins, de 01/01/95 a 31/12/98; Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral do DNER à época, em 12/4/99; Mauricio Hasenclever Borges, Diretor-Geral do DNER de 01/6/96 a 12/4/99 e a empresa Egesa. Quanto ao Embargante, não teve esta mesma oportunidade, a se defender, pela omissão.*

75. *Destarte, evidencia-se no Voto que fundamentou a decisão questionada, de que o Embargante, não foi ouvido em audiência desde o ano de 1996, acerca das irregularidades levantadas na auditoria tratada no TC 003.453/2005-0 e na conversão em TCE (TC 003.453/2005-0), onde o TCU via do Acórdão 2127/2006-P, determinou a citação de diversos gestores responsáveis, no entanto, omisso permaneceu quanto ao Embargante.*

76. *Observa-se que desde essa época remota, por quase duas décadas, não foi se quer o Embargante, chamado a prestar esclarecimentos a respeito do referido convênio, nem mesmo como de costume no TCU, via de audiência, como aconteceu com os demais responsáveis acima, daí, sem soma de dúvidas, desde o ocorrido evento supostamente danoso em 1996 até 13/8/2010, ocorreu obstáculo à defesa do EMBARGANTE, vistos que estes autos ficaram no mais absoluto silêncio quanto à sua pessoa.*

77. *Ainda neste contexto, frise-se, do prejuízo à defesa pelo longo espaço de tempo como no caso presente, o Plenário desta Corte deixou assente no recentíssimo Acórdão nº 2894-TCU-P (TC- 041.555/2012-0): ‘item 9.1. conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, acolhê-lo e, em decorrência, considerar prejudicada a responsabilização de Francisco Augusto Pereira Desideri e Mauricio Hasenclever Borus nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação às suas pessoas, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, excluindo-os da condenação ao débito solidário indicado no item 9.1 do Acórdão 1.925/2015-Plenário...’ (Ata nº45/2015-Plenário – Data da Sessão: 11 /11/2015-Ordinária).*

78. *Assim sendo, a CONTRADIÇÃO do v. Acórdão ora vergastado, em responsabilizar o Embargante, é evidente, já que nesta MESMA tese, excluiu o Embargante de sua responsabilidade pelo lapso de tempo, causando assim profunda ambiguidade nesta decisão que condenou o recorrente, sem atentar as inúmeras decisões desta Corte em situações idênticas -, pela exclusão da responsabilização. Ainda mais, a manter o v. Acórdão contraria inúmeros julgados desta Corte, já que a existência da contradição macula por completo o Acórdão, colocando assim vício insanável em uma condenação sem o efeito da certeza jurídica e da justiça, já que a espécie é idêntica, aos recentes julgados, já mencionados alhures (Ac. 1.925/2015-P — 14/10/2015 e Ac. 2894/2015-P — 11/11/2015 — Ordinária).*

79. *Logo, a situação vivenciada por um dos indiciados foi acolhida por este E. Tribunal de Contas e fundamentou a decisão que excluiu a sua responsabilidade no Processo TC-041.555/2012-0, no entanto, apesar de a situação ser idêntica à do EMBARGANTE, este para sua surpresa, teve a sua conta julgada irregular e fora responsabilizado em solidariedade com a empresa em tela.*

80. *Consta-se deste modo, existir a CONTRADIÇÃO no v. Acórdão de se acolher uma situação fática vivenciada por um dos indiciados e conseqüentemente, excluir sua responsabilidade e, em outra decisão responsabilizar o Embargante. Esta MESMA tese, não é lavada a cabo, não tendo o recorrente sido excluído sua responsabilidade, causa profunda estranheza a este último, pelos fundamentos que serão expostos nestes Embargos (por conter tamanha contradição) e que ainda fará no decorrer desta peça recursal. VIII - CONTRADIÇÃO — membro do Conselho Administração do DNER.*

81. *Constata-se no v. Acórdão ora fustigado, de que o Embargante foi responsabilizado pelo débito em solidariedade com a empresa Egesa, por ter participado da Sessão do dia 25/09/1996 (ata nº 36/96) na sede do DNER em Brasília, como membro do Conselho de Administração do então*

DNER, que aprecia processos diversos de execução de obras rodoviárias em diferentes partes do país, dentre elas se encontrava o Contrato n° 200/96, objeto deste exame.

82. Na análise da instrução da Secex/TO (item 13-18), deixou consignado em síntese, de que membros do Conselho de Administração foram citados por terem aprovado projeto básico relativo ao Contrato n° 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado do Tocantins e a empresa Egesa (fls. 592/595, v.2). Daí à responsabilização do embargante, por supostamente ter contribuído para a ocorrência de dano ao erário em decorrência de superfaturamento na execução do contrato n° 200/96, concluiu a instrução.

83. Contradiz de maneira enfática a instrução que serviu como suporte técnico ao presente Acórdão, que omitiu e silenciou a respeito de que Membro do Conselho de Administração não é capaz de detectar eventuais erros, cometidos pelas instâncias bem inferiores, quando aprovaram preços e o projeto básico, sejam eles dolosamente e/ou culposamente, podendo ser reavaliado no decorrer da execução, não foi o caso, vez que o embargante somente participou uma só vez da sessão que deliberou sobre aprovação orçamentária do contrato n° 200/96, em exame. Diga-se, não aprovou o financeiro, portanto o superfaturamento não é possível imputar ao Embargante, já que nesta data, já havia sido exonerado a pedido do DNER.

84. Neste ponto crucial do deslinde, através do v. Acórdão fustigado pode-se afirmar com certeza de que a contradição está evidente e cristalina de doer nos olhos, vez que, - eventuais débitos não alcançam membros do Conselho do DNER, a não ser que se prove nos autos a existência do dolo e de gestão.

85. A respeito cita-se o Acórdão n° 2004/2015 — TCU — Plenário (TC 043.940/2012-9), com a seguinte ementa:

'TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO NA RODOVIA BR-226/M4. PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DA EMPRESA CONTRATADA EM DESACORDO COM OS VALORES REFERENCIAIS DO SICRO. SUPERFATURAMENTO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES QUE, APESAR DE APROVAREM A CONTRATAÇÃO, O FIZERAM SOB O PRESSUPOSTO DA COMPATIBILIDADE DE PREÇOS. CONDENAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO EXAME DA PROPOSTA DA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO SEM MULTA EM FACE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

'9.1. afastar a responsabilidade de Maurício Hasenclever Borges e Alfredo Soubihe Neto (diretor de Engenharia), excluindo-os do polo passivo do presente processo.'

86. No âmbito das decisões desta E. Corte de Contas, já é remansoso o entendimento no sentido de que a responsabilidade do Conselho de Administração não é genérica, mas apenas por atos por ele examinado e endossado (Sessão de 15.9.93-Ata 45/93-Plenário, Acórdão n° 88/93), frente ao normativo do órgão que rege o conselho.

87. No mencionado Acórdão em epígrafe, o Plenário desta Egrégia Corte, contrariando parecer da unidade técnica, entendeu que a proposta concernente aos membros do conselho seria pela regularidade com quitação plena, em virtude de não ser possível alcançá-los por débitos, já que suas funções não são de gestão, mas sim de atos normativos (Acórdão 760-11/2013-P).

88. A jurisprudência amplamente majoritária é contrária à responsabilização dos Conselheiros de Administração, somente admitindo nos casos de omissão continuada. Não é o que se verifica nos autos, já que a participação do Embargante se deu uma só vez em 1996, numa só sessão a de n° 36, não havendo nenhum nexo na aprovação dos aditivos, ocorridos em 1999, todavia, se houve aprovação pelo Conselho, o Embargante não mais estava presente.

89. A respeito, não ser possível responsabilizar membros do Conselho de Administração como no presente caso, busca-se decisões desta Egrégia Corte, dentre elas cita-se: Acórdão n° 0760-11/2013- TCU-Plenário - Relatora Ministra Ana Arraes; Acórdão n° 964/2010 - Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler; Acórdão 89/2000 — Plenário. Rel. Ministro Adhemar Paladini Ghisi;

Acórdão n° 42/1 994- Plenário Rel. Ministro Homero Santos. Acórdão n° 7/1999 — 2 Câmara Rel. Ministro Valmir Campelo e Acórdão 70/2002 — P Câmara. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha; Acórdão 750/2010 - P. Relator Ministro Augusto Nardes.

90. Pode-se afirmar a remansosa jurisprudência nesta Corte sempre norteou no sentido de que membros de Conselhos de Administração, não podem ser responsabilizados por suposto débito originário de superfaturamento, haja vista que sequer são eles consultados previamente a respeito desses preços. Prova disso, aconteceu com o Distrito do então DNER no Tocantins e Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins que foram os responsáveis pelo processo licitatório, juntamente com o gestor do DNER que aprovaram, homologaram e adjudicaram Licitação à empresa Egesa, vencedora do certame na concorrência pública, relativo ao contrato n° 200/96 (fls. 592/595, v.2).

91. Registrando que nem de longe o Embargante, contribuiu para a ocorrência do alegado dano ao erário na execução do contrato n° 200/96, quando foi apreciado em Sessão do Conselho Administrativo, para deliberação. A competência do embargante era de maneira estratégica no órgão, e não para verificar medições e projeto básico de competência da Unidade do DNER no Tocantins e a Seinfra/Estadual (obra delegada).

92. Para pautar suas decisões, esta Corte de Contas reconhece que ‘as competências do Conselho de Administração encontram-se em um nível muito mais estratégico do que acompanhamento dos atos praticados diuturnamente por administradores/gestores da instituição’.

93. Com efeito, não se pode exigir do Embargante (membro do Conselho) em questão, que, em geral, reúnem três vezes por ano em sessão ordinária, impossível que detenha todo o conhecimento fático e técnico necessário para gerir a instituição. Razão pela qual apenas aprovam documentos com informações fáticas e técnicas providas pelos gestores nas instâncias inferiores consoante ao princípio da presunção da veracidade dos atos administrativos. Não há participação de membros quanto às planilhas de preços apresentados pelas empresas e os seus respectivos pagamentos, não aprova projeto básico, não acompanhou a execução da obra ao longo da vigência do contrato, o que por si só inviabiliza se falar em superfaturamento que ocorre ao longo da execução, no entanto, a apreciação do contrato n° 200/96 se deu em uma única vez, no dia 25/9/1996.

94. As premissas que motivaram os atos, os fundamentos fáticos ou periciais não podem implicar exame de acuidade daqueles que têm por obrigação o exame de validade do ato e a conformação deste com a finalidade estratégica institucional.

95. A jurisprudência desta Corte já está sedimentada de que membros dos conselhos de administração não podem ser responsabilizados por atos isolados de gestão, para os quais não foram consultados sobre a sua legalidade e legitimidade. Conselho não delibera financeiro, mas sim orçamentário, portanto, não acompanham aditivos e nem induz a prática lesiva ao superfaturamento em obras.

96. De outra via, pode-se alvitar que o Embargante está sendo ao mesmo tempo responsabilizado por ter encaminhado o Relato n° 376/96, no exercício de suas funções de Diretor de Engenharia Rodoviário e por ter participado da Sessão n°36, do Conselho em 25/9/1996.

97. Nota-se que a segregação de função não permitira praticar tais atos, já que: - o Embargante encaminha o seu Relato de todo o processo de licitação, já aprovado e homologado pelo DNER ao Conselho para deliberação que ele mesmo participou para deliberar.

98. O Tribunal de Contas do Distrito Federal já teve a oportunidade de decidir nesse mesmo sentido. No caso, o Voto vencedor pontuou que a competência do Conselho de Administração é de caráter normativo, e não de gestão. Aliás, muito antes, este tem sido o entendimento robusto e cristalino desta E. Corte de Contas.

99. É possível sintetizar, no entanto, que as Cortes de Contas têm levado em consideração as peculiaridades inerentes às competências e limitações do exercício da função de conselheiro administrativo, razão pela qual sua responsabilização só é admitida em casos excepcionais, mormente quando os elementos reprováveis da conduta constem específica e expressamente no documento no qual se formaliza o ato administrativo. Em outro porque, esta Corte tem entendimento que não é

genérica responsabilizar membros do Conselho, mas se limita aos atos submetidos à sua apreciação e por eles facetados (Voto do saudoso Ministro Bento Bugarin (Acórdão 88/93-TCU- Plenário).

100. Diante disso, as evidências das CONTRADIÇÕES contidas no v. acórdão vergastado, que imputou responsabilidade ao Embargante de forma genérica, sem a individualização da culpa, como expresso ficou assente '(...) pelo superfaturamento apontado no item b. I da instrução de fls. 506/517'. Deste modo, as evidências de contradição neste acórdão, são fortes, ao ponto de contrariar entendimentos já sedimentados desta Corte. Veja que uma condenação nestes moldes, implica cerceamento de defesa, já que carece de fundamentação.

IX — OMISSÃO - AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO Á CONDENAÇÃO.

101. Consta-se no v. Acórdão, OMISSÃO in totum quanto à fundamentação a inclinar a responsabilização do Embargante em solidariedade com a empresa Egesa e outros membros do Conselho Administrativo do então DNER.

102. A simples leitura no Acórdão, no tocante ao julgamento das contas do Embargante (item 9.2) que deixou assente o seguinte: rejeitar as alegações de defesa apresentados pelos membros do Conselho Administrativo do DNER: Srs. (...) Wolney Wagner de Siqueira (diretor de engenharia rodoviária), em face do superfaturamento apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S/A.

103. Veja que o suposto evento danoso ocorrido em 1996 (o embargante participou da Sessão do Conselho em 25/9/96) se dera em detrimento de ter sido encontrado no decorrer da execução da obra o superfaturamento na execução do contrato, enquanto que o Embargante, não mais se encontrava nos quadros de engenheiros do DNER (desde 1997). Vislumbra deste modo, com base em qual dispositivo e o nexo de causalidade se encontrava o Embargante, a dar vazão à condenação -, a omissão no Acórdão a respeito existe, e com isso, leva o vício insanável trazendo cerceamento de defesa e maculando o princípio do contraditório e o do devido processo legal, já que não se sabe quais os dispositivos foram maculados, inviabilizando por completo à defesa, em razão do suposto dano ao erário (superfaturamento).

X - OMISSÃO DA MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO.

104. Consta-se dos autos, da instrução que serviu de suporte ao Acórdão fustigado, a omissão quanto à existência da Matriz de Responsabilização, peça relevante, para que se tenha a individualização da responsabilização, a fim de identificar os atos proferidos pelos responsáveis e sua conduta, no evento danoso. Nota-se que a imputação de débitos ao Embargante se deu de forma genérica, sem conduto identificar a cadeia dos atos que culminaram em danos ao erário.

