

Processo TC nº 034.400/2013-3  
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Cuidam os autos de tomada de contas especial decorrente de conversão do processo de fiscalização TC nº 008.477/2008-0, por deliberação contida no item 9.1 do Acórdão nº 3667/2013-Plenário, em razão de indício de superfaturamento na execução do Contrato AQ-96/2003-00, firmado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave, para prestação de serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do Porto de Rio Grande/RS.

2. O contrato foi celebrado em 10/09/2003, prevendo o valor global de R\$ 6.857.820,38, com data base em abril/2002 (TC nº 008.477/2008-0, peça 12, p. 45-49, e peça 13, p. 1-8). De acordo com informação prestada pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), foram efetuadas medições até março/2011 (TC nº 008.477/2008-0, peça 28), acumulando um total pago de R\$ 9.073.289,43.

3. Discute-se nos autos o indício de superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado. Segundo apurado no processo de fiscalização apenso, o contrato comportava custos de mão de obra significativamente superiores aos referenciais e diferença a maior na alíquota do Imposto sobre Serviços (ISS) em relação à efetivamente cobrada pelo Município. No acórdão que determinou a conversão em TCE, apontou-se prejuízo de R\$ 1.486.619,63.

4. A responsabilidade pelo dano foi atribuída solidariamente ao consórcio contratado, formado pelas empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A., que apresentaram proposta com sobrepreço e se tornaram beneficiárias das medições superfaturadas, e ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, então Coordenador da Diretoria de Infraestrutura Aquaviária do Dnit e responsável pela elaboração do orçamento base sobrestimado da licitação que resultou no Contrato AQ-96/2003-00.

5. Previamente à realização das notificações, a unidade técnica recalculou o débito, tendo em vista que a SEP/PR providenciara a retenção de valores nas medições a partir da 70ª, em atendimento à determinação do item 9.1.3 do Acórdão nº 327/2009-Plenário. Dessa forma, o dano reduzira-se para R\$ 306.061,12 em valores atualizados até 05/02/2015 (peça 17).

6. As citações, ordenadas por Vossa Excelência mediante despacho de 13/03/2015 (peça 20), foram regularmente efetivadas, havendo os responsáveis apresentado alegações de defesa (peças 41/42 e 63).

7. Após analisar minudentemente as argumentações submetidas pelos responsáveis, a SeinfraHidroFerrovia concluiu serem elas insuficientes para a elisão do débito ou para a exclusão da culpabilidade dos notificados (peça 67). Por conseguinte, propôs julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca e condená-lo em solidariedade com as empresas a recolher o débito conforme apontado, o qual, atualizado até 15/07/2016, correspondia a R\$ 353.681,73.

8. Com relação à aplicação de sanções, a unidade técnica avaliou a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, deduzindo que ela estaria configurada no caso do agente público, mas não no das empresas. O raciocínio partiu do pressuposto de que os fatos ensejadores da punição aconteceram na época da contratação, pois dizem respeito ao estabelecimento do orçamento base da licitação e da celebração do contrato com sobrepreço. Tais fatos ocorreram em 2002 e 2003.

9. Assim, a pretensão punitiva relativa à conduta do gestor público estaria prescrita porque a sua notificação somente foi ordenada em 13/03/2015, portanto ultrapassado o prazo decenal estabelecido no Código Civil, cuja disciplina se aplica aos processos de controle externo, conforme entendimento uniformizado registrado no Acórdão nº 1441/2016-Plenário. Entretanto, no que se refere às contratadas, o prazo prescricional teria sido interrompido quando foi ordenada, em 18/07/2008, a audiência da líder do

### **Continuação do TC nº 034.400/2013-3**

consórcio no bojo do processo de fiscalização (peça 66). Em virtude dessa análise, a unidade técnica propôs a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92 somente às empresas.

10. Examinando os autos, verifico que o débito se encontra devidamente apurado, que a análise de responsabilização se mostra adequada e que os responsáveis tiveram respeitados seus direitos à ampla defesa e ao contraditório. Observo, também, que a SeinfraHidroFerrovia empreendeu exame percuciente acerca dos elementos fáticos e das alegações de defesa apresentadas. Portanto, manifesto, desde já, concordância no essencial com as conclusões da unidade técnica. Ressalvo, apenas, com as devidas vênias, a avaliação quanto à prescrição da pretensão punitiva.

11. Sobre este tema, compreendo que a audiência no processo de fiscalização não caracteriza instrumento suficiente para a interrupção do prazo prescricional relativo à multa proporcional ao dano estatuída no art. 57 da Lei nº 8.443/92. Esta sanção vincula-se ao julgamento das contas como irregulares com condenação em débito dos responsáveis. Tal resultado só pode ser alcançado após a citação dos envolvidos, pois este é o instrumento de instauração do contraditório para fins de apuração do dano e identificação de responsáveis pelo débito.

