

VOTO

Trata-se de tomada de contas especial autuada por meio da conversão de processo de auditoria (TC 008.477/2008-0: Fiscobras 2008), nos termos do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, diante de superfaturamento detectado no Contrato nº AQ-96/2003-00 destinado à prestação dos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto de Rio Grande/RS.

2. O Contrato nº AQ-96/2003-00 foi celebrado, em 10/9//2003, entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave (formado pela Ecoplan Engenharia Ltda. e pela Planave S/A), com o prazo de vigência de 36 meses, salientando que a administração desse contrato transferiu-se do Dnit para a Secretaria de Portos da Presidência da República (extinta), em maio de 2007.

3. A Secex/RS realizou a aludida auditoria nas correspondentes obras, em maio de 2008, tendo o relatório de fiscalização apontado as seguintes irregularidades: i) inclusão da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no BDI do consórcio contratado; ii) salários efetivamente pagos aos profissionais do referido consórcio em níveis consideravelmente inferiores aos da proposta comercial; iii) retenção do ISS pela alíquota de 4%, a despeito de a proposta comercial do consórcio prever o patamar de 5%.

4. Diante dos indícios de superfaturamento, o TCU prolatou o Acórdão 3.667/2013-Plenário e promoveu a conversão da referida auditoria na presente tomada de contas especial, além de determinar que a então SecobHidroferrovia promovesse a identificação dos responsáveis com a correspondente citação, para que apresentassem as suas alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento no valor de R\$ 1.486.619,63 sobre o Contrato AQ-96/2003-00.

5. Contudo, antes das notificações, na sua instrução à Peça nº 17, a SeinfraHidroFerrovia constatou que a SEP/PR havia procedido as correspondentes retenções nos pagamentos à executora do ajuste, pela substituição da alíquota de ISSQN do patamar de 5% para o de 4%, em respeito ao item 9.1.3 do Acórdão 327/2009-TCU-Plenário. E, dessa forma, o superfaturamento originalmente estimado no valor de R\$ 1,48 milhão foi reduzido para o valor de aproximadamente R\$ 306 mil (atualizado até 5/2/2015).

6. Nesse sentido, após a unidade técnica proceder à identificação dos responsáveis, autorizei a realização das citações do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, como coordenador da Diretoria de Infraestrutura Aquaviária do Dnit, e das empresas (Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A), para que apresentassem as suas alegações de defesa e/ou recolhessem, solidariamente, o débito apurado nos autos, em decorrência do sobrepreço na planilha orçamentária pelo valor de R\$ 306.061,12 sobre o Contrato AQ-96/2003-00, com infração ao art. 6º, inciso IX, alínea “f” da Lei nº 8.666, de 1993, e ao princípio da economicidade, entre outros.

7. As empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A apresentaram as suas alegações de defesa, às Peças nºs 41/42, e, em síntese, aduziram os seguintes pontos: a) considerações iniciais sobre o processo; b) ilegitimidade passiva na presente TCE; c) ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular desta TCE, d) impossibilidade do exercício da ampla defesa; e) incerteza sobre os preços de mercado; f) inexistência da documentação necessária ao julgamento deste feito; e g) outras questões jurídicas sobre o mérito.

8. Por sua vez, o Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca apresentou as suas alegações de defesa, à Peça nº 63, e, em suma, apontou para os seguintes pontos: a) ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido deste processo; b) violação do devido processo legal; c) extinção do feito pela incidência da IN TCU nº 71/2012; d) ilegitimidade passiva nesta TCE; e) outras questões de mérito (inexistência de superfaturamento e impossibilidade de apuração do superfaturamento, diante da ausência de elementos documentais essenciais).

9. Após a análise final do feito, com a refutação de todos os pontos suscitados pelos defendentes, a unidade técnica propôs rejeitar as aludidas alegações de defesa e, assim, julgar

irregulares as contas de Luiz Fernando de Pádua Fonseca, para condená-lo pelo débito apurados nos autos, em solidariedade com as referidas empresas; além de aplicar, somente em desfavor das aludidas empresas, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, considerando, para tanto, a suposta ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao gestor público.

10. Em termos gerais, o MPTCU anuiu à referida proposta da SeinfraHidroFerrovia, divergindo, todavia, em relação à suposta prescrição da multa, anotando, para tanto, que: *“o prazo prescricional iniciou-se em 1º/6/2011, indicando que a pretensão punitiva do TCU se mantinha íntegra quando da ordem de citação emanada em 13/3/2015. Cabe, portanto, aplicar a sanção de multa proporcional ao dano a todos os responsáveis arrolados, inclusive ao agente público”*.

11. Como reforço para esse posicionamento, o **Parquet** especial aduziu que:

“(…) 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).

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. (...)”

12. Incorporo os pareceres da unidade técnica, com as ponderações do MPTCU, a estas razões de decidir.

13. A unidade técnica bem demonstrou que as alegações de defesa dos responsáveis foram insuficientes para a elisão do débito apurado nos autos ou mesmo para a exclusão das suas responsabilidades pela irregularidade detectada nesta TCE.

14. O principal ponto em comum nas manifestações apresentadas pelos responsáveis diz respeito ao suposto prejuízo à defesa pelo transcurso do lapso temporal entre a irregularidade apontada nos autos e a instauração da presente tomada de contas especial.

15. A SeinfraHidroFerrovia refutou, contudo, essa alegação, salientando que não restaram evidenciados nos autos os supostos obstáculos ao exercício da ampla defesa, além de destacar que a mera alegação do transcurso de prazo não teria força, isoladamente, para a atrair a aplicação do art. 6º, inciso II, da IN TCU nº 71/2012, até porque a inconsistência nos preços da mencionada obra já vem sendo apontada para os responsáveis no âmbito do TC 008.477/2008-0 (apenso a esta TCE), desde 2008, quando o contrato ainda estava sendo executado.

16. A unidade técnica evidenciou também que não se configurou a suposta ilegitimidade passiva ou o pretenso prejuízo à ampla defesa, pelo fato de os responsáveis não terem sido notificados na fase anterior desta TCE, salientando que, em respeito ao devido processo legal, a ampla defesa deve ser assegurada na fase externa da tomada de contas especial, até porque, no presente caso concreto, deu-se a conversão da aludida fiscalização do TCU em tomada de contas especial.

17. A unidade técnica ressaltou, ainda, que o Sr. Luiz Fernando coordenou a elaboração do edital da licitação, com os seus anexos, aí incluída a referida planilha de preços, devendo responder pelas falhas detectadas nessa seara.

18. Por sua vez, em relação à suposta prescrição da ação de reparação do dano ao erário, a unidade técnica demonstrou que, a partir da competência constitucional do TCU para o devido exercício do controle externo financeiro sobre os recursos federais, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em favor do erário ficou consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do MS 26.210/DF, tendo sido editada, por conseguinte, a Súmula nº 282 do TCU no sentido de que: “*As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis*”.

19. Já em relação ao parâmetro de preços, a unidade instrutora pontuou que os referenciais de preço apresentados pelas defendentes possuem data-base muito distante da época da licitação, não devendo ser utilizados como parâmetro, diante da evidente possibilidade de distorção dos valores após a aplicação dos índices de deflação, estando essa medida em sintonia com jurisprudência do TCU. E, nesse ponto, deve-se anotar que a jurisprudência do TCU já apontava, desde a época das aludidas falhas, que os preços do Sicro (calculados pela média dos preços praticados pelo mercado) deveriam ser tratados como parâmetro comparativo de preços para a melhor aferição de sobrepreço.

20. A unidade técnica demonstrou, enfim, que tampouco ficou caracterizada a suposta violação ao princípio da segurança jurídica, em face da contratação com o aludido sobrepreço, já que “*sendo materializado o enriquecimento sem causa da contratada, a saída é a devolução dos valores pactuados em excesso, conforme a jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos Acórdãos 570/2013-TCU-Plenário, 2.069/2008-TCU-Plenário, 1.767/2008-TCU-Plenário, 598/2006-TCU-Plenário e Decisão 680/2000-TCU-Plenário*”.

21. De toda sorte, ainda que por outros fundamentos, acolho o parecer do **Parquet** especial, quando aduziu que, no presente caso concreto, não teria incidido a prescrição da pretensão punitiva do TCU, até porque, nos termos do Acórdão 1.441/2016-Plenário, não se configurou o transcurso de mais de dez anos entre a ordem para a citação no âmbito do TCU, em 13/3/2015 (Peça nº 20), e data final da vigência do referido contrato, em 30/9/2008.

22. Por tudo isso, entendo que o TCU deve julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca para condená-lo pelo débito apurados nestes autos, em solidariedade com a Ecoplan Engenharia Ltda. e com a Planave S/A, além de lhes aplicar a multa legal.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 21 de junho de 2017.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator