

TC - 011.318/2008-5

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Departamento Penitenciário Nacional.

Recorrente (s): Carla Sueli Barbosa (CPF 851.719.056-49); Cristiano Orém de Andrade (CPF 602.348.811-00); Edson Collet Ibiapina (CPF 262.779.053-68); Marcele Simone Câmara de Andrade (CPF 591.240.917-15); Mauricio Kuehne (CPF 001.610.129-49).

Interessado (s): Caixa Econômica Federal (CNPJ 00.360.305/0001-04); Alexandre Cabana de Queiroz Andrade (CPF 013.636.947-23); Eurico de Salles Cidade (CPF 130.671.680-20); Erika Hatano Routledge (CPF 042.823.257-47); Mário Massao Kobayashi (CPF 238.418.001-06); Oscar Apolonio do Nascimento Filho (CPF 513.002.731-00); Ricardo Paes Barreto Neto (CPF 007.789.368-99) e Palma Construções Ltda. (CNPJ 06.593.156/0001-00).

Advogado (s) constituído (s) nos autos: Dr. José Augusto da Silva OAB/DF 5.049 e outros, procuração à Peça 117.

Decisão Recorrida: Acórdão 740/2017, mantido pelos Acórdãos 1.441/2017 e 156/2018, todos do Plenário do TCU.

Interessado em sustentação oral: Mauricio Kuehne, Peça 196, p. 14.

Sumário: TCE. Obra. Construção de penitenciária federal. Diversas falhas construtivas. Dano ao erário. Citação. Audiência. Débito. Multa. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. Recurso de reconsideração de Erika Hatano Routledge não conhecido. Recursos de reconsideração. Conhecidos. Razões insuficientes para alterar o juízo. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Cristiano Orém de Andrade (R002-Peça 187), Mauricio Kuehne (R003-Peças 196-197), Marcele Simone Câmara de Andrade

(R004-Peça 203), Carla Sueli Barbosa (R005-Peça 205) e Edson Collet Ibiapina (R006-Peça 211), respectivamente, à época, Diretor-Geral Substituto e Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional-Depen/Ministério da Justiça-MJ, presidente da comissão de recebimento, membro da comissão e Coordenador-Geral do Sistema Penitenciário Nacional, por meio dos quais se insurgem contra o Acórdão 740/2017, mantido pelos Acórdãos 1.441/2017 e 156/2018, todos do Plenário do TCU. O Acórdão recorrido foi prolatado na sessão de julgamento do dia 12/4/2017-Extraordinária e inserto na Ata 12/2017-Plenário (Peça 34).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada em razão de determinação constante do Acórdão 546/2008 – Plenário (TC-019.771/2006-4), que deliberou sobre auditoria em obras de penitenciárias federais sob a responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional – Depen/MJ – e determinou a abertura de processo apartado para apuração de eventual dano ao erário e identificação dos responsáveis pelas irregularidades verificadas na obra de construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS,

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

9.1. considerar sanadas as irregularidades apontadas nos itens 9.6.2.2, 9.6.2.3, 9.6.2.5, 9.6.2.7, 9.6.2.8, 9.6.2.9 e 9.6.2.11 do Acórdão 546/2008 – Plenário;

9.2. julgar irregulares as contas da Srª Érika Hatano Routledge (042.823.257-47), dos Srs. Edson Collet Ibiapina (262.779.053-68), Cristiano Orém de Andrade (602.348.811-00), Mauricio Kuehne (001.610.129-49) e da empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda., (06.593.156/0001-00), nos termos dos art. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, § 2º, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, condenando-os, solidariamente, ao pagamento das respectivas importâncias a seguir discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos correspondentes juros de mora, contados a partir das respectivas datas, até a efetiva quitação dos débitos, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da Lei 8.443/1992:

9.2.1. Responsáveis solidários: Érika Hatano Routledge (042.823.257-47), dos Srs. Edson Collet Ibiapina (262.779.053-68), Cristiano Orém de Andrade (602.348.811-00), Mauricio Kuehne (001.610.129-49) e Palma Engenharia Ltda. (06.593.156/0001-00):

| Valor original (R\$) | Data da ocorrência |
|----------------------|--------------------|
| 2.147,51 | 28/12/2004 |
| 228,58 | 1/6/2005 |
| 29,00 | 5/7/2005 |
| 4.641,08 | 5/10/2005 |
| 1.439,39 | 3/11/2005 |
| 2.456,77 | 5/12/2005 |
| 1.909,54 | 26/12/2005 |
| 8.808,71 | 3/2/2006 |
| 7.939,19 | 8/3/2006 |
| 5.078,00 | 6/4/2006 |
| 2.033,62 | 7/6/2006 |
| 1.985,81 | 14/7/2006 |
| 3.119,56 | 8/8/2006 |
| 195,95 | 31/10/2006 |