12. Essa investigação não confere com a situação levada ao conhecimento do responsável por meio da notificação de audiência, para que ele exerça seu direito de defesa. Ao se instaurar o contraditório mediante audiência, está-se a tratar de conduta infracional cometida pelo gestor público, mas sem vínculo com débito que lhe possa ser atribuído, conforme disposto no art. 12, inciso III, da Lei Orgânica do TCU. Assim, em vista dos princípios do devido processo legal, do direito à ampla defesa e do contraditório, nesse caso não poderá o agente ser condenado a ressarcir dano ao erário, portanto não poderá sofrer a penalização do art. 57 dessa Lei.

13. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU considera inválida decisão de condenação em débito sem que o responsável tenha recebido validamente uma citação. Em casos como o destes autos, a verificação de dano aos cofres públicos no âmbito de processo de auditoria conduz inevitavelmente à autuação de TCE para promover citações, caso se perceba a necessidade de avaliar possibilidade de condenação dos agentes a recolher o débito.

14. Portanto, não se pode considerar que audiência interrompa a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal por atos que resultem em imputação de débito aos responsáveis. Nessa hipótese, o Estado sequer se moveu no sentido de satisfazer sua pretensão. Por meio de audiência não se procede à apuração do dano e à respectiva responsabilização, os quais seriam elementos necessários à multa do art. 57 da Lei nº 8.443/92.

15. Por outro lado, mesmo sem a interrupção do prazo prescricional no caso concreto, compreendo que a pretensão punitiva não prescreveu para qualquer dos responsáveis arrolados. As condutas que propiciaram o dano foram praticadas em 2002 e 2003, consubstanciadas na elaboração do orçamento base da licitação, na apresentação de proposta com sobrepreço e na celebração do contrato com preços acima de mercado. Todavia, seus efeitos se protraíram no tempo, provocando a consumação do prejuízo a cada pagamento superfaturado.

16. Tendo em vista se tratar de superfaturamento decorrente de preços excessivos, torna-se perceptível que a causa do prejuízo remonta à contratação do consórcio prestador dos serviços, quando foram definidos os preços contratuais. Entretanto, a irregularidade não teve caráter momentâneo. Ao contrário, a eficácia danosa das condutas irregulares permaneceu durante toda a execução contratual, ocasionando a concretização do dano até o último pagamento, realizado em 01/06/2011. Apenas nesse momento houve a completa consumação do dano que havia sido programado na contratação.

17. A situação descrita assemelha-se, no direito penal, à classificação de crime permanente, em que os efeitos da conduta ilícita se protraem no tempo. Nesses casos, a prescrição tem o termo inicial no momento de cessação dos efeitos do ilícito (art. 111, inciso III, do Código Penal).

### **Continuação do TC nº 034.400/2013-3**

18. A analogia com o crime permanente foi adotada no TCU ao tratar de pagamento irregular de benefícios previdenciários, para a finalidade de estabelecer a data adequada para o início do prazo prescricional da pretensão punitiva. Os benefícios foram pagos em função de uma conduta única de concessão irregular, demonstrando o caráter permanente do ilícito. Assim, considerou-se que a prescrição passaria a correr a partir da data do último pagamento irregular, conforme se observa nos Acórdãos nºs 1641/2016, 2330/2016 e 2726/2016, todos do Plenário.

19. Essa analogia mostra-se claramente aplicável ao caso em exame, em que se observa superfaturamento decorrente de preços excessivos definidos na contratação dos serviços. Dessa forma, o prazo prescricional iniciou-se em 01/06/2011, indicando que a pretensão punitiva do TCU se mantinha íntegra quando da ordem de citação emanada em 13/03/2015. Cabe, portanto, aplicar a sanção de multa proporcional ao dano a todos os responsáveis arrolados, inclusive ao agente público.

20. Ante o exposto, este representante do Ministério Público de Contas manifesta concordância parcial com as análises efetuadas e com o encaminhamento proposto pela unidade técnica (peça 67), no sentido de julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, condená-lo solidariamente às empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A. ao recolhimento do débito e enviar cópia da decisão à Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Com relação à apenação dos responsáveis, proponho a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92 não só às empresas, mas também ao agente público, tendo em vista a inoccorrência de prescrição da pretensão punitiva relativamente a todos eles.

**Ministério Público**, em maio de 2017.

(Assinado eletronicamente)  
**PAULO SOARES BUGARIN**  
Procurador-Geral