

TC 044.773/2012-9

Tipo: Processo de contas anuais, exercício de 2011

Unidade jurisdicionada: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA)

Responsáveis: José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05), Luiz Carlos Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20), Antonio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15), José Eduardo Saboia Castello Branco (CPF 311.020.507-68), Josias Sampaio Cavalcante Junior (CPF 381.024.981-53), Vera Lucia de Assis Campos (CPF 410.833.776-04), Hostílio Xavier Rattón Neto (CPF 431.742.807-53).

Procurador ou Advogado: Cleuler Barbosa das Neves, OAB-GO 17.137, peça 40; Silvia Regina Schmitt, OAB-DF 38.717 e outros, peça 52.

Interessado em sustentação oral: não há.

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de processo de contas anuais da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S. A. (Valec), Código SIORG 1800, órgão da Administração Indireta do Poder Executivo, vinculado ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), relativo ao exercício de 2011.
2. O processo de contas foi organizado de forma individual, de acordo com a classificação constante do art. 5º da Instrução Normativa – TCU 63/2010, seguindo as determinações constantes nas Decisões Normativas 108/2010 e 117/2011.
3. A presente instrução tem por objetivo emitir posicionamento conclusivo, levando-se em consideração a consolidação das razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis chamados em audiência.
4. Ressalta-se que a análise se deu nos atos de gestão da entidade como um todo. Os fatos relacionados à execução de obras são tratados em processos específicos.

HISTÓRICO

5. No âmbito do Tribunal de Contas da União, durante a análise da gestão constante na primeira instrução preliminar (peça 15), verificaram-se indícios de irregularidades na condução da gestão da Valec, mormente no que se refere a omissões da Presidência no tocante ao regular andamento de processos administrativos disciplinares; a falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras; a ausência de Planejamento Estratégico da Valec; e a ausência de providências no acompanhamento e controle das recomendações emanadas pela Auditoria Interna da Valec, as quais deram ensejo às audiências dos Srs. José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Luiz Carlos Oliveira Machado (CPF

222.706.987-20), Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05), e Antônio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15).

6. Ainda, foram solicitadas, por meio de uma segunda audiência (peça 63), informações complementares dos responsáveis relacionados na instrução anterior, sobre quais as medidas implementadas que de fato se mostraram efetivas, no intuito de evitar ou mitigar as falhas e irregularidades apuradas.

EXAME TÉCNICO

7. Os responsáveis foram devidamente cientificados para apresentar razões de justificativa pelas falhas e irregularidades abaixo discriminadas.

I. Responsável Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05)

8. De início, foi chamado em audiência, na condição de Diretor de Planejamento (1/1/2011 a 20/10/2011), por não ter adotado providências para elaborar o Planejamento Estratégico da Valec, o que permitiria a adoção de indicadores da gestão da empresa, em afronta ao princípio da eficiência na Administração Pública, conforme descrito no Relatório de Auditoria de Gestão do exercício de 2011 – não adoção de providências pela Valec para propiciar utilidade aos seus indicadores. (peça 21)

9. Ainda, pela ausência de providências para elidir a precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização das atividades sob a responsabilidade da Valec na FNS (peça 8, p. 5-6) e na Fiol (peça 8, p. 7-8), o que resultou em pendências de serviços (lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 16 da FNS) e trechos não concluídos (Ação 11ZH – FNS e 11 ZE - Fiol), com risco de prejuízo aos cofres da Valec. (peça 21)

10. Posteriormente, foi instado a se manifestar, em audiência complementar, pela ausência de providências eficazes para poder propiciar utilidade aos indicadores da Valec e por ter continuado durante o período em tela sem um efetivo planejamento estratégico institucional ou mesmo o Plano Estratégico de Tecnologia da Informação-PETI, em afronta ao princípio da eficiência na Administração Pública. A insuficiência das providências adotadas se evidencia na inexistência do Plano Estratégico Institucional da Valec em 2011 e na não resolução das pendências relatadas no Relatório Auditoria de Gestão da Valec do exercício de 2011. (peça 68)

Manifestações e Argumentos

11. O responsável apresentou tempestivamente as suas razões de justificativas, conforme peças 61 e 104.

12. Argumenta em justificativa que, sob sua iniciativa, foi responsável pela criação da Diretoria de Planejamento pela Resolução de Diretoria 4/2010, de 9/3/2010. Afirma que esta mesma Resolução criou a Assessoria de Controle destinada a atender a demanda dos órgãos de controle. Desse modo, sua atuação na reestruturação da Valec buscou dotar e melhorar sua estrutura na área estratégica e de controle. (peça 61, p. 3 e 5)

13. Com relação ao planejamento estratégico institucional, informa que: (peça 61, p. 9-10)
(...) a VALEC informou ter, no exercício de 2011, adotado providências para a formulação do seu planejamento estratégico. Os trabalhos da Diretoria de Planejamento nesse sentido se mostraram expressivos havendo a continuidade destes após a modificação do corpo diretivo da empresa no final do exercício de 2011, ação que se traduz exatamente na providencia buscada para a formulação do plano.

O que a CGU apontou é a então inexistência de Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI), pela qual a VALEC entendia como trabalho subsidiário do Planejamento Estratégico da empresa.

Paralelamente, se implantou o Comitê de Tecnologia da Informação que aprovou o PDTI em janeiro de 2012, menos de três meses após a exoneração do responsável, o que prova que o

resultado do trabalho é fruto de gestões de quando era o titular da Diretoria de Planejamento da empresa.

14. Ainda, ressaltou a deficiência de estrutura de recursos humanos e físicos e as constantes mudanças de sede, comprometendo o desenvolvimento ideal dos trabalhos. (peça 61, p. 10)

15. No que se refere à precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização das atividades sob a responsabilidade da Valec, argumenta que as atribuições decorrentes de gestão de obras não eram afetas à sua área – Diretoria de Planejamento, sendo a responsabilidade atribuída, regimentalmente, à Diretoria de Engenharia.

16. Afirma que o Regimento Interno dispõe como atribuições da Diretoria de Planejamento: formular, propor e orientar a visão estratégica da Valec, consoante com as diretrizes governamentais, principalmente as relacionadas com as concessões e subconcessões de ferrovias; coordenar a elaboração dos orçamentos anuais de investimento e de custeio da Valec; propor e coordenar a captação de recursos junto a organismos internacionais, instituições de fomento ao comércio exterior e demais fontes de financiamento nacionais e internacionais; manter relações com a ANTT, o DNIT, o BNDES e demais órgãos e instâncias da administração pública federal, visando promover o desenvolvimento de atividades voltadas aos serviços de transportes ferroviários de cargas e passageiros; e, coordenar, orientar e supervisionar os assuntos vinculados a sua área funcional, bem como exercer outros cargos confiados pelo Presidente. (peça 61, p. 5 e 11-14)

17. O responsável ainda discorre que a CGU não envolveu a Diretoria de Planejamento nas recomendações exaradas no tocante à precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização de obras, impossibilitando, assim o responsável de apresentar justificativas sobre atos que fugiam da sua esfera de atuação. (peça 61, p. 5 e 16-17)

18. O responsável não trouxe elemento novo nas razões de justificativa de peça 104.

Análise

19. Com relação aos argumentos trazidos acerca do planejamento estratégico da Valec, a CGU, em seu Relatório de Auditoria das contas anuais de 2011, afirma que: (peça 8, p. 12)

Verificou-se que os procedimentos de controle ainda estão em fase incipiente de implementação. Em geral, os controles internos verificados não proporcionam melhorias no ato de administrar e gerenciar a execução de programas e projetos de construção, operação e manutenção da infraestrutura ferroviária, o que não contribui para criação de um ambiente de controle mais adequado e que, desta forma, não minimiza os riscos de atendimento dos objetivos regimentais da Empresa.