9.2.2. Responsável: Palma Engenharia Ltda. (06.593.156/0001-00):

| Valor original (R\$) | Data da ocorrência |
|----------------------|--------------------|
| 146.954,77 | 05/12/2005 |
| 36.738,69 | 26/12/2005 |
| 36.738,69 | 03/02/2006 |
| 36.738,69 | 08/03/2006 |
| 36.738,69 | 06/04/2006 |
| 38.674,26 | 05/05/2006 |
| 38.674,26 | 07/06/2006 |

9.2.3. Responsáveis solidários: Érika Hatano Routledge (042.823.257-47) e Palma Engenharia Ltda. (06.593.156/0001-00):

| Valor original (R\$) | Data da ocorrência |
|----------------------|--------------------|
| 79.297,62 | 14/07/2006 |
| 82.231,40 | 08/08/2006 |
| 27.541,43 | 15/09/2006 |

9.3. julgar regulares com ressalvas as contas dos Srs. Oscar Apolonio do Nascimento Filho (513.002.731-00), Eurico de Salles Cidade (130.671.680-20), Alexandre Cabana de Queiroz Andrade (013.636.947-23), com fundamento nos arts. 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, dando-lhes quitação;

9.4. aplicar à Sr^a. Érika Hatano Routledge (042.823.257-47) e à empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda. (06.593.156/0001-00), individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 40.000,00, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento da importância devida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Marcele Simone Câmara de Andrade (591.240.917-15), Carla Sueli Barbosa (851.719.056-49), Mário Massao Kobayashi (238.418.001-06) e Ricardo Paes Barreto Neto (007.789.368-99), julgar irregulares as contas desses responsáveis, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e aplicar-lhes, individualmente, com fundamento nos arts. 1º, inciso IX, e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, multa no valor de R\$ 10.000,00, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. acolher as razões de justificativa do sr. Eurico de Salles Cidade (130.671.680-20);

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

9.8. com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso do Sul, para o ajuizamento das ações civis e penais que considerar cabíveis;

9.9. dar ciência ao Depen/MJ sobre o pagamento de serviços sem cobertura contratual, resultando em divergência entre o valor total pago pela construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS (Contrato 02/2004), até outubro de 2006, e o valor avençado no contrato e

respectivos termos aditivos, em afronta ao disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes (item 9.6.2.6 do Acórdão 546/2008-TCU-Plenário); e

9.10. dar ciência deste acórdão, bem como das peças que o fundamentam, aos responsáveis e à Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, em razão do Inquérito Policial 0511/2008-4-SR/DPF/MS. (ênfases acrescidas).

HISTÓRICO

2. A presente Tomada de Contas Especial-TCE foi instaurada em razão de determinação constante do Acórdão 546/2008-TCU-Plenário (TC 019.771/2006-4), que deliberou sobre auditoria em obras de penitenciárias federais sob a responsabilidade do Depen/MJ – e determinou a abertura de processo apartado para apuração de eventual dano ao Erário e identificação dos responsáveis por irregularidades verificadas na obra de construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS.

2.1. Após a análise inicial, o Relator *a quo*, Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti, manifestou discordância parcial e manteve a citação e/ou a audiência dos seguintes responsáveis em relação às irregularidades discriminadas no quadro abaixo:

| Irregularidade | Ato impugnado | Responsáveis | Valor do débito atualizado até 13/07/2011 (R\$) |
|--------------------|---|--------------------------------|---|
| 1 (item 9.6.2.1) | Aplicação irregular dos índices de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior | Palma Engenharia Ltda. | 90.609,21 |
| | | Érika Hatano Routledge | 90.609,21 |
| | | Édson Collet Ibiapina | 90.609,21 |
| | | Cristiano Orém de Andrade | 90.609,21 |
| | | Maurício Kuehne | 90.609,21 |
| 4 (item 9.6.2.4) | Pagamento em duplicidade dos valores pertinentes à administração da obra | Erika Hatano Routledge | 1.750.156,44 |
| | | Ricardo Paes Barreto Neto | 1.750.156,44 |
| | | Palma Engenharia Ltda. | 1.750.156,44 |
| | | Oscar Apolônio do N. Filho | 1.461.486,01 |
| | | Édson Collet Ibiapina | 315.875,35 |
| | | Cristiano Orém de Andrade | 887.929,88 |
| | | Maurício Kuehne | 571.572,88 |
| | | Eurico de Salles Cidade | 144.460,09 |
| | | Alexandre Cabana de Q. Andrade | 144.460,09 |
| 10 (item 9.6.2.10) | Fiscalização deficiente da obra | Ricardo Paes Barreto Neto | - |
| | Recebimento definitivo de obra com diversos problemas relacionados à má execução de serviços | Mário Massao Kobayashi | |
| | | Marcele Simone C. de Andrade | |
| | | Carla Sueli Barbosa | |
| | | Eurico de Salles Cidade | |

2.2. O Relator *a quo*, por sua vez, incorporou, com os ajustes que considerou necessários, os pareceres da SeinfraUrbana e do *Parquet* especial a suas razões de decidir. Divergiu da unidade técnica por entender que os responsáveis ouvidos em relação à irregularidade 1 concordaram com a concessão do reajuste para todos os itens, assumindo a responsabilidade pela irregularidade referente a aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos à Contratada, empresa Palma Construções Ltda., culminando em pagamentos a maior (itens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão recorrido).

2.3. Quanto ao pagamento em duplicidade dos valores pertinentes à administração da obra, o Relator *a quo* manteve a condenação de Érika Hatano Routledge em solidariedade à Contratada (itens 9.2.3 e 9.4 do Acórdão recorrido), conquanto tenha afastado a responsabilidade dos outros

responsáveis, por entender que a conduta destes não se afigurou decisiva em relação à irregularidade 4 (Peça 141).

2.4. Propôs, igualmente, rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos respectivos responsáveis, ora recorrentes, que haviam sido chamados em audiência pela irregularidade 10 – baixa qualidade da obra, a exceção de Eurico de Salles Cidade que teve suas razões de justificativa acolhidas, e aplicar-lhes as multas individuais previstas no art. 58, inciso II da Lei 8.443/1992 (item 9.5 do Acórdão recorrido), no que foi acompanhado pelos demais Membros do Pleno desta Corte de Contas.

2.5. Erika Hatano Routledge opôs embargos de declaração (R001-Peça 171), os quais foram conhecidos e, no mérito, rejeitados, nos termos do Acórdão 1.441/2017-TCU-Plenário (Peça 214).

2.6. A gestora interpôs, em seguida, recurso de reconsideração (R007-Peça 243), o qual não foi conhecido, nos termos do Acórdão 156/2018-TCU-Plenário (Peça 264).

2.7. Irresignados, os gestores interpuseram os presentes recursos de reconsideração, que se fundamentam nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade efetuados por esta Secretaria (Peças 220-224), ratificados pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo Filho (Peça 227), que concluíram pelo conhecimento dos recursos de reconsideração, nos termos dos art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.5 (exceto primeira parte) e 9.7 do Acórdão 740/2017-TCU-Plenário, efeito suspensivo que se estende aos demais responsáveis condenados em solidariedade com os ora recorrentes por se tratarem de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do RI/TCU.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto dos presentes recursos definir se os gestores atuaram de forma escorreita no âmbito de suas funções.

5. Da atuação escorreita dos gestores no âmbito de suas funções.

5.1. Argumentam que a unidade técnica e o MPTCU acataram suas alegações de defesa, posição com a qual o Relator *a quo* discordou, com fundamento nos seguintes argumentos (Peça 187, p. 5-14, Peça 167, p. 7-14 e Peça 211, p. 2-21):

a) Cristiano Orém de Andrade compreende que não lhe era exigido conduta diversa além de apor seu “de acordo” na NT n. 30/2006, assim como não há nexos causal entre sua participação e a configuração do dano, acrescentando que não atuou com culpa;

b) postula que o erro não residiria na concessão do reajuste, mas sim na não retroação dos preços dos serviços aditivados à data base do contrato antes da aplicação do índice de reajuste. Aspecto que exigiria “intervenção especializada para sua formulação ou detecção, ou seja, imperceptíveis para quem tem a obrigação de verificar tão somente a regularidade formal do processo”, como entende ser o seu caso;

c) os recorrentes objetam que as irregularidades tratadas no bojo do Acórdão recorrido foram objeto de apuração em sede de Processo Administrativo Disciplinar-PAD no âmbito do Ministério da Justiça (Processo 08001.012262/2013-41), cujo relatório final, datado de 2015, propôs o acolhimento das alegações de defesa dos recorrentes e “sua consequente absolvição”, colacionado à Peça 197.