105. Após examinar a documentação detidamente nestes autos que foi disponibilizado à defesa, a matriz já deveria se encontrar no feito e disponibilizada de forma clara e objetiva, para ver a participação efetiva do EMBARGANTE, no entanto, verifica-se que esta fase foi suprimida no exato momento da conversão em tomada de contas especial, ou seja, não houve o saneamento do processo, oportunidade esta seria em promover diligências e/ou audiências, o que não aconteceu, e com isso inviabilizou sobremaneira a defesa do EMBARGANTE, que foi bruscamente admitido no rol dos responsáveis em débito, sem ter sido ouvido em audiência.

106. Apesar do empenho da equipe e da unidade técnica do Tocantins, cabe anotar ainda não ter sido elaborada para a auditoria de que tratam estes autos uma matriz de responsabilização, nos termos definidos do documento 'Padrões de Auditorias de Conformidade', aprovada pela Portaria SEGECEX TCU 26/2009.

107. Diante de elenco de falhas encontradas e, de um significativo número de existência de itens com sobrepreços encontrados nesta obra delegada, a matriz de responsabilização nos moldes do Anexo III do mencionado documento 'Padrão de Auditoria de Conformidade', ganha ainda mais importância na medida em que permite visualizar com a clareza necessária e o correspondente ato sob sua responsabilidade, a conduta por ele praticada, o nexo de causalidade entre a conduta do

embargante e o dano propriamente encontrado, e a análise da culpabilidade do agente envolvido no evento danoso, esta determinação de igual modo a do embargante, está contida no Acórdão nº 1004-39/15-2 — 20 Câmara — TC — 002.695/2013-8.

XL- DA MULTA — PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

108. Diz o v. Acórdão (item 9.4) quando aplica pena pecuniária ao EMBARGANTE, com arrimo no art. 57 da Lei 8.443/92, quando já decorrido mais de 14 anos, desde o suposto evento danoso que se deu em 1996 até sua citação ocorrido em 13/8/2010, contrariando assim o instituto da prescrição quinquenal, tempo suficiente em que decaiu do direito o órgão estatal na aplicação da pena.

109. A este respeito, já é sedimentado nesta Corte de Contas a aplicação da prescrição quinquenal, em favor do Embargante, de acordo com o entendimento da jurisprudência dominante do TCU, até o momento, que considera a aplicação dos arts. 205 e 2.028 do Código Civil/2002. Primeiramente, transcorridos menos de dez anos entre as irregularidades, em 1996, e a entrada em vigor do Código, aplicar-se-á a regra da prescrição decenal a partir da ocorrência dos fatos gerador.

110. Esta Corte tem adotado o prazo prescricional de multa, quinquenal, conforme Acórdão nº 1.314/2013 — Plenário, tomando como base estudo feito pela CONJUR/TCU: adoção de prazo prescricional de cinco anos, com base na analogia a diversas normas do Direito Público e assim deixou assente:

‘A prescrição quinquenal está presente, por exemplo, nas seguintes normas legais do Direito Público, Decreto 20.910/1932, Leis 5.172/1966; 6.838/1980; 8.112/1990; 8.429/1992; 9.873/1999; 12.529/2011.’

111. Como no caso presente, já se passaram mais de 14 anos, daí mesmo que adotasse o prazo decenal como entendeu o Ministro Revisor do TC acima, Walton Alencar Rodrigues, já estaria o poder de sanção decaído do poder punitivo, por ter passado mais de 10 anos, no entanto, muito embora fosse Voto vencido, já que os demais Ministros da Corte foram uníssomos em aplicarem o prazo quinquenal, utilizando deste modo o Código Civil em seu art. 205.

112. No âmbito da CONJUR/TCU, deixou consignado a respeito do instituto da prescrição à multa: ‘E fundamental no Estado Democrático de Direito, porquanto visa à estabilização, com base no princípio da segurança jurídica, das relações sócio-jurídicas em face da inércia do detentor original do direito’.

113. Em outro porque, aliando ao estudo feito pela CONJUR, ainda que o Embargante tenha sido chamado em audiência (o que não ocorreu) no decorrer da auditoria que originou estes autos, interrompendo a contagem prescricional, somente com a citação, passaram-se mais de quatorze anos desta data (1996) até ao seu chamamento ao feito, diga-se único nos autos, pela qual foi citado em 13/8/2010, portanto a aplicação da multa imposta está prescrita, devendo ser excluída a pena imposta ao Embargante, conforme entendimento remansoso desta Corte dentre eles, cita-se o mais recente - Acórdão 1929/20 15 — TCU — Plenário, Sessão de 5/8/2015.

114. Por fim, a respeito, cumpre assinalar que a possibilidade de aplicar multa encontra-se obstaculizada pela perda da pretensão punitiva do Tribunal, de acordo com a jurisprudência dominante até o momento, que considera a aplicação dos arts. 205 e 2.028 do Código Civil para definição do prazo prescricional.

XII - DA OBRA DELEGADA.

115. Prefacialmente, necessário se faz registrar, tratar-se de obra delegada, com manifestas complexidades e de gestões diferenciadas.

116. Embora a questão em apreço se restrinja apenas à análise da possibilidade de responsabilização do agente delegante, muito embora sejam atos praticados pelo delegado, é

imprescindível uma digressão teórica sobre o assunto, eis que se trata de um tema recorrente, nesta e em outras Cortes de Contas do país.

117. Acerca do assunto, em que pese haver tamanha CONTRADIÇÃO no acórdão atacado, o que corrobora com esta tese, em situação idêntica, a decisão contida no Acórdão 66/1998, onde ficou assentado no Voto do Exmo. Ministro Marcos Villaça, proferido em Plenário: ‘segundo entendimento esposado no citado acórdão, se o delegado é quem pratica o ato, EM PRINCÍPIO não compete ao delegante responder por erros ou ilegalidades por aqueles cometidos’.

118. Na delegação de competência, o delegado atua no exercício da competência recebida, e não em nome do delegante. O que existe é um ato administrativo, que pode estar consubstanciado em portaria, decreto ou outro veículo, e não deve ser confundido com mandato (Gasparini, Diógenes).

119. Por outro lado, tem-se que esta obra foi executada pelo manto do Convênio 061/95, delegado à Secretaria de Obras e Infraestrutura do Estado do Tocantins, conforme consta dos autos.

120. Nesse sentido, valendo-se o EMBARGANTE do relatório do acórdão em epígrafe, extrai-se o posicionamento doutrinário de Firmino Ferreira, em sua obra ‘Delegação de Competência’ segundo o qual ‘a delegação de competência para prática de atos administrativos de qualquer natureza exclui, da autoridade delegante, a autoria da prática de tais atos’.

121. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Lafayette Pondé, em sua obra ‘Da Delegação Administrativa’ aduz que na relação entre um e outro, o ato do delegado é da responsabilidade pessoal deste, e não do delegante, salvo na delegação de assinatura’.

122. Em fim, pode-se extrair da decisão contraditória contida no Acórdão, contrária às normas que regulam obras delegadas, uma vez que a simples exclusão dos responsáveis pela obra delegada, não é usual entendimento dessa Corte de Contas. Pode-se extrair que via de regra a responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu o erro ou ilegalidade na execução da obra, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática. Somente em casos excepcionais, a autoridade delegante poderá vir a ser responsabilizada por atos irregulares praticados pelo agente delegado, nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa in eligendo, culpa in vigilando, fatos estes inexistentes nos autos.

123. Compulsando os autos, e por tudo que nele consta, evidencia-se que dos agentes delegantes, não restou configurada nenhuma das hipóteses em que é possível responsabilizá-los. In casu, os agentes delegados, deixaram indícios de suas responsabilidades, quanto ao hipotético sobrepreço, se houver. No entanto, suas responsabilidades pela alteração do projeto básico e Termos Aditivos com reflexo financeiros, estão patentes, e, arrepio do que havia sido deliberado (1996) pelo Colegiado do DNER (sem a participação do embargante). Os próprios documentos por eles (agentes delegados) emitidos e assinados, acostados aos autos falam por si mesmos e comprovam a assertiva. Repise-se que a conduta do Embargante se pautou no princípio da veracidade dos atos administrativos.

124. Para o caso presente, o órgão delegado, manejou toda a execução da obra, desde o projeto básico, Licitação, homologação e adjudicação à empresa vencedora do certame (EGESA), pagamentos, medições, Aditivos (reflexos financeiros) recebimento da obra e fiscalização, portanto, eventual desvio do objeto e/ou irregularidades cometidas no decorrer da execução, como no caso presente, inquina a responsabilizar os gestores delegados, vez que detinha poderes expressos a executar o contrato n° 200/96, conforme espelha o Convênio n° 061/95 acostado aos autos.

125. Daí, porque, o nexos de causalidade e efeito quanto ao dano, recai (sobre aqueles que deram causa, devendo suas condutas avaliadas caso a caso para que não se cometa excessos ou omissões quanto às responsabilizações de cada um. À época, Secretário de Obra e Infraestrutura e Dertins, do Estado do Tocantins, nas pessoas dos engenheiros, José Francisco dos Santos e José Edmar Brito Miranda e outros. Portanto, a OMISSÃO quanto a este fato, bem como a obscuridade havida, quando da exclusão do polo passivo desta TCE, dos agentes do órgão delegado, dos Senhores

José Francisco dos Santos e outros, contrariam as provas existentes nestes autos, em face dos mesmos.

126. A respeito, a responsabilização dos gestores estaduais executores deste Convênio 061/95, eis o que expresso se encontra na Clausula primeira: '§1º - Na execução dos trabalhos objeto do presente Convênio, o DELEGADO adotará e observará os Projetos Básicos e/ou Executivos, de Engenharia elaborados e aprovados pelo DNER, não podendo modificá-los sem prévia e expressa aprovação do DNER. No entanto, o projeto foi alterado e aditivado pelos gestores estaduais (delegado)

127. Deste modo, data vênia, o EMBARGANTE, não pode aquiescer passivamente com a contradição existente no Acórdão, que excluiu do polo passivo desta TCE o Sr. José Francisco dos Santos (ex-secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins), por entender que a responsabilidade pelo superfaturamento foi do Conselho de Administração do DNER, que à época havia aprovado preços do contrato em tela.

128. Em outro porque, claramente consta-se dos autos, que os responsáveis estaduais acima, alteraram o projeto básico e participaram dos aditivos (com reflexos financeiros) em anexo, posteriores sua aprovação pelo Conselho, (em 1996), daí em diante, não mais existe nenhum nexo de causalidade para com o embargante, na referida obra, em virtude de sua exoneração ter ocorrido em 1997. É desproporcional e desarrazoado a r. Decisão.

129. Para deixar bem claro a contradição do Acórdão, vez que comajá dito, contraria as provas dos autos, demonstra logo abaixo, em síntese todo o nexo de causalidade entre o Sr. José Francisco dos Santos e a execução do objeto sob exame, se não veíamos, o que foi dito por ele e que o Acórdão ficou omissis.

a) ofício/Seto/Gasec/nº 1.316/96 — de 30/8/1996, onde o Sr Engenheiro José Francisco dos Santos, Secretário de Estado dos Transportes e Obras, à época encaminha ao Sr. Chefe do Distrito Rodoviário Federal do DNER, cópia da documentação da Concorrência nº 178/96, referente à execução dos serviços de terraplanagem, pavimentação asfáltica e obras especiais da rodovia BR-230, objeto do convênio PG- 061/95-00 de 10/6/1995 (convênio avençado de obra delegada), quais sejam:

b) Ata da abertura das propostas da Concorrência nº 178/96; homologação da referida concorrência; Contrato nº200/96 e planilhas orçamentária da proposta vencedora.

c) documentos enviados ao gestor delegante, não era para aprovar e sim para tomar conhecimento, das providências que já haviam tomadas, aprovação, homologação, adjudicação à empresa Egesa, pelo órgão delegado. (todos os documentos relacionados seguem e anexo)

130. Constata-se nos autos, que toda a documentação existente é de lavra do Sr. José Francisco dos Santos, que teve participação decisiva em todo o processo, no entendimento da Unidade Técnica/TO, desde o gênese desta TCE (Acórdão 2127/2006 — Plenário).

131. O que deixa perplexo o Embargante, é que desde os idos de 1996, os gestores estaduais se defenderem exaustivamente, com incursões nos autos até mesmo intempestivamente com peças avulsas tidas como complementação de defesa e/ou esclarecimentos adicionais, numa preocupação de que os preços praticados estavam de acordo.

132. E, agora, de maneira surpreendente e inusitada sem anexar nenhuma prova em sua defesa, que pudesse ensejar sua exclusão, o Acórdão combatido, traz uma de suas mais evidentes contradições, quando substitui o Sr. José Francisco dos Santos e outros no polo passivo pelo EMBARGANTE, sem nenhuma plausibilidade convincente, já que carece de fundamentação, e de forma lacônica e genérica, julgaram irregulares as contas do recorrente, por ter sido ele o responsável pelo superfaturamento na condição de membro do Conselho, sem sequer ser ouvido, contrariando todas as decisões desta Corte.

133. Em outra situação de mérito, veja que o v. Acórdão ficou omissis, quando deixou de apreciar a responsabilização atribuída ao Diretor de Engenharia do DNER à época, Sr. Rogério

Gonzalez Alves, que encaminhou o Relato nº 303 de 28/8/2000 em anexo, ao Sr. Diretor Geral para aprovação do Termo Aditivo com reflexo financeiro reportando em síntese o seguinte:

‘Trata-se o presente do 2º Termo Aditivo, com reflexo financeiro, ao contrato nº 200/96. Firmado entre a firma EGESA ENGENHARIA S/A e SETO — Secretaria dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins para as obras na rodovia 230/TO...’ O referido procedimento está acobertado pelo Convênio PG-061/95... ‘O objetivo do Termo em comento é aditar ao valor atual do contrato 200/96, a preços iniciais de R\$ 20.540.139,09, o valor de R\$ 3.070.691,81, passando o mesmo a valer R\$ 23.610.830,90, representando uma diferença de 14,95%, conforme planilha de quantidades e preços unitários postados às fls. 102 a 107. Nota-se que em momento algum não participa o embargante, seja ele na condição de Diretor de Engenharia ou de membro do Conselho de Administração, já que não aprovou naquela ocasião (1996) Termos Aditivos’. No entanto, se o Colegiado aprovou ou não posterior sua exoneração, que se deu em 1997, não cabe fazer juízo de valor, já que não mais exercia o cargo.’

134. *Importante registrar que o encaminhamento feito, ao Sr. Chefe do 12º DRF/DNER, dos termos aditivos pelos Secretários de Infra Estrutura do Tocantins, assinados alternativamente pelo Sr. José Edmar Brito Miranda e José Francisco dos Santos (documento em anexo), com a seguinte redação: c(..) Estamos encaminhando a V.S, para conhecimento e providências, o 2º Termo Aditivo, com reflexo financeiro, relativo ao Contrato 200/96, cujo objetivo é a terraplenagem, pavimentação asfáltica e obras de artes especiais na Rodovia BR-230’. (em 28/12/1999). Diante disso, o EMBARGANTE não teve participação nos aditivos, por ter sido exonerado a pedido em 1997.*

135. *Em outro porque, constata-se que houve alteração do projeto, anteriormente analisado em Sessão da Ata nº 36, de 25/09/1996, onde havia participado como membro o Embargante, no entanto, em 5/1/2000, foi alterado com a confecção de aditivos, não se sabe se foi ou não aprovados pelo Conselho, já que o embargante, dele, não fazia parte.*

136. *Ainda a respeito, nota-se que o Sr. José Francisco dos Santos, fez arrazoada, tido por ele como sendo novos esclarecimentos e dirigido ao Ministro Relator em 2/2/1999, onde faz explanação de que não houve irregularidades alguma no contrato, e ainda deixa consignada uma crítica a equipe de auditoria da Secex/TO, vazado em síntese nestes termos:*

‘(..) Permite-se aqui, sem querer fazer qualquer tipo de crítica, dizer que analisar a documentação, proposta de preço, medições de serviços, custos unitários de serviços, sem ter, acompanhamento de perto das obras não remete a uma avaliação justa. Relatórios, faturas, números,,seio frios, não espelham com clareza a realidade dos fatos. Acredita o defendente que o DNER ao aprovar os custos para a pavimentação do trecho rodoviário em questão, o fez de posse de todo o conhecimento que dispunha para obras rodoviária na região do País. ‘... O suposto superfaturamento tido conto ocorrido nos preços dos serviços relativos ao Contrato nº200/96, indubitavelmente não existe, tanto que a própria Unidade Regional do TCU, no Estado do Tocantins, ao proceder a instrução de mérito das contas, não quantificou débito relativo a esse ponto...’

137. *Comprovam os autos, de que a participação do Sr. José Francisco dos Santos e do Sr. José Edmar Brito Miranda nas alterações do projeto é robusta, já que os mesmo induziram em erros os gestores do DNER, desta feita, sem a participação do Embargante, já que foi exonerado em 1997, e os aditivos se deram a partir do ano de 2000, sob a responsabilidade do Diretor de Engenharia da época, Sr. Rogério Gonzalez Alves, que encaminhou o Relato nº 303 de 28/8/2000 (documento em anexo). Daí a contradição é cristalina, quando atribui o superfaturamento encontrado à época ao embargante, enquanto que não mais se encontrava no órgão, desde 1997, não tendo nenhum documento e/ou relato de sua lavra.*

138. *Constata-se ainda, que no Edital de Concorrência Publica nº 178/96 — DSV, de responsabilidade da Secretaria dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, consta no item IV — ALTERAÇÃO DO PROJETO, nos subitens 4.1. Nenhuma alteração ou modificação de forma,*

qualidade ou quantitativa dos serviços, poderá ser feita pela contratada, sem a expressa anuência da SETO. 4.2. Qualquer alteração, modificação, acréscimo ou reduções que impliquem em alteração do projeto da obra deverão ser autorizados sempre por escrito pelo SETO através da DSV. Veja que a responsabilidade pela modificação do projeto posterior sua aprovação pelo Conselho se deu pelos Gestores Delegados, e em consequência, eventual superfaturamento encontrado, não pode ser alcançado ao embargante.

139. Portanto, ao tomar a decisão de encaminhar o projeto básico para o DNER e ao Conselho, o então Secretário de Obras do Tocantins, assumiu a responsabilidade pelas informações lá existentes, lastreados em documentos contendo com certeza sua assinatura. Pensar de forma diversa seria dar vazão à ideia de atribuir ao Conselho, no caso ao EMBARGANTE o imenso, dispendioso e contraproducente retrabalho de checar, inclusive in loco, os dados fornecidos, diga-se, de pessoas competentes ao SETO, já que são engenheiros e ocupavam cargos de relevância no Estado.

XIII — DO LAPSO TEMPORAL - CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO VERGASTADO.

140. A contradição, deste v. Acórdão contraria decisões desta Corte de Contas quando deixou de dar o mesmo tratamento e entendimentos já sedimentados na jurisprudência do TCU, mais precisamente, em casos idênticos, os contidos nos Acórdãos 1.929-TCU — Plenário e 2894/2015 — TCU - Plenário, que modificou o item 9.1 do Acórdão n° 2.662/2014 — TCU — Plenário, com a seguinte ementa:

‘9.1. conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los e, em cose quencia, considerar prejudicada a responsabilização de Wolnev Wagner de Siqueira nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado pelo item 9.1 do Acórdão 2.662/2014 — Plenário (...).’

141. Ocorre, que diante da omissão contido no Acórdão ora vergastado, não atentou as inúmeras decisões da mesma matéria, e, ficando silente quanto ao lapso temporal ocorrido mais de 14 anos, muito embora o Eminent Ministro Relator (André Luis de Carvalho) já havia deixado assente em seu Voto: ‘(item 21). De qualquer sorte, observo que as peças destes autos parecem apresentar inegáveis obstáculos para o prosseguimento do feito. E com isso ocorre não só porque a citação dos gestores estaduais delegatários ocorreu de modo equivocado e depois de passados mais de 10 anos da data do fato (contrato de 1996 com citação em 2007), mas também porque a citação dos gestores delegantes do DNER, que efetivamente aprovaram a planilha de custos, só veio a ocorrer agora, em 2011, ou seja, depois de passados mais de 14 anos da data do fato. (item 21). Logo observa-se que, diante desse longo interregno de tempo e do inegável prejuízo por ele provocado ao exercício da ampla defesa por parle de lodos os responsáveis, a aplicação do art. 5º, § 4º, da IN TCU n°56/2007 c/c o art. 169, II, do TITCU poder-se-ia apresentar como medida processualmente mais acertada, para este ponto em específico, de modo que o TCU poderia considerar prejudicado o exame da presente questão processual nestes autos.’

142. Neste compasso, o v. Acórdão permaneceu omissis e contraditório, quanto ao lapso temporal existente por mais de 14 anos, e condenou o Embargante, nos moldes abaixo:

‘9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentada pelos seguintes membros do Conselho Administrativo do DNER: (...) Wolnev Wagner de Siqueira (diretor de engenharia rodoviária) em face do superfaturamento apurado no Contrato n° 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado do Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A. 9.3. julgar irregulares (...) as contas dos (...) Senhor Wolnev Wagner de Siqueira, para condená-los, solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de moras, desde as datas indicadas até a data da efetiva quitação dos débitos, fixando-lhes o prazo de 15 dias para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento das referidas quantias aos cofres do DNIT.’

143. Assim demonstrado, evidencia a contradição no v. Acórdão, por se tratar de matéria da mesma espécie, nos Acórdãos antecedentes que acolheram a tese de que fora prejudicado o contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de 16 anos entre os fatos e sua notificação, tornando insubsistente o débito solidário que lhe foi imputado pelo item 9.1 do Acórdão 2.662/2014, excluindo a responsabilidade.

144. Logo, a situação vivenciada pelo Embargante que foi acolhida por este E. Tribunal que o excluiu a sua responsabilidade no processo TC-041.555/2012-0, no entanto, apesar da situação ser idêntica a do Embargante, este para sua surpresa, teve suas contas julgadas irregulares e responsabilizado pelo débito em solidariedade com a empresa neste v. Acórdão, dar, estampada a contradição, por contrariar decisum desta Corte de Contas.

145. Assim sendo, a CONTRADIÇÃO de se acolher uma situação fática vivenciada pelo recorrente em outro TC já mencionado em idêntica situação, e conseqüentemente ter sido excluído a sua responsabilidade e, todavia, neste Acórdão vergastado, o Embargante, com a mesma tese, não é levado a cabo, não tendo sido excluído sua responsabilidade, causa profunda estranheza a este último pelos fundamentos que serão expostos no decorrer desta peça recursal.

146. Oportuno destacar, que o embargante, nos autos do TC 041.555/2012-0, defendeu que houve o transcurso de 16 anos entre o fato gerador e a sua citação. Pois bem, no presente caso, entre o suposto evento danoso (1996) e a sua notificação/citação ocorrido em 13/8/2010, passaram-se mais de 14 (quatorze) anos. Ora, será que um lapso temporal de 14 anos não perfaz uma situação idêntica ao do Embargante ocorrido em outro TC? A resposta, obviamente, é sim.

147. No Acórdão nº 1.929/2015 — TCU — Plenário, o Exmo. Ministro Relator, em seu voto, fundamentou a exclusão do polo passivo do EMBARGANTE, naquele TC, onde deixou assente:

‘Não obstante, reconheço que, de fato, houve omissão no Acórdão 2.662/2014 — Plenário, ora questionado, no momento em que não se observou que o embargante não foi ouvido em audiência naquela ocasião. Portanto, o ex-Diretor de Engenharia do DNER permaneceu sem receber qualquer notificação sobre as irregularidades que ensejaram o débito desde a ocorrência dos fatos, em 16/12/1996, até sua citação, encaminhado em 7/3/2013 (peça 22). Com efeito, o decurso de mais de 16 anos é longo o bastante para prejudicar o pleno estabelecimento do contraditório, de forma que deve ser retirada a sua responsabilização pelo débito apurado.’

148. Portanto, insta salientar, que a situação que excluiu a responsabilidade do Embargante em outro TC, é IDENTICA AO FEITO SOB EXAME, uma vez que transcorreram mais de 14 (quatorze) anos entre o suposto fato (1996) e sua citação que se deu em 13/8/2010 e o — Embargante nunca participou de nenhuma audiência, tampouco, recebeu qualquer notificação sobre as irregularidades neste espaço de tempo que poderiam ter ensejado o débito.

149. Neste compasso, o v. Acórdão fustigado se perfaz completamente contraditório, quando não acolhe decisão desta Corte pela exclusão da responsabilidade do responsável em outro TC em situação idêntica, e julga irregulares as contas do Embargante, que viveu igual situação de fato que maculou o seu contraditório em face do lapso temporal de mais 16 anos entre o fato gerador e a citação do Embargante, nestes autos, ocorrido, frise-se, em 13/8/2010, sem ter participado neste interregno de tempo de qualquer oitiva quanto ao fato que lhe fora imputado.

XIV - DA AMBIGUIDADE — tratamento diferenciado em situação idêntica.

150. Compulsando os autos, detidamente, constata-se não existir nenhum documento que possa servir como suporte/parâmetro a responsabilizar o embargante em solidariedade com a empresa mencionada, em virtude da ausência do nexos causal entre as irregularidades ora tratadas e a Secretaria dos Transportes e Obras — SETO/Detins e o Distrito do então DNER, bem com a empresa citada.

151. *Em outro viés, bom que se repita, o simples fato de ser ato de ofício do Embargante, na elaboração de Relato encaminhando para apreciação superior, como no caso presente, jamais enseja motivos de condenação, portanto, além da contradição, ainda contrariou decisão do Plenário desta Corte de Contas, quando entendeu por não responsabilizar nestas mesmas condições, como abaixo demonstra:*

‘(...) Ministro Relator Wahon Alencar Rodrigues em seu Voto -: à responsabilização do Diretor de Engenharia do DNER [...] não existe nexo de causalidade suficientemente robusto entre as suas condutas e o resultado lesivo apurado por ausência de nexo de causalidade expressiva’ (TC 012.121/2007-6) [...] ‘As justificativas do Sr. Ubirajara Alves Abbud, EX-DIRETOR de Engenharia do então DNER, podem ser acatadas, uma vez que agindo em cumprimento às suas atribuições normativas; apenas elaborou o Relato n° 54, onde descreve todo o histórico do processo e o submeteu à aprovação do Comitê de Gestão Interna do extinto DNER. Assim sendo, sua responsabilização nos presentes autos deverá ser retirada - (Acórdão 3095/2014 —TCU- Plenário).’

152. *No caso presente, sob exame, após descrever todo o histórico do processo, conforme consta do Relato n° 376/96 em anexo, o embargante, de igual modo, acima, deixou assim consignado de forma padrão: ‘(...) Após o Relatório de julgamento, homologou-se os atos resultantes da licitação n° 178/96-DSU, adjudicando-se a execução dos serviços à empresa Egesa S/A pelo valor de R\$ 20.540.139,09. Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os práticos pelo DNER. Assim sendo, submetemos o assunto para conhecimento do Conselho Administrativo do DNER’.*

153. *Assim sendo, não existe no referido expediente (Relato) como entendeu equivocadamente a unidade técnica/TO de que havia aprovado os preços contidos na licitação deflagrada pela Secretaria dos Transportes de Obras - SETO. Portanto, veja que a situação é idêntica o contido no Acórdão 3095/2014-TCU-Plenário, o que se aplica perfeitamente ao Embargante e com isso sua responsabilização nos presentes autos deverá ser retirada.*

154. *A respeito, em situação idêntica a do Embargante (Ex-diretor de Engenharia), o Exmo. Ministro Raimundo Carrero relator do TC 003.911/1999-3, deixou consignado em seu Voto:*

‘[...] os documentos encaminhados no memorial acostado aos autos dão conta de que sua função em relação às irregularidades alvitadas nestes autos restringiu-se, tão somente, a encaminhar a planilha comparativa à consideração superior, não atuando de forma opinativa ou autorizativa. Isto posto ainda que a falha houvesse ocorrido entendo que o responsável não concorreu para a consecução, visto que apenas deu encaminhamento ao procedimento no órgão’ (Acórdão 3252/2010-TCU - Plenário).’

155. *É de bom alvitre, frisar, a maneira formal administrativa do então DNER, que após a tramitação e aprovação do Conselho Administrativo, este era encaminhado ao Diretor-Geral a quem detinha o poder de aprovar ou não a contratação da empresa (processo administrativo/DNER n° 511.00.007.708/96-74). Portanto, forçoso é trazer o embargante para o polo passivo desta TCE, sem o menor condão de legalidade, aliado a contrariedade de Acórdãos deste TCU, mencionados alhures.*

156. *Merece ainda registrar que os Termos Aditivos com reflexos financeiros e medições, foram assinados pelos Senhores José Edmar de Brito Miranda (Secretário da Infraestrutura); pelo Chefe do 12° DRF/DNER; Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER, Sr. Rogério Gonzalez Alves que assinou o Relato n° 303/2000 que encaminhou os Aditivos e o Diretor de Engenharia, Sr. Alfredo Soubihe Neto, que encaminhou o Relato n° 213/97 de 19/5/97’, em anexo - sucessor no cargo de Diretor de Engenharia ocupado pelo embargante até 11/4/97).*

XV - DO EFEITO INFRINGENTE ATRIBUIDO AOS PRESENTES EMBARGOS:

157. Essa E. Corte de Contas atribui o efeito infringente aos Embargos de Declaração, conforme o disposto na página 18 do 'Manual de Recursos' deste mesmo Tribunal, se o vício alegado leve a reformar ou anular a decisão recorrida.

158. Em situação idêntica (Acórdão 1.925/2015-TCU- Plenário, de 5/8/2015), esta Corte de Contas, acolheu embargos, conferindo-lhes efeitos infringentes, de modo a alterar os termos condenatórios contido no item 9.1 do Acórdão 2.662/2014-Plenário.

159. Em sendo assim, suprido o vício perpetrado, a decisão será atingida pelos efeitos infringentes/modificativos dos presentes Embargos de Declaração, que não mais atribuirá a responsabilizar pelo débito, o Embargante, bem como o excluirá de qualquer do polo passivo desta TCE.

160. É que após a execução do objeto, como no caso presente, não pode ser questionado a qualquer momento (20, 30 ou 50 anos após, por exemplo) em uma tomada de contas especial, já que o tempo encarrega de dificultar em reunir a documentação necessária junto aos órgãos estaduais e federais.

161. Em outra banda, frise-se a insegurança jurídica está por demais evidentes, vez que o Embargante, por quase duas décadas, imaginava-se que suas contas se encontram na mais absoluta normalidade (aprovadas), já que o princípio da segurança jurídica lhe assegura esta tranquilidade.

162. Por seu turno, numa decisão, porém, colhida no repertório de jurisprudência desta Corte, muito nos chamou atenção. Trata-se de processo instaurado contra ex-bolsista do CNPq que buscava o ressarcimento ao erário em virtude de supostas irregularidades, depois de mais de dez anos do encerramento dos repasses, quando foi constituída tomada de contas especial com vistas ao ressarcimento dos valores repassados.

163. Muito embora esse caso seja posterior ao aludido incidente de uniformização de jurisprudência que, como vimos, assentou a tese da imprescritibilidade da pretensão reparatória no âmbito da Corte de Contas, no entanto, reconheceu-se que: 'O transcurso de longo período de tempo compromete a efetiva prática das garantias constitucionais mencionadas [contraditório e ampla defesa/, pois influi negativamente na qualidade da defesa, na validade do processo, na segurança jurídica F.] neste caso concreto, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica devem prevalecer sobre o princípio da imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário (TCU Acórdão n°5001/2010 — 2ª Câmara).'

164. Este aresto traz á baila uma conclusão inafastável: adotar a corrente de imprescritibilidade, em diversas ocasiões, implicaria mitigar direitos fundamentais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, como no presente caso.

165. Um parâmetro razoável para definir o alcance dessa ressalva constitucional consiste em aferir a intenção (dolo) do agente que praticou o ato ilícito. Nessa esteira, é aceitável que a interpretação do art. 37, § 50, da Carta Política/88 seja feita em prol da moralidade e do interesse público, de forma que se adote a imprescritibilidade com relação às ações de ressarcimento ao erário decorrente de atos de improbidade e de outros ilícitos praticados com má-fé, bem como a ausência de decadência de constituir esses direitos em obediência à sistematicidade jurídica.

166. Em caso idêntico, esta Corte de Contas, acatando encaminhamento da unidade técnica de São Paulo, em TCE com mais dez anos, deixou consignado na instrução o seguinte: '(...) Por fim, decorridos 15 anos dos processos licitatórios, mais de 10 anos do término das obras e 8 anos do relatório inicial da Secob que inaugurou este processo, restam improváveis, improfícuas e inconclusivas tentativas adicionais de aprofundar a análise para verificar o quanto as interveniências construtivas justificaram as variações de custos apontadas e se as medições e valores finais, ante as especificidades e complexidades executivas, retrataram fielmente os custos e preços de mercado à época. A ânsia de aprofundar o assunto poderia eternizar o feito, demandando perícias técnicas e vultosos estudos de engenharia que possivelmente não lograriam êxito em trazer dados seguros (...).'

(Acórdão nº 1276/2010 — TCU — Plenário). Portanto, por se tratar de processo semelhante, sua aplicação ao presente caso é medida que se impõe.

167. Esta Corte de Contas tem decidido em inúmeras tomada de contas especial, quando se constata o grande lapso temporal -, considera-se mais de dez (10) anos decorridos, deste o fato gerador até a instauração da ICE, como contas iliquidáveis, sujeito ao arquivamento do processo, em razão de evidenciar o cerceamento da defesa. Em razão disso, não ser possível demonstrar através de documentos hábeis a desconstituir uma eventual tomada de contas especial, durante esse lapso temporal.

168. Exemplo concreto desta situação é o caso presente, em que, admitindo-se a hipótese de não ser respeitada uma marca temporal para que o defendente comprove sua ilegitimidade passiva nestes autos, essa responsabilidade irá perpetuar no tempo, inclusive com o nome de seus sucessores. Coisa inadmissível de ser concebida.

169. Constata-se que a instauração de uma Tomada de Contas Especial decorrido por quase duas décadas depois dos fatos tidos como danosos, como aqui ocorre, representa quase a decretação antecipada de culpa do embargante, pois fica severamente enfraquecida a sua capacidade de produzir uma 'contestação documentada e eficaz', e com isso, levando ao cerceamento de defesa.

170. A respeito, o EMBARGANTE não está questionando a aplicação da prescrição, por ser imprescritível (decisão ainda não pacificada até mesmo pelo STF), todavia, data vênia, não se pode permanecer um processo em situação ad aeternum, em instaurar procedimentos administrativos na apuração de responsável por dano ao Erário. Por isso, o TCU vem adotando sistematicamente o arquivamento de TCEs instauradas após 10 anos, com arrimo no art. 20 da Lei 8.443/82, como sendo contas iliquidáveis.

171. O que sustenta o Embargante é aplicação do princípio da razoabilidade. Não é crível, e chega a ser desproporcional responder em solidariedade com outros responsáveis gestores da verba pública e empresa, enquanto que sua participação no convênio se deu de forma regular no estrito cumprimento funcional, aliado a mais completa boa-fé e de forma lícita.

172. A jurisprudência deste Tribunal tem sido no sentido de considerar tais contas iliquidáveis (Acórdãos 2961/2005-TCU-10Câmara, 839/2007-TCU-20 Câmara, 1694/2007-TCU-r Câmara). ordenando o seu trancamento e o consequente arquivamento dos autos, quando o exercício da ampla defesa fica comprometido, em razão do longo decurso de prazo entre a prática do ato e a instauração da respectiva Tomada de Contas Especial. conforme EMENTA abaixo:

'TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVENIO. COMPROMETIMENTO DA AMPLA DEFESA EM FACE DO DECURSO DE PRAZO ATÉ A PRIMEIRA NOTIFICAÇÃO (SUPERIOR A DEZ ANOS). ARQUIVAMENTO. CIENCIA AO ÓRGÃO INSTAURADOR E AO RESPONSÁVEL. Sem prejuízo de apuração da responsabilidade daquele (s) que tiver (em) dado causa ao atraso. Determina-se o arquivamento do processo de tomada (Acórdão 5105/2010-Primeira Câmara).'

173. Assim sendo, o TCU tem considerado, em casos semelhantes, que o longo interregno desde o fato gerador da tomada de contas especial e a notificação do Responsável configura a ausência de um dos pressupostos básicos do regular desenvolvimento do Processo.

174. Além disso, vale registrar que este Tribunal, por meio do Acórdão nº 2.647/2007-Plenário, de 05/12/2007, em vista de tais dispositivos, autorizou o arquivamento dos Processos de Tomada de Contas Especial que estivessem nesta situação, dando-se ciência ao Órgão instaurador e ao Responsável.

175. Este tem sido o posicionamento firme do TCU, no que se refere a processos de ICE ou prestação de contas tramitando sem ouvir o responsável pelo prazo decorrido no lapso temporal de 10 anos (AC-2798-17/09-2), arts. 169, inciso II, e 212 do Regimento Interno do TCU, e nos arts. 50, §4º e 10 da IN-TCU Nº 56/2007 (Ata 04/2009 — Segunda Câmara, de 17/02/2009. DOU de 20/02/2009).

XVI- DA OBSCURIDADE E DA CONTRADIÇÃO NO SUPOSTO DÉBITO.

176. Pois bem Excelência, diante do panorama acima, constata-se, cabalmente a existência de contradição no Acórdão ora embargado, quanto à apuração dos supostos débitos imputado ao Embargante, explica-se: A contradição ora apontada é agravada pela obscuridade nas apurações feitas pelo Auditor Federal que não conseguiu demonstrar o nexo de causalidade na conduta do Embargante, quanto aos efeitos e causas dos supostos débitos apurado.

177. Nesse ponto, a obscuridade e a contradição andaram juntas, são siameses no v. Acórdão, para isso, é de fácil compreensão, uma vez que em hipótese alguma estão configurados atos omissivos e/ou comissivos que permitiram a ocorrência de danos ao erário em favorecimento da empresa executora da obra, sob a responsabilidade do Embargante, ainda mais, não houve a sua participação na alteração do projeto e nem tampouco nos aditivos com reflexos financeiros (em 1999), o que inviabiliza por completo a imputação do superfaturamento à sua pessoa, já que sua exoneração se dera em 1997.

XVII- A CONTRADIÇÃO E A OMISSÃO NO ACÓRDÃO SÃO EVIDENTES.

178. Pode-se observar no v. Acórdão, ora fustigado, tamanha obscuridade/contradição, vez que além de julgar as contas irregulares, fixou prazos para o recolhimento de débitos em cujas datas não mais o embargante exercia suas funções de Diretor de Engenharia., ou seja, sua exoneração se deu em 11/4/97 (cópia do DOU em anexo), destarte, não podendo responder por supostas irregularidades ocorridas nas gestões dos Senhores, Eng^o Alfredo Soubihe Neto e Rogério Gonzalez Alves em datas, respectivamente de 19/5/97 e 28/8/2000, conforme documentos em anexo.

179. Para robustecer a contradição existente no item 9.2, em que ficou assente de que o embargante, membro do Conselho Administrativo do DNER, havia aprovado preços do projeto e com isso levou ao superfaturamento apurado no Contrato n^o 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins e a Empresa Egesa Engenharia S/A, bem como em débito das importâncias contidas no item 9.3. Daí extrai-se que membro do Colegiado não aprova preços do projeto.

180. Imperioso registrar que o superfaturamento se deu no decorrer da execução da obra e não quando da aprovação de preços/orçamentário, daí o que se poderia encontrar seria sobrepreço além dos praticados no mercado e/ou encontrados pelo DNER, quando da elaboração de planilhas, e serviços executados excedentes (item 9.6.2 do Acórdão) e em medições. Em todos estes fatos, o embargante não participou, vez que já havia sido exonerado a pedido em abril de 1997.

181. Em razão disso, sempre se posicionou a Unidade Técnica/TO, como sendo os verdadeiros responsáveis pelos sobrepreços/superfaturamento ocorrido nos aditivos ao longo da obra, foram os gestores delegados.

182. Veja Excelência de que os fatos acima demonstrados, por si só provam a flagrante contradição do acórdão, em manter no polo passivo desta ICE o EMBARGANTE.

183. Diante do exposto torna-se evidente a contradição do Acórdão n^o 2511/2015-TCU - Plenário, por ainda conter clara anfibologia.

184. Contradiz o Acórdão em tela, por conter vícios insanáveis e incertezas, passivo de sua insubsistência. DAI, A OMISSÃO E A CONTRADIÇÃO ESTÃO ROBUSTAMENTE PRESENTES NO V. ACÓRDÃO EMBARGADO, qual seja: - pela não aplicação da insubsistência do débito ao EMBARGANTE, pelo lapso temporal. por mais de 14 anos. inviabilizando por completo à defesa e o sagrado princípio do contraditório, conforme admitido nos Acórdãos do Plenário desta Corte (levantados em preliminares).

185. Portanto insta salientar, que a situação em que esta Corte de Contas julga prejudicada à defesa do responsável. É IDENTICA AO DO EMBARGANTE, unia vez que acatou o grande lapso temporal entre o suposto fato (1997) até sua notificação, que se deu em 2013 (Acórdão 1929/2015-TC-Plenário).

186. Neste diapasão, o Acórdão n° 2511/2015-TCU-Plenário, vergastado, se perfaz completamente contraditório quando deixa de acolher decisões sedimentadas, deste mesmo Plenário, já que o EMBARGANTE, que viveu igual situação de fato que maculou o seu contraditório em face do lapso temporal de mais de 14 (quatorze) anos entre o fato gerador ocorrido em 1996 e a citação válida que se deu em 13/8/2010, sem ter o mesmo participado durante esse interregno de tempo de qualquer oitiva quanto ao fato que lhe foram imputados.

XVIII— DO EFEITO MODIFICATIVO.

187. Esta E. Corte de Contas tem atribuído o efeito infringente aos Embargos de Declaração, conforme o disposto no 'Manual de Recursos' deste mesmo Tribunal, se o vício alegado elve a reformar ou anular a decisão recorrida (pág. 18 do Manual dos Recursos). Em outro porque, demonstrando no Acórdão embargado qualquer dos pressupostos que há (omissão, obscuridade, contradição/ambiguidade) dar-se-á o efeito modificativo com efeito sobre o mérito (Acórdãos 498/2007-TCU- Plenário; 1929/2015 — TCU — Plenário e 2894/2015 — TCU - Plenário), dentre outros.

188. A omissão ainda perpetuou, no Acórdão embargado, em razão da ausência de mencionar que citados Relatos (alteração do projeto e aditivos) encaminhados ao Conselho de Administração, foi de responsabilidade do Diretor de Engenharia da época, Sr. Rogério Gonzáles Alves, conforme demonstra em anexo e não do Embargante.

189. Urna vez sanada as omissões e espancadas as contradições apontadas, como já demonstradas exaustivamente acima, certamente ocasionará o efeito infringente do julgado, pelo que desde já se requer. Assim é a jurisprudência do STF, leia-se:

'EMBARGOS DECLARATORIOS — ADMISSIBILIDADE E EFEITOS — Os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de permissão equivocada de que haja partido a decisão embargado, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento. (STF — ED-RE 207.923-5 — 1ª T - Rel. Sepúlveda Pertence — DJU. 31.10.1997). (Grifo nosso).'

XIX - DOS PEDIDOS:

Ex positis, REQUER:

a) Seja desobstruído o R. Acórdão vergastado, nesses aspectos, aclaradas as omissões e espancadas as contradições e obscuridade apontadas, aguarda o Embargante sejam conhecido os presentes Embargos de Declaração, com efeito modificativo, ao final dando-se-lhes o provimento, a fim de reformar o Acórdão 2511/2015 — TCU — Plenário e sendo assim, suprir os vícios alegados e conseqüentemente excluir da condenação ao débito solidário indicado nos itens 9.2 e 9.3, com julgamento de suas contas regulares, com lidero nos arts. 16.. inciso 1.17 e 23, inciso 1, da Lei 8.443/92 c/c os uns. 207 e 214, inciso do Regimento Interno do TCU

b) alternativamente e prejudicial em entendimento contrária ao pedido acima, quanto ao efeito infringente, seja tornado insubsistente o v. ACÓRDÃO N°2511/2015-TCU-Plenário por contrariar Acórdãos desta Egrégia Corte de Contas (em face do embargante), em idênticas situações, conforme mencionado em linhas volvidas deste recurso, devendo dar o mesmo tratamento contido nos Acórdãos anteriores já citados.”

É o Relatório.