Dessa forma, a carência de normas, atualizadas e de definição de um fluxo organizacional, a falta de intranet, a falta de adequado modelo de governança organizacional e gestão associada à existência de um Planejamento Estratégico Institucional, o inadequado perfil da fiscalização dos contratos, a falta de providências aos problemas relatados em exercícios anteriores, e a omissão nas apurações disciplinares, são pontos críticos para a criação de um ambiente de controle que elimine os riscos de atendimento dos objetivos institucionais da VALEC.

20. Dessa forma, a CGU detectou deficiências na área de planejamento, não somente atribuíveis à área de Tecnologia de Informação.

21. Com relação à utilização de indicadores, cabe destacar que já é reiteração do constante no Relatório de Auditoria da CGU do exercício de 2010. No entanto, não se considera este fato grave, desde que os indicadores recomendados no Relatório, especificamente, os de Eficiência, de Economicidade e de Eficácia tenham sido implementados de forma satisfatória nos anos subsequentes.

22. No que se refere às deficiências apontadas na gestão de contratos de obras da Valec, o responsável esteve à frente da Diretoria de Planejamento (incluída ao Regimento pelo Anexo à Resolução de Diretoria – RD, de 9/3/2010), constando dentre a sua estrutura hierárquica a

Superintendência de Obras, com as gerências de execução e controle de obras da FNS SA (subconcessionária), da Extensão Sul, da Fiol e da Fico.

23. Neste caso, é oportuno transcrever as atribuições constantes no Regimento Interno da Valec, incluídas pela RD 4/2010, de 9/3/2010. (peça 96, p. 17)

2. DIRETORIA DE PLANEJAMENTO

Atribuições:

- Formular, propor e orientar a visão estratégica da VALEC, consoante com as diretrizes governamentais, principalmente as relacionadas com as Concessões e Subconcessões de Ferrovias.
- Coordenar a elaboração dos orçamentos anuais de investimento e de custeio da VALEC.
- Propor e coordenar a captação de recursos junto a organismos internacionais, instituições de fomento ao comércio exterior e demais fontes de financiamento nacionais e internacionais.
- Manter relações com a ANTT, DNIT, BNDES e demais órgãos e instâncias da administração pública federal, visando promover o desenvolvimento de atividades voltadas aos serviços de transportes ferroviários de cargas e passageiros.
- Coordenar, orientar e supervisionar os assuntos vinculados a sua área funcional, bem como exercer outros encargos confiados pelo Presidente.

24. Dentre as superintendências subordinadas à Diretoria de Planejamento (Diplan), consta a Superintendência de Planejamento de Obras, com as gerências de execução e controle de obras da FNS S.A. (subconcessionária), da Extensão Sul, da Fiol e da Fico. As atribuições dadas a essas gerências são, para todas elas (peça 96, 23-27):

- Controlar e fiscalizar as metas, prazos e o desenvolvimento dos programas de obras e serviços das ferrovias outorgadas à VALEC.
- Controlar e fiscalizar, através do acompanhamento de metas e prazos, o desenvolvimento dos programas de Subconcessão, sob responsabilidade da VALEC, para o cumprimento dos contratos firmados com as Subconcessionárias.
- Acompanhar os cronogramas de execução dos empreendimentos em todas as suas etapas.
- Acompanhar os cronogramas de desembolso, comparando-os com o orçamento aprovado, disponibilidade financeira e execução do empreendimento.
- Verificar a existência de possíveis discrepâncias no planejamento e execução dos empreendimentos e articular-se com as áreas envolvidas no sentido de serem feitas as correções necessárias.
- Acompanhar o recebimento dos empreendimentos a serem entregues pelas empresas contratadas, nas suas diversas etapas.
- Gerenciar as interfaces com as demais áreas da VALEC envolvidas com as Subconcessões.
- Realizar o levantamento de necessidades de treinamento de sua equipe junto à Gerência de RH.
- Elaborar relatórios e procedimentos técnicos relativos às atividades de sua área. Avaliar tecnologias disponíveis e determinar a aplicabilidade de normas e regulamentos.
- Assessorar outros setores da VALEC em assuntos pertinentes à área.
- Realizar levantamento de campo quando necessário, visando a coletar dados para o desenvolvimento das atividades pertinentes à sua área.
- Identificar pendências, complementar informações e analisar a integração entre as diversas frentes de trabalho/especialidades, para auxiliar a tomada de decisão.
- Pesquisar normas, tecnologias e legislação.

25. Portanto a Diretoria de Planejamento também é responsável pela gestão das obras, no que diz respeito ao acompanhamento dos planos de implantação dos empreendimentos, acompanhamento do cronograma de execução de obras, recebimento de empreendimentos, identificação de pendências, complementação de informações, levantamento de necessidades de treinamento de sua equipe, formular e propor o planejamento estratégico da Valec, entre outras responsabilidades.

26. Assim sendo, não obstante a responsabilidade da Diretoria de Engenharia acerca do gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, a Diretoria de Planejamento, por meio de sua Superintendência de Planejamento de Obras, especificamente da Gerência de Execução e Controle de Obras da FNS e da Fiol, deveria ter atuado nas questões gerenciais de obras ou tomado medidas saneadoras para as irregularidades até então constatadas.

27. Considerando a relevância e materialidade nas irregularidades no gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e execução de obras, e considerando que a Diretoria de Planejamento era superiora hierárquica da Gerência de Execução de Obras da FNS, entende-se que aquela poderia ter tomado a iniciativa para ao menos mitigar as irregularidades apontadas pela CGU.

28. Desse modo, conclui-se que o responsável Francisco Elísio Lacerda, ao não adotar as medidas previstas regimentalmente, concorreu para as irregularidades de maior potencial lesivo à Valec – gestão dos contratos de obras.

29. Ao analisar as razões de justificativa do responsável, constata-se que não se diferem daquelas apresentadas nas Contas Anuais de 2010, refletindo, desta maneira, que as mesmas falhas persistem, apesar das alegadas medidas até então implementadas. Sobre este aspecto, é entendimento do Enunciado do Acórdão 2.508/2014-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler: “A multiplicidade de falhas e irregularidades, avaliadas em conjunto, e a repetição de algumas delas já apontadas em exercícios anteriores são fundamentos suficientes para o julgamento pela irregularidade das contas ordinárias e a aplicação de multa aos responsáveis”.

30. Desse modo, os argumentos trazidos pelo responsável não justificaram as condutas observadas, concluindo, então, pela rejeição das razões de justificativas do responsável.

31. Por todos os motivos apresentados, fica evidenciado onexo entre a conduta do agente e as irregularidades apuradas, propõe-se em julgar irregulares as contas do Sr. Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05), com base no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/92.

II. Responsável Luiz Carlos de Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20)

32. De início, o responsável foi chamado em audiência, na qualidade de Diretor de Engenharia (1/1/2011 a 20/10/2011), pela ausência de providências para elidir as constatações apontadas no Relatório de Auditoria 201203646, da CGU, no exercício de 2011, que permitiam evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, acarretando risco de prejuízo aos cofres da Valec. As pendências relatadas no exercício de 2011 são: (peça 20)

- a) pagamento indevido de serviços de escavação, inclusive rebaixo, e aterro - Lote 6 (peça 8, p. 90-92) e Lote 12 (peça 8, p. 116-117);
- b) realização de serviços de rebaixo em quantidades superiores ao exigido na especificação técnica -Lote 6 (peça 8, p. 93-94);
- c) pagamento por profissional ausente, descumprindo preceito estabelecido em edital – Lote 9 (peça 8, p. 96-97);
- d) pagamento indevido de parcela de horas-extras não previstas no edital – Lote 9 (peça 8, p. 97-98);
- e) não realização da retenção dos pagamentos efetuados pelo transporte de dormentes – Lote 9 (peça 8, p. 98-99);
- f) sobrepreço do orçamento-base, em desacordo ao Sicro II – Lote 9 (peça 8, p. 99-100);
- g) pagamento indevido de escavação, transporte e aterro de “folhelho” como de 3ª categoria – Lote 9 (peça 8, p. 100-102);

- h) pagamento indevido por profissionais ausentes e com requisitos divergentes do edital – Lote 9 (peça 8, p. 102-103), Lote 12 (peça 8, p. 115-116);
- i) elaboração de planilha com inconsistências e distorções quanto aos reajustes – Lote 10 (peça 8, p. 104-105), Lote 11 (peça 8, p. 110-111), Lote 2 (peça 8, p. 131-132), Lote 3 (peça 8, p. 136-137), Lote 4 (peça 8, p. 142-143);
- j) sobrepreço da planilha contratada em relação aos preços do Sicro – Lote 10 (peça 8, p. 105-106), Lote 11 (peça 8, p. 111-113), Lote 12 (peça 8, p. 117-118), Lote 2 (peça 8, p. 132-133), Lote 3 (peça 8, p. 138-139), Lote 4 (peça 8, p. 143-144);
- k) utilização de equações paramétricas para reajustar os contratos, baseadas em índices de obras hidrelétricas – Lote 10 (peça 8, p. 106-107), Lote 11 (peça 8, p. 113-114), Lote 3 (peça 8, p. 137-138), Lote 4 (peça 8, p. 145);
- l) pagamento indevido por equipamentos, em quantidades superiores ao estabelecido em contrato de supervisão – Lotes 10 e 11 (peça 8, p. 107-108);
- m) duplicidade de pagamento para a remuneração da alimentação – Lote 11 (peça 8, p. 109), Lote 2 (peça 8, p. 126), Lote 3 (peça 8, p. 133-134), Lote 4 (peça 8, p. 139-140);
- n) precariedade do estado de conservação de equipamentos fundamentais para o controle de qualidade da obra – Lote 11 (peça 8, p. 114-115);
- o) pagamento indevido por profissional ausente e superfaturamento nas medições – Lote 13 (peça 8, p. 119-120);
- p) direcionamento na contratação de funcionários terceirizados – Lote 13 (peça 8, p. 120-121);
- q) pagamento em quantidades superiores ao estabelecido no orçamento contratado – Lote 14 (peça 8, p. 121-123);
- r) sobrepreço e distorções de preços entre planilhas contratadas – Lotes 1 e S/N (peça 8, p. 123-125);
- s) não atendimento ao Edital de Licitação 004/2004 no que se refere à experiência mínima da equipe técnica dos funcionários da supervisora – Lotes 1 e S/N (peça 8, p. 125-127), Lote 2 (peça 8, p. 127);
- t) alteração irregular da data de referência para o reajuste do contrato – Lote 2 (peça 8, p. 129-131), Lote 3 (peça 8, p. 135-136);
- u) aprovação de aditivo contratual com alteração irregular da data de referência para o reajuste de contratos – Lote 4 (peça 8, p. 141-142); e,
- v) precariedade na fiscalização dos serviços – Lote 4 (peça 8, p. 145-147).

33. Ainda, pela ausência de providências para elidir a precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização das atividades sob a responsabilidade da Valec na FNS (peça 8, p. 5-6) e na Fiol (peça 8, p. 7-8), o que resultou em pendências de serviços (lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 16 da FNS) e trechos não concluídos (Ação 11ZH – FNS e 11 ZE – Fiol) e pela ausência de providências no acompanhamento e controle das recomendações emanadas pela Auditoria Interna da Valec em exercício anterior, com risco de prejuízo à gestão da Valec. (peça 20)

34. Posteriormente, o responsável foi instado a se manifestar, em audiência complementar, pela insuficiência de providências efetivas no exercício, que, por seus resultados, permitissem evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, acarretando risco de prejuízo aos cofres da Valec. Ainda, por ter, no uso de suas competências permitido a continuidade das obras de engenharia da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia de Integração Oeste-Leste sem o devido suporte documental para a medição dos serviços de escavação, carga e transporte, o que permitiu o pagamento indevido. (peça 66)

Manifestações e Argumentos

35. O responsável apresentou tempestivamente as suas razões de justificativas, conforme peças 54 e 85.
36. Argumenta que implementou a Cartilha para Acompanhamento e Preenchimento do Controle de Obras e Planilhas de Medições da FNS e FNS-ES, no intuito melhorar os controles técnicos de medição. No entanto, não obteve resultados/consequências decorrentes de tal medida, devido a sua exoneração no cargo no mesmo mês – outubro/2011. (peça 54, p. 2)
37. Com relação à alteração irregular da data de referência para o reajuste de contratos, aponta como responsável o Superintendente de Construção e que este justificou tal medida com base no fato de que o prazo transcorrido entre o planejamento dos orçamentos e a efetiva entrega de propostas dos licitantes, por conta de sucessivos atrasos no processo licitatório, teria provocado perda de valor de reajuste dos preços orçados devido à oscilação cambial no período. (peça 54, p. 2)
38. No que se refere ao pagamento indevido de escavação, transporte e aterro de “folhelho” como de 3ª categoria (lote 9), justifica que não participou de reuniões ou estudo sobre o assunto de escavação, transporte e aterro de "folhelho" no lote 9. Ainda, que tomou conhecimento por meio de parecer do professor engenheiro Jorge Fujii Yamamichi. (peça 54, p. 3)
39. No tocante as diferenças de volume encontradas nos diversos lotes, cita relatório conclusivo de apuração de irregularidades para os empregados envolvidos nas irregularidades. (peça 54, p. 3)
40. Relativo às equações paramétricas para reajustar os contratos baseados em índice de obra hidrelétrica, afirma que solicitou ao setor competente que providenciasse estudo à Fundação Getúlio Vargas para alteração desses índices, embora estes já virem sendo utilizados sem quaisquer questionamentos. (peça 54, p. 3)
41. Ainda, faz menção à contratação de empresa de engenharia consultiva destinada à realização de serviços técnicos especializados de gerenciamento e assessoria técnica do Projeto de Implementação da Ferrovia Norte-Sul. Adotou, também, providências para a atualização do documento Norma de Gestão Contratual, que tem por finalidade estabelecer diretrizes e fixar procedimentos na execução das atividades de gestão contratual. (peça 85, p. 2)
42. Com relação às obras de engenharia da FNS e da Fiol sem o devido suporte documental, esclarece que em setembro de 2010, solicitou à empresa gerenciadora da construção a elaboração de um manual para a orientação na gestão de obras e serviços de engenharia. Após, em outubro de 2011, foi concluída a Cartilha para Acompanhamento e Preenchimento do Controle de Obras e Planilha de Medições FNS. (peça 85, p. 2)

Análise

43. De fato, o responsável não acrescentou nada relevante e concreto que pudesse eximir a sua responsabilidade diante das irregularidades apuradas no exercício de 2011.
44. Fica evidenciado que a Valec não detinha mecanismos apropriados de controle interno que objetivassem uma melhor execução de seus contratos de obras. Prova disso é que esta situação persistiu por vários exercícios, já demonstrado por irregularidades semelhantes ou idênticas àquelas retratadas nas Contas Anuais de 2010 (TC 037.394/2011-8).
45. Os diversos processos existentes no âmbito deste Tribunal refletem que as medidas implementadas pelo responsável não foram suficientes a dirimir o dano decorrente, primordialmente, nas irregularidades apontadas nos contratos das obras de construção da Ferrovia Norte-Sul, todos em vigor no exercício de 2011.
- a) Contrato 21/2001 (Lote s/n). Achado: projeto executivo deficiente ou desatualizado

(Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler);

b) Contrato 15/2006 rescindido e Contrato 58/2009 (Lote 2). Achado: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado (Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler);

c) Contrato 16/2006 (Lote 3). Achado: acréscimos ou supressões em percentual superior ao legalmente permitido (Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler);

d) Contrato 13/2006 – rescindido e Contrato 60/2009 (Lote 4). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado e superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado (Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler);

e) Contrato 49/2006 (Lote 10). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman);

f) Contrato 50/2006 (Lote 11). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, Projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra. (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman)

g) Contrato 35/2007 (Lote 12). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman). Superfaturamento decorrente de pagamento por serviço não executado, superfaturamento decorrente de itens pagos em duplicidade, adiantamento de pagamentos, descumprimento de cláusulas contratuais (Acórdão 3.183/2016-TCU-Plenário, Rel. Bruno Dantas);

h) Contrato 11/2008 (Lote 12): fiscalização ou supervisão deficiente ou omissa (Acórdão 3.183/2016-TCU-Plenário, Rel. Bruno Dantas);

i) Contrato 36/2007 (Lote 13). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman)

Sherman). Superfaturamento decorrente de itens pagos em duplicidade, adiantamento de pagamentos, descumprimento de cláusulas contratuais (Acórdão 3.183/2016-TCU-Plenário, Rel. Bruno Dantas);

j) Contrato 37/2007 (Lote 14). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman). Superfaturamento decorrente de itens pagos em duplicidade, adiantamento de pagamentos, descumprimento de cláusulas contratuais (Acórdão 3.183/2016-TCU-Plenário, Rel. Bruno Dantas);

k) Contrato 38/2007 (Lote 15). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman);

l) Contrato 39/2007 (Lote 16). Achados: sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado, superfaturamento decorrente de reajustamento irregular, superfaturamento decorrente de quantitativo inadequado, sobrepreço decorrente de quantitativo inadequado, liquidação irregular da despesa, critério de medição inadequado ou incompatível com o objeto real pretendido, projeto executivo deficiente ou desatualizado, alteração indevida do regime de execução, em desconformidade com os requisitos legais e itens instalação/manutenção de canteiros e mobilização/ desmobilização não se encontram detalhados no custo direto da obra (Acórdão 2.497/2014-TCU-Plenário, Rel. Augusto Sherman).

46. No Regimento Interno da Valec consta a Diretoria de Engenharia como superiora hierárquica das superintendências especializadas na gestão dos contratos de obras, tendo as suas atribuições a seguir detalhadas: (peça 105, p. 11-14)

Diretoria de Engenharia

(...)

A Diretoria de Engenharia é um órgão de Execução sob a supervisão direta da Presidência. **A esta Diretoria estão subordinadas a Superintendência de Projetos, a Superintendência de Construção** e a Superintendência Regional, bem como as suas respectivas unidades operacionais.

Atribuições:

(...)

- Coordenar, orientar e supervisionar os assuntos vinculados a sua área funcional,

(...)

3.1. Superintendência de Projetos

Atribuições:

- Cumprir e fazer cumprir as determinações da Diretoria de Engenharia, bem como as diretrizes e políticas funcionais estabelecidas;

- Realizar, analisar e submeter à aprovação da Diretoria-Executiva os estudos e projetos básico e executivo;

- Elaborar, controlar e atualizar a programação física da execução dos diversos estudos e projetos;
- Elaborar desenhos, gráficos, formulários, mapas, dentre outros, para apoio ao planejamento de execução de obra, bem como aos demais setores da VALEC;
- Receber, controlar e expedir todos os documentos técnicos da VALEC e manter o arquivo técnico sob sua guarda e responsabilidade;
- Coordenar e supervisionar os projetos de estrutura; infra-estrutura; superestrutura;
- Coordenar e supervisionar a operação ferroviária;
- Planejar, orientar e supervisionar as atividades desenvolvidas pelas unidades sob sua responsabilidade;
- Coordenar e supervisionar a elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e Relatórios de Impactos sobre o Meio Ambiente (RIMA);
- Gerenciar os contratos relativos à sua área.

3.2. Superintendência de Construção

Atribuições:

- Cumprir e fazer cumprir as determinações da Diretoria de Engenharia, bem como as diretrizes e políticas funcionais estabelecidas;
- Executar e / ou gerenciar os contratos de serviços de engenharia;
- Elaborar o planejamento do empreendimento;
- Promover o acompanhamento físico/financeiro do empreendimento;
- Executar o plano de suprimento aprovado pela Diretoria-Executiva;
- Proceder ao levantamento junto à Superintendência de Projeto de quantitativos e especificações;
- Gerenciar contratos de fornecimento; inspeção/diligenciamento;
- Coordenar a entrega de fornecimentos de material na obra;
- Realizar a análise econômico-financeira de pleitos contratuais;
- Calcular o reajustamento das medições;
- Elaborar o levantamento dos preços unitários de serviços, materiais e equipamentos;
- Setorizar os custos dos lotes (infraestrutura e superestrutura);
- Emitir quadro de acompanhamento de custos por item orçamentário; relação de unidade de área;
- Analisar e confeccionar a composição de preços unitários dos serviços/obras de engenharia;
- Definir e implantar o Plano de Centro de Custos de Engenharia;
- Acompanhar a elaboração do orçamento econômico-financeiro do empreendimento; (grifei)

47. Assim sendo, não resta dúvida acerca da responsabilidade do Diretor de Engenharia, ainda que por atos praticados pelo seus supervisionados.

48. Cabe destacar que a conduta do Sr. Luiz Carlos de Oliveira Machado nas atividades afetas à sua Diretoria – gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras – já foi analisada em processos neste Tribunal, os quais concluíram pela sua responsabilidade:

a) Acórdão 870/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer (TC 013.284/2011-8):

a.1) Fiscobras 2011. Resultado da análise de oitiva e audiências realizadas a partir dos achados de auditoria nas obras da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO (Acórdão 1.949/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer);

a.2) na oportunidade, ficou evidenciada a conduta do responsável em promover fuga à licitação para a contratação do projeto básico do Trecho Campinorte/GO – Água Boa/MT e em determinar a sua elaboração sob a cobertura do Contrato n. 19/2010, cujo objeto era distinto. Ainda, em aprovar o termo de referência do Edital n. 1/2011, referente ao projeto

executivo do trecho Campinorte/GO – Água Boa/MT, a despeito das falhas relacionadas ao projeto básico e atinentes ao termo de referência.

a.3) o Tribunal decidiu por rejeitar as razões de justificativa do senhor Luiz Carlos de Oliveira Machado, aplicando-lhe multa no valor de R\$ 20.000,00, com base no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;

b) Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler (TC 014.361/2015-9):

b.1) Tomada de contas especial constituída em atendimento ao subitem 9.1.1 do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário em razão de superfaturamento identificado pelo TCU no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A.;

b.2) a Unidade Técnica apurou superfaturamento de R\$ 29.846.919,48, no período de 2010 a 2012;

b.3) o Tribunal determinou a citação do responsável Luiz Carlos Oliveira Machado, na época Superintendente de Construção da Valec, por ter emitido nota técnica favorável à contratação do remanescente das obras do Lote 2 da Ferrovia Norte Sul, bem como encaminhado planilha orçamentária dos serviços remanescentes contendo serviços com sobrepreço;

c) Acórdão 2.305/2017-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler (TC 014.362/2015-5):

c.1) Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, em razão do superfaturamento identificado no Contrato 60/2009, cujo objeto foi a execução dos serviços remanescentes da construção do Lote 4 da Ferrovia Norte-Sul (FNS);

c.2) a Unidade Técnica apurou superfaturamento de R\$ 65.428.768,93, no período de 2010 a 2012;

c.3) o Tribunal determinou a citação do responsável Luiz Carlos de Oliveira Machado, na época estava na condição de Superintendente de Construção da Valec, por participar de atos de corrupção na execução do Contrato 60/2009, por emitir a Nota Técnica 005/2009-SUCON em favor da assinatura do Contrato 60/2009, bem como por encaminhar planilha orçamentária dos serviços remanescentes contendo itens com sobrepreço, que resultou em superfaturamento apurado na TCE, infringindo os arts. 25, §2º, e 26 da Lei 8.666/1993; e

c.4) ainda, o Tribunal decidiu por decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens do responsável, a fim de garantir o integral ressarcimento do débito apurado, nos termos do no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992.

49. Assim sendo, não restam dúvidas de que as falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras acarretaram efetivo prejuízo ao erário, tendo o responsável concorrido para as irregularidades detectadas.

50. De acordo com o histórico de irregularidades apuradas neste Tribunal, conclui-se que as alegadas medidas administrativas adotadas pelo responsável foram insuficientes para dirimir os prejuízos até então já verificados.

51. Desse modo, os argumentos trazidos pelo responsável não justificaram as condutas observadas, concluindo-se, então, pela rejeição das razões de justificativas do responsável.

52. Por todos os motivos apresentados, fica evidenciado o nexos entre a conduta do agente e as irregularidades apuradas, propõe-se em julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Carlos de Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20), com base no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/92.

III. Responsável José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34)

53. De início, o responsável foi chamado em audiência, na condição de Diretor-Presidente (1/1/2011 a 24/08/2011), a respeito da omissão ou ausência de providências que permitissem a atuação da Comissão de Sindicância na apuração de responsabilidade por falhas e irregularidades cometidas por empregados da Valec, no respectivo processo administrativo disciplinar. (peça 19)

54. Ainda, pela ausência de providências para elidir a precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização das atividades sob a responsabilidade da Valec na FNS (peça 8, pp. 5-6 da instrução anexa) e na Fiol (peça 8, p. 7-8 da instrução anexa), o que resultou em pendências de serviços (lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 16 da FNS) e trechos não concluídos (Ação 11ZH – FNS e 11 ZE - Fiol), com risco de prejuízo aos cofres da Valec. (peça 19)

55. Posteriormente, o responsável foi instado a se manifestar em audiência complementar pela insuficiência de providências efetivas no exercício, que, por seus resultados, permitissem evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, acarretando risco de prejuízo aos cofres da Valec. (peça 69)

56. Ainda, por ter permitido o encerramento do processo administrativo disciplinar 931/2009, sem que houvesse a apuração de responsabilidade, em afronta ao seu dever de praticar os atos inerentes à administração de pessoal da Valec, conforme previsto no Regimento Interno daquela estatal, e o estabelecido na Lei 8.112/1990. (peça 69)

Manifestações e Argumentos

57. O responsável apresentou tempestivamente as suas razões de justificativas, conforme peças 51 e 102.

58. Quanto à precariedade na gestão dos contratos de obras, o responsável argumenta que durante a sua gestão criou a Assessoria de Atendimento aos Órgãos de Controle (Assec) de modo a sanar as deficiências detectadas, principalmente para cumprir os prazos das demandas do TCU e da CGU. Ainda, foram efetuados investimentos na área da Tecnologia da Informação, com a implantação do Infovia, que possibilitou maior interligação entre o setor administrativo e as áreas de construção. (peça 51, p. 3)

59. No âmbito normativo, solicitou a elaboração de um manual para orientação na gestão de obras e serviços de engenharia ferroviária. Ainda, houve a atualização da Norma de Gestão Contratual, em 18 de novembro de 2010, objetivando aprimorar os sistemas de controle e fiscalização dos serviços executados. (peça 51, p. 4)

60. No que se refere aos processos administrativos disciplinares, informa que tomou todas as providências cabíveis para apuração de responsabilidades no âmbito da Valec, inclusive com a criação de Comissão Permanente de Sindicância. No período de jan/2009 a jul/2011, foram instituídos 10 processos administrativos destinados a tal fim. No entanto, a carência de recursos humanos impossibilitou que a Comissão de Sindicância atuasse com dedicação exclusiva na função designada. (peça 51, p. 2-3)

61. Na área de recursos humanos, criou cargos técnicos, cuja principal atribuição estava voltada ao acompanhamento adequado da execução dos serviços de engenharia, conforme Resolução de Diretoria 4/2010. Ainda, iniciou procedimento para realização de concurso público destinado ao provimento de pessoal na instituição. (peça 102, p. 1-2)

62. Quanto ao processo administrativo disciplinar 931/2009, afirma que não ficou comprovado que ele havia aprovado o mencionado processo, devido a sua não localização pela CGU. Ainda, que não teve acesso ao dito processo para apresentar a sua defesa. (peça 102, p. 2-3)

Análise

63. De fato, o responsável não acrescentou nada relevante e concreto que pudesse eximir a sua responsabilidade diante das irregularidades apuradas no exercício de 2011.

64. Fica evidenciado que a Valec não detinha mecanismos apropriados de controle interno que objetivassem uma melhor execução de seus contratos de obras. Prova disso é que esta situação persistiu por vários exercícios, já demonstrado por irregularidades semelhantes ou idênticas àquelas retratadas nas Contas Anuais de 2010 (TC 037.394/2011-8).

65. Ainda, o responsável ocupou o cargo de Diretor-Presidente da Valec no período de 2003 a 2011. Como dirigente máximo do órgão, foi responsável, também, pela assinatura e execução dos contratos detalhados no item 45 desta instrução, nos quais foram encontrados diversos vícios por este Tribunal.

66. Cabe destacar que a conduta do Sr. José Francisco das Neves, na condição de Diretor-Presidente da Valec, já foi analisada em processos neste Tribunal, os quais concluíram pela sua responsabilidade:

a) Acórdão 870/2013-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer (TC 013.284/2011-8):

a.1) Fiscobras 2011. Resultado da análise de oitiva e audiências realizadas a partir dos achados de auditoria nas obras da Ferrovia de Integração Centro-Oeste – FICO (Acórdão 1.949/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer);

a.2) na oportunidade, ficou evidenciada a conduta do responsável em promover fuga à licitação para a contratação do projeto básico do Trecho Campinorte/GO – Água Boa/MT e em determinar a sua elaboração sob a cobertura do Contrato n. 19/2010, cujo objeto era distinto;

a.3) o Tribunal decidiu por rejeitar as razões de justificativa do senhor José Francisco das Neves, aplicando-lhe multa no valor de R\$ 15.000,00, com base no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992;

b) Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler (TC 014.361/2015-9):

b.1) Tomada de contas especial constituída em atendimento ao subitem 9.1.1 do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário em razão de superfaturamento identificado pelo TCU no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A.;

b.2) a Unidade Técnica apurou superfaturamento de R\$ 29.846.919,48, no período de 2010 a 2012;

b.3) na instrução que baliza o voto condutor do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário, a Unidade Técnica (SeinfraOpe) apurou a seguinte participação do responsável:

Responsável: José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34) na condição de Diretor-Presidente da Valec, no período de 4/4/2003 até 24/8/2011.

Conduta: participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004 da Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (base novembro de 2004) no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., infringindo o art. 3º da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade.

Nexo de causalidade: a participação em atos de corrupção e de conluio no âmbito do Lote 2 da Concorrência 8/2004 da Valec, referente ao remanescente da construção da Ferrovia Norte-Sul em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (base novembro de 2004) no Contrato 58/2009.

Culpabilidade: considerando o ambiente de conluio e de corrupção trazido na leniência do CADE e na denúncia do MPF não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável. Com isso, conclui-se que a conduta do responsável é culpável e há, ainda, a obrigação de reparar o dano, motivo de se propor a citação do ex-Diretor Presidente da Valec José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU.

b.4) ainda, o Tribunal decidiu por decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens do responsável, a fim de garantir o integral ressarcimento do débito apurado, nos termos do no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992.

c) Acórdão 1.831/2017-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler (TC 004.056/2015-9):

c.1) Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão 2.447/2014-TCU-Plenário, em razão do indício de superfaturamento identificado no Contrato 21/2001, cujo objeto foi a execução da infraestrutura e superestrutura ferroviárias no trecho compreendido entre o km 0,00 e o km 40,074 da Ferrovia Norte-Sul no Estado de Goiás, relativo ao Lote s/n da Concorrência 4/2001;

c.2) a Unidade Técnica apurou superfaturamento de R\$ 30.369.027,81, no período de 2003 a 2012;

c.3) na instrução que baliza o voto condutor do Acórdão 1.831/2017-TCU-Plenário, a Unidade Técnica (SeinfraOpe) apurou a seguinte participação do responsável:

Responsável: José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), na condição de Diretor-Presidente da Valec, no período de 4/4/2003 até 24/8/2011.

Conduta: participar de atos de corrupção e de conluio mediante recebimento de vantagem indevida no âmbito do contrato 21/2001 da Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 30.369.027,81 (julho/2001), referente a construção da Ferrovia Norte-Sul em trecho de 40 km situado entre Campo Limpo/GO e Ouro Verde/GO, infringindo o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993 e no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Nexo de causalidade: a participação em atos de corrupção e de conluio mediante recebimento de vantagem indevida no âmbito do contrato 21/2001 da Valec, referente a construção da Ferrovia Norte-Sul em trecho de 40 km situado entre Campo Limpo/GO e Ouro Verde/GO, resultou em superfaturamento no valor de R\$ 30.369.027,81 (julho/2001).

Culpabilidade: o responsável é reincidente em condenações no TCU. Além disso, considerando o ambiente de conluio e de corrupção trazido na Denúncia do MPF recebida pela Justiça Federal não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável, especialmente porque é réu em ação penal envolvendo irregularidades na licitação e no contrato objeto da presente tomada de contas especial. Com isso, conclui-se que a conduta do responsável é culpável e há, ainda, a obrigação de reparar o dano, motivo de se propor a citação do ex-Diretor Presidente da Valec José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 combinado com o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU.

c.4) ainda, o Tribunal decidiu por decretar cautelarmente a indisponibilidade de bens do responsável, a fim de garantir o integral ressarcimento do débito apurado, nos termos do no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992;

d) Acórdão 2.305/2017-TCU-Plenário, Rel. Benjamin Zymler (TC 014.362/2015-5):

d.1) Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, em razão do superfaturamento identificado no Contrato 60/2009, cujo objeto foi a execução dos serviços remanescentes da construção do Lote 4 da Ferrovia Norte-Sul (FNS);

d.2) a Unidade Técnica apurou superfaturamento de R\$ 65.428.768,93, no período de 2010 a 2012;

d.3) o Tribunal determinou a citação do responsável José Francisco das Neves, na condição de Diretor-Presidente da Valec, por ratificar o ato de dispensa de licitação, por assinar o

Contrato 60/2009 com preços superiores aos de mercado e por participar de atos de corrupção e de conluio na licitação e na assinatura do Contrato 60/2009, que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 65.428.768,93, infringindo os arts. 3º e 25, §2º, da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade.

67. Destaca-se que nos processos de Tomada de Contas Especial analisados no item anterior engloba, também, o exercício ora analisado (ano de 2011). Já está pacificado neste Tribunal que as irregularidades que persistem por mais de um exercício impactam nas contas anuais dos gestores à época. Nesse sentido, o Enunciado do Acórdão 7.419/2013-TCU-1ª Câmara, Rel. Benjamin Zymler: “A irregularidade que persiste por mais de um exercício impacta a avaliação de mérito da gestão de todos os períodos envolvidos e pode ser utilizada como fundamento para apenar gestores em cada um dos processos de contas anuais”.

68. Os argumentos trazidos pelo responsável foram os mesmos apresentados para justificar os fatos apontados nas Contas Anuais de 2010 (TC 037.394/2011-8), o que reflete que a situação não se alterou durante o período analisado, continuando as irregularidades já antes detectadas. Sobre este aspecto, é entendimento do Enunciado do Acórdão 2.508/2014-Plenário-TCU, Rel. Benjamin Zymler: “A multiplicidade de falhas e irregularidades, avaliadas em conjunto, e a repetição de algumas delas já apontadas em exercícios anteriores são fundamentos suficientes para o julgamento pela irregularidade das contas ordinárias e a aplicação de multa aos responsáveis”.

69. Ainda, constam nas instruções da Unidade Técnica (SeinfraOpe), balizadoras dos votos condutores dos Acórdãos 1.601/2017-TCU-Plenário, 1.831/2017-TCU-Plenário, 2305/2017-TCU-Plenário e 2.310/2017-TCU-Plenário, todos da Relatoria do Min. Benjamin Zymler:

A construção da Ferrovia Norte-Sul (FNS) vem sendo auditada pelo TCU há mais de 10 anos, identificando-se irregularidades de toda ordem, tais como sobrepreço, superfaturamento, jogo de planilha, avanço desproporcional entre as etapas de serviços, gestão temerária, direcionamento nos procedimentos licitatórios, deficiência nos projetos de engenharia e falta de planejamento na execução das obras conforme se depreende, entre outros, dos Acórdãos do Plenário do TCU 2.843/2008, 593/2009, 462/2010, 2.115/2010, 2.478/2010, 1.922/2011, 1.923/2011, 2.433/2011, 3.061/2011, 1.910/2012, 1.978/2012, 1.103/2013, 2.447/2014, 1.498/2015, 1.514/2015, 2.313/2015.

70. Assim sendo, não restam dúvidas de que as falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras acarretaram efetivo prejuízo ao erário, tendo o responsável concorrido para as irregularidades detectadas.

71. De acordo com o histórico de irregularidades apuradas neste Tribunal, conclui-se que as alegadas medidas administrativas adotadas pelo responsável foram insuficientes para dirimir os prejuízos até então já verificados.

72. Com relação ao processo administrativo 931/2009 para apuração de responsabilidades, este já havia sido citado na análise das Contas Anuais do exercício de 2010 (TC 037.394/2011-8), não apresentando justificativa, nem naquela oportunidade nem neste momento, de fato que justificasse a sua conduta. Agravando ainda mais a detecção do TCU acerca de seu envolvimento direto a diversas irregularidades nos contratos de execução de obras da Valec, já explicitado no item 66 desta instrução e seus desdobramentos.

73. Desse modo, os argumentos trazidos pelo responsável não justificaram as condutas observadas, concluindo, então, pela rejeição das razões de justificativas do responsável.

74. Por todos os motivos apresentados, fica evidenciado o nexos entre a conduta do agente e as irregularidades apuradas, propõe-se em julgar irregulares as contas do Sr. José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), com base no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/92.

IV. Responsável Antônio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15)

75. De início, o responsável foi chamado em audiência, na qualidade de Diretor Administrativo e Financeiro (1/1/2011 a 20/10/2011), pela ausência de providências para elidir a precariedade no gerenciamento, supervisão e fiscalização das atividades sob a responsabilidade da Valec na FNS (peça 8, pp. 5-6 da instrução anexa) e na Fiol (peça 8, pp. 7-8), o que resultou em pendências de serviços (lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 16 da FNS) e trechos não concluídos (Ação 11ZH – FNS e 11 ZE - Fiol). Ainda, pela ausência de providências no acompanhamento e controle das recomendações emanadas pela Auditoria Interna da Valec em exercício anterior, com risco de prejuízo à gestão da Valec. (peça 22)

76. Posteriormente, foi instado a se manifestar em audiência complementar, pela pela insuficiência de providências efetivas no exercício, que, por seus resultados, permitissem evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, acarretando risco de prejuízo aos cofres da Valec. (peça 67)

Manifestações e Argumentos

77. O responsável apresentou tempestivamente as suas razões de justificativas, conforme peça 96.

78. O responsável apresenta justificativa para as contas do exercício de 2010. No entanto, em nome da verdade material e das semelhanças dos fatos levantados nos exercícios de 2010 e 2011, aproveita-se a presente razões de justificativa para este processo, não causando prejuízos para a defesa do responsável.

79. Argumenta que a gestão de contratos de obras não é atribuição da Diretoria Administrativa e Financeira, conforme o Regimento Interno da Valec.

80. Várias medidas de sua competência foram tomadas, tais como: controle na execução de pagamentos, glosas de valores recomendados pelo TCU, regularidade documental atestadas pelas áreas responsáveis.

Análise

81. Conforme alega o responsável, as atribuições da Diretoria Administrativa e Financeira não tem por função precípua avaliar os procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, de acordo com o Regimento Interno vigente à época: (peça 105, p. 15-18)

4. Diretoria Administrativa-Financeira

A Diretoria Administrativa/Financeira é um órgão de Execução sob a supervisão direta da Presidência. A esta Diretoria estão subordinadas a Superintendência Administrativa e a Superintendência Financeira, bem como as suas respectivas unidades operacionais.

Atribuições:

- Formular os planos estratégicos e programas de trabalho da VALEC;
- Formalizar propostas para encaminhamento ao Conselho de Administração;
- Coordenar, orientar e supervisionar os assuntos vinculados a sua área funcional, bem como exercer outras atribuições delegadas pelo Diretor-Presidente.

4.1. Superintendência Administrativa

Atribuições:

- Cumprir e fazer cumprir as determinações da Diretoria Administrativa/Financeira, bem como as diretrizes e políticas funcionais estabelecidas;
- Projetar, implantar e operar o sistema de informações gerenciais;
- Elaborar e propor políticas e diretrizes voltadas para a gestão administrativa;
- Conduzir negociações trabalhistas;
- Administrar a concessão de benefícios;

- Elaborar e propor políticas e diretrizes para o desenvolvimento dos Recursos Humanos;
 - Elaborar, administrar e gerir o Programa de Treinamento;
 - Planejar e supervisionar as atividades desenvolvidas pelas unidades sob sua responsabilidade.
- (...)

4.2 Superintendência Financeira

Atribuições:

- Cumprir e fazer cumprir as determinações da Diretoria Administrativa/Financeira, bem como as diretrizes e políticas funcionais estabelecidas;
- Acompanhar a liberação dos recursos financeiros de todas as fontes, a fim de avaliar a disponibilidade orçamentária e financeira da VALEC;
- Propor e coordenar a elaboração dos Planos e Orçamentos externos, anuais e plurianuais, da VALEC, junto ao Executivo e Legislativo;
- Coordenar e promover as solicitações e o acompanhamento de créditos orçamentários junto ao Governo Federal;
- Elaborar e executar a programação orçamentária e financeira da VALEC, e enviar informações pertinentes para órgãos externos;
- Planejar e supervisionar as atividades desenvolvidas pelas unidades sob sua responsabilidade.

82. Assim sendo, a justificativa apresentada pelo responsável encontra respaldo regimental, eximindo-se de quaisquer apenações advindas de falhas decorrentes da execução e supervisão de obras da Valec.

83. Ainda, os contratos de obras da Valec foram objeto de diversos processos específicos neste Tribunal, a exemplo dos já discutidos no item 45 desta instrução, sendo que em nenhum deles ficou atribuída responsabilidade ao senhor Antônio Felipe Sanchez Costa.

84. Infere-se, assim, que as condutas do responsável, na condição de Diretor Administrativo e Financeiro da Valec, em nada contribuíram para as irregularidades apuradas no âmbito do TCU.

85. Com relação à ausência de providências no acompanhamento e controle das recomendações emanadas pela Auditoria Interna da Valec em exercício anterior, o responsável não se manifestou em suas razões de justificativa.

86. De acordo com o teor do ofício de chamamento do responsável em audiência (peça 22), as recomendações não atendidas ou parcialmente atendidas se referem a Relatórios de Obras. A recomendação da CGU neste caso foi (peça 8, p. 40):

Que a VALEC providencie a implementação e funcionamento efetivo de sistema de acompanhamento e controle das recomendações emanadas das auditorias realizadas por sua unidade de Auditoria Interna, fornecendo os meios e recursos suficientes e necessários, tanto humanos como materiais e de sistemas informatizados, de forma a se ter um controle efetivo e tempestivo das recomendações e providências.

87. Acredita-se assim que as falhas não foram decorrentes de inadequado controle das recomendações por parte da Diretoria Administrativa e Financeira, tendo em vista que a sua função não está atrelada a determinações ou recomendações na área de obras executadas pela Valec. Apesar de a falha refletir uma falta de planejamento e organização da entidade, considerando o critério de razoabilidade, entende-se que este fato não macula a gestão do responsável como um todo.

88. Desse modo, propõe-se pelo acolhimento das razões de justificativas apresentadas, concluindo pelo julgamento, regular das contas do Sr. Antônio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15), dando-lhe quitação plena, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei 8.443/93, c/c com o art. 207, parágrafo único, do RITCU.

V. Responsáveis José Eduardo Saboia Castello Branco (CPF 311.020.507-68), Josias Sampaio Cavalcante Junior (CPF 381.024.981-53), Vera Lucia de Assis Campos (CPF 410.833.776-04) e Hostílio Xavier Rattton Neto (CPF 431.742.807-53).

89. Cabe salientar que os responsáveis exerceram cargos de gestão na Valec de 20/10/2011 a 31/12/2011, período este considerado insuficiente para se avaliar as suas condutas no exercício analisado. Entende-se, ainda, exíguo tempo para que pudessem sanar todas as irregularidades aqui levantadas.

90. Assim sendo, dentro de um critério de razoabilidade, propõe-se pelo julgamento de suas contas regulares, dando-lhes quitação plena.

CONCLUSÃO

91. Analisou-se as contas de gestão dos senhores Francisco Elísio Lacerda, Luiz Carlos Oliveira Machado, José Francisco das Neves e Antônio Felipe Sanchez Costa a partir das informações constantes do Relatório de Gestão apresentado pela Valec e da manifestação da Controladoria Geral da União, nos moldes da Instrução Normativa TCU 63/2010 e da Decisão Normativa TCU 107/2010.

92. Em face da análise promovida nos itens 43-52 e 63-74, propõe-se pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis Francisco Elísio Lacerda, Luiz Carlos Oliveira Machado e José Francisco das Neves, uma vez que foram insuficientes para elidir as falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, acarretando evidentes prejuízos ao patrimônio da Valec.

93. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade. Desse modo, propõe-se pelo julgamento de suas contas em irregulares, nos termos do no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/92, c/c art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU.

94. Com relação às contas do senhor Antônio Felipe Sanchez Costa, propõe-se pelo acolhimento integral das suas razões de justificativa, uma vez que foram suficientes para elidir as irregularidades a ele atribuídas. Desse modo, propõe-se pelo julgamento de suas contas em regulares, dando-lhes quitação plena.

95. No que se refere aos responsáveis José Eduardo Saboia Castello Branco, Josias Sampaio Cavalcante Junior, Vera Lucia de Assis Campos e Hostílio Xavier Rattton Neto, considerando o exíguo período em que estiveram à frente de seus cargos, inviabilizando, assim, a análise de suas condutas, propõe-se pelo julgamento de suas contas em regulares, dando-lhes quitação plena.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

96. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo-se:

a) com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19, parágrafo único, e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso II; 210, § 2º; e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas, com a aplicação da multa prevista no artigo 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso I, do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), os recolhimentos das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor, dos seguintes responsáveis:

a.1) José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), na condição de Diretor-Presidente da Valec;

a.2.) Luiz Carlos Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20), na condição de Diretor de Engenharia da Valec;

a.3) Francisco Elisio Lacerda (CPF 036.082.658-05), na condição de Diretor de Planejamento da Valec.

b) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno, julgar regulares as contas dos responsáveis abaixo indicados, dando-lhes quitação plena:

b.1) Antonio Felipe Sanchez Costa (CPF 061.900.227-15), na condição de Diretor Administrativo e Financeiro da Valec;

b.2) José Eduardo Saboia Castello Branco, (CPF 311.020.507-68), na condição de Diretor-Presidente da Valec;

b.3) Josias Sampaio Cavalcante (CPF 381.024.981-53), na condição de Diretor de Planejamento da Valec;

b.4) Vera Lúcia de Assis Campos (CPF 410.833.776-04), na condição de Diretora Administrativa e Financeira da Valec;

b.5) Hostílio Xavier Ratton Neto (CPF 431.742.807-42), na condição de Diretor de Engenharia da Valec;

c) dar ciência à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. sobre as seguintes impropriedades, apuradas no exercício de 2011:

c.1) falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras, em desacordo com o art. 9º, inciso II, da Lei nº 11.772/2008, acarretando risco de prejuízo aos cofres da Valec:

c.1.1) pagamento indevido de serviços de escavação, inclusive rebaixo, e aterro - Lote 6 (peça 8, p. 90-92) e Lote 12 (peça 8, p. 116-117);

c.1.2) realização de serviços de rebaixo em quantidades superiores ao exigido na especificação técnica -Lote 6 (peça 8, p. 93-94);

c.1.3) pagamento por profissional ausente, descumprindo preceito estabelecido em edital – Lote 9 (peça 8, p. 96-97);

c.1.4) pagamento indevido de parcela de horas-extras não previstas no edital – Lote 9 (peça 8, p. 97-98);

c.1.5) não realização da retenção dos pagamentos efetuados pelo transporte de dormentes – Lote 9 (peça 8, p. 98-99);

c.1.6) sobrepreço do orçamento-base, em desacordo ao Sicro II – Lote 9 (peça 8, p. 99-100);

c.1.7) pagamento indevido de escavação, transporte e aterro de “folhelho” como de 3ª categoria – Lote 9 (peça 8, p. 100-102);

c.1.8) pagamento indevido por profissionais ausentes e com requisitos divergentes do edital – Lote 9 (peça 8, p. 102-103), Lote 12 (peça 8, p. 115-116);

c.1.9) elaboração de planilha com inconsistências e distorções quanto aos reajustes – Lote 10 (peça 8, p. 104-105), Lote 11 (peça 8, p. 110-111), Lote 2 (peça 8, p. 131-132), Lote 3 (peça 8, p. 136-137), Lote 4 (peça 8, p. 142-143);

c.1.10) sobrepreço da planilha contratada em relação aos preços do Sicro – Lote 10 (peça 8, p. 105-106), Lote 11 (peça 8, p. 111-113), Lote 12 (peça 8, p. 117-118), Lote 2 (peça 8, p. 132-133), Lote 3 (peça 8, p. 138-139), Lote 4 (peça 8, p. 143-144);

c.1.11) utilização de equações paramétricas para reajustar os contratos, baseadas em índices de obras hidrelétricas – Lote 10 (peça 8, p. 106-107), Lote 11 (peça 8, p. 113-114), Lote 3 (peça 8, p. 137-138), Lote 4 (peça 8, p. 145);

c.1.12) pagamento indevido por equipamentos, em quantidades superiores ao estabelecido em contrato de supervisão – Lotes 10 e 11 (peça 8, p. 107-108); duplicidade de pagamento para a remuneração da alimentação – Lote 11 (peça 8, p. 109), Lote 2 (peça 8, p. 126), Lote 3 (peça 8, p. 133-134), Lote 4 (peça 8, p. 139-140);

c.1.13) precariedade do estado de conservação de equipamentos fundamentais para o controle de qualidade da obra – Lote 11 (peça 8, p. 114-115);

c.1.14) pagamento indevido por profissional ausente e superfaturamento nas medições – Lote 13 (peça 8, p. 119-120);

c.1.15) direcionamento na contratação de funcionários terceirizados – Lote 13 (peça 8, p. 120-121); pagamento em quantidades superiores ao estabelecido no orçamento contratado – Lote 14 (peça 8, p. 121-123);

c.1.16) sobrepreço e distorções de preços entre planilhas contratadas – Lotes 1 e S/N (peça 8, p. 123-125);

c.1.17) não atendimento ao Edital de Licitação 004/2004 no que se refere à experiência mínima da equipe técnica dos funcionários da supervisora – Lotes 1 e S/N (peça 8, p. 125-127), Lote 2 (peça 8, p. 127);

c.1.18) alteração irregular da data de referência para o reajuste do contrato – Lote 2 (peça 8, p. 129-131), Lote 3 (peça 8, p. 135-136);

c.1.19) aprovação de aditivo contratual com alteração irregular da data de referência para o reajuste de contratos – Lote 4 (peça 8, p. 141-142);

c.1.20) precariedade na fiscalização dos serviços – Lote 4 (peça 8, p. 145-147);

c.1.21) atividades sob a responsabilidade da Valec na FNS (peça 8, p. 5-6) e na Fiol (peça 8, p. 7-8), o que resultou em pendências de serviços (Lotes 10, 11, 12, 13, 14 e 16 da FNS) e trechos não concluídos (Ação 11ZH – FNS e 11 ZE - Fiol);

d) ausências do Plano Estratégico Institucional da Valec e do Plano Estratégico de Tecnologia da Informação em afronta ao princípio da eficiência na Administração Pública.

SeinfraPortoFerrovia, em 22 de janeiro de 2018.

(assinado eletronicamente)

Candice Maria Freire Trigueiro Escórcio

AUFC – Mat. 11074-4

ANEXO I – MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO

Achado	Responsável	Período de Exercício	Conduta	Nexo de Causalidade	Culpabilidade
<p>Falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.</p> <p>Prosseguimento inadequado ao processo administrativo 931/2009 de apuração de irregularidades.</p>	<p>José Francisco das Neves CPF 062.833.301-34 Diretor Presidente</p>	<p>1/1/2011 a 24/08/2011</p>	<p>Não adotar medidas de sua competência para evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.</p> <p>Não dar prosseguimento ao processo administrativo 931/2009 para apuração de responsabilidades.</p>	<p>Em não adotar as ações propostas, o responsável contribuiu para ocasionar prejuízos no patrimônio da Valec, bem como não responsabilizar os agentes causadores do dano.</p>	<p>Não foi possível vislumbrar boa-fé do responsável, tendo em vista os vários processos no Tribunal que o apontam como causador do dano.</p> <p>É razoável afirmar que o responsável tinha consciência da ilicitude e que era possível adotar conduta diversa.</p>
<p>Falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.</p>	<p>Luiz Carlos Oliveira Machado CPF 222.706.987-20 Diretor de Engenharia</p>	<p>1/1/2011 a 20/10/2011</p>	<p>Não adotar medidas de sua competência para evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.</p>	<p>Em não adotar as ações propostas, o responsável contribuiu para ocasionar prejuízos no patrimônio da Valec.</p>	<p>Não foi possível vislumbrar boa-fé do responsável, tendo em vista os vários processos no Tribunal que o apontam como causador do dano.</p> <p>É razoável afirmar que o responsável tinha consciência da ilicitude e que era possível adotar conduta diversa.</p>

Achado	Responsável	Período de Exercício	Conduta	Nexo de Causalidade	Culpabilidade
Falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.	Francisco Elísio Lacerda CPF 036.082.658-05 Diretor de Planejamento	1/1/2011 a 20/10/2011	Não adotar medidas de sua competência para evitar falhas nos procedimentos de gerenciamento, supervisão e fiscalização dos contratos de supervisão e de execução de obras.	Em não adotar as ações propostas, o responsável contribuiu para o não aprimoramento na gestão da Valec.	Não foi possível vislumbrar boa-fé do responsável, já que não foram constatados atos ou fatos atenuantes os quais pudessem apontar para atitude zelosa e diligente do responsável na gestão da coisa pública. É razoável afirmar que o responsável tinha consciência da ilicitude e que era possível adotar conduta diversa.