d) Maurício Kuehne coloca que as irregularidades devem ser afastadas, “porque todas as questões do DEPEN que ensejassem assinatura de contratos e seus consectários (pagamentos, etc.) eram precedidas de percuente exame pelas instâncias respectivas, aliado ao pronunciamento da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça”. Coloca que “não havia qualquer elemento que pudesse ensejar irregularidade sob o aspecto material e formal na cadeia que permitiu a formalização do ato acoimado de irregular/ilegal”;

e) alega que a omissão de “não dar continuidade ao processo quanto ao pagamento das verbas poderia ensejar a inexecução ou suspensão do contrato, com sensíveis prejuízos à administração pública, o que felizmente não ocorreu, pois houve a conclusão da Penitenciária Federal de Campo Grande”;

f) Edson Collet Ibiapina alerta que a não observância dos princípios da confiança e da boa-fé, que regem as relações interpessoais nas áreas privada e pública, “imobilizaria toda a sociedade”;

g) reafirma que atuou apoiado em pareceres técnicos, emitidos pela CEF, “que fora contratada pelo DEPEN para a prestação de serviços nas construções das penitenciárias federais, e por isso recebera remuneração”, e pelas divisões técnicas do DEPEN;

h) clama que “agiu de forma cuidadosa e prudente ao atuar no trâmite documental com os devidos amparos técnico e jurídicos, demonstrando zelo com a coisa pública e com a sua carreira de servidor público, e em assim agindo não foi em nenhum momento imprudente ou negligente”;

i) pondera que não haveria nexo causal entre sua conduta e o dano, uma vez que caso não atuasse “em algum dos procedimentos, a assinatura do ordenador de despesa seria suficientemente eficaz para autorizar o pagamento”, relação que não seria inversamente verdadeira, pois se em determinado procedimento faltasse a aprovação do ordenador e houvesse o visto do recorrente, “o ato não teria eficácia para autorizar o pagamento, posto que o Recorrente não detinha competência administrativa para tanto”;

j) sustenta que não se poderia exigir conduta diversa do recorrente. “Não devendo, portanto, ser censurado por ter encaminhado, sem caráter decisório, documentos ordinários que caracterizavam mero expediente administrativo, após se acautelar diligentemente na verificação nos documentos técnicos existentes” e que não agiu “com negligência, imprudência ou imperícia”;

k) atribui de forma exclusiva a responsabilidade à empresa Palma, a qual teria obtido “vantagem indevida” e, portanto, deveria devolver aos cofres públicos o que recebera de forma indevida.

5.2. Marcele Simone Câmara de Andrade alega que “a sua participação foi determinada de forma improvisada, compondo comissões sem as condições necessárias”, com fundamento nos seguintes argumentos (Peça 203, p. 4-18):

a) informa que era recém-chegada ao Departamento e que somente atuou no processo em “data posterior, quando os defeitos que lhe cabiam conferir foram de fato sanados e documentados por foto”, por meio da elaboração do supracitado Relatório de Vistoria de Obras 91/2007 e da lavratura do termo de recebimento definitivo dos serviços, juntamente com os demais membros da Comissão;

b) ressalta que “a referida penitenciária federal já estava ocupada com presos de alta periculosidade desde sua inauguração no dia 21/12/2006, fato que ordinariamente dificulta a realização de vistoria e é causa de desgaste natural considerável em suas estruturas”;

c) sustenta que a “existência de vícios ocultos não elide o poder/dever da Administração de exigir da Construtora Palma Engenharia e da Caixa econômica Federal a garantia contratual da obra e a correção dos mesmos em data futura, quando da sua descoberta”.

5.3. Carla Sueli Barbosa requer a exclusão de seu nome do rol dos acusados pela natureza de seu trabalho e na qualidade de terceirizada. Defende que como era “apenas prestadora de serviço” não estaria sujeita ao regime disciplinar da Lei 8.112/1990 (Peça 205, p. 4-5).

5.4. Edson Collet Ibiapina informa que foi exonerado do cargo de coordenador-geral do DEPEN em 11/7/2006, consoante publicação no DOU de 12/7/2006. Requer, alternativamente, o afastamento de sua participação em relação às “parcelas de pagamento de reajuste” “nas datas de 14/07/2006, 08/08/2006 e 31/10/2006”.

Análise:

5.5. De início, importa mencionar que a atuação do Ministro Relator nos processos desta Corte de Contas não se limita à análise da unidade técnica ou ao parecer do MPTCU, sendo seu posicionamento fundamentado no Voto que acompanha o Acórdão recorrido, o qual, no caso concreto, foi acompanhado por unanimidade pelo Pleno do TCU.

5.6. Quanto ao argumento de que foram inocentados no âmbito do processo administrativo, cabe ressaltar, desde logo, para que, mais uma vez, fique bem assentada a competência constitucional privativa desta Casa nas matérias que lhe cabe, com exclusividade, apurar e julgar, que, no ordenamento pátrio, vige o princípio da independência das instâncias.

5.7. Significa dizer que o TCU exerce a sua jurisdição independentemente das demais jurisdições (civil, penal, trabalhista, tributária, *e. g.*). Há, com efeito, diversos precedentes nesta Casa, corroborando o que se afirmou, dos quais se podem invocar, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos 406/1999-2ª Câmara, 436/1994-1ª Câmara e 6/1996-1ª Câmara.

5.8. Corroborando este entendimento, no âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência a seguir colacionada, na Suprema Corte, *v. g.*, os MS 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça-STJ, colacionam-se os MS 7080, 7138 e 7042, todos do DF. Logo, a atuação do TCU não fica a depender nem do Judiciário, nem de qualquer outro Poder, nem com a atuação do controle interno ou do Órgão Concedente, nem com estas se confunde.

5.9. O voto condutor do Acórdão 2/2003-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Adylson Motta, demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

5.10. Portanto, o fato das alegações de defesa terem sido acolhidas no relatório final do PAD, datado de 2015, que tramitou no Ministério da Justiça, não se presta a elidir as graves irregularidades encontradas nesta TCE, nem a obstaculizar a apuração empreendida pelo TCU.

5.11. As recorrentes, Marcele Simone Câmara de Andrade e Carla Sueli Barbosa, respectivamente, presidente e membro da comissão de recebimento, foram multadas em R\$ 10.000,00 com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 (item 9.5 do Acórdão recorrido), pelo recebimento definitivo de obra com diversos problemas relacionados à má execução de serviços.

5.12. A aplicação da multa fundamentou-se na prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza operacional.

5.13. De fato, neste caso específico, a análise cabível a afastar a imputação da multa reside na comprovação de que o responsável teria, à época, tomado todas as medidas de sua alçada para realizar acompanhar de forma diligente a execução dos serviços de construção.

5.14. Impende ressaltar que a etapa do recebimento é um momento crucial para o sucesso da contratação. É salutar que a comissão receba as obras e os serviços contratados mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, somente após a vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, é o que dispõe o art. 73, inciso I, da Lei 8.666/1993.

5.15. Ademais, a constatação das irregularidades quando do recebimento pela comissão poderia ter provocado a contratada à obrigação de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se constataram vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução, nos termos pactuados. Toda a cadeia de condutas, portanto, contribuiu diretamente para a ocorrência do dano, independentemente da atuação de outros servidores.

5.16. Notadamente, porque buscar o ressarcimento de valores é muito mais dispendioso e demorado para a Administração Pública do que não receber obra com irregularidades e, em virtude deste não recebimento da obra inconclusa ou irregular, seria feita a glosa dos valores que, porventura, tivessem sido pagos indevidamente.

5.17. Note-se que Marcele Simone Câmara de Andrade não nega que realizou o ato administrativo de recebimento definitivo da obra. Pelo contrário, reafirma que o realizou, questionando que permaneceu a frente da pasta por prazo exíguo e “de forma improvisada”.

5.18. Insta ressaltar que afastar a responsabilidade da gestora ocupante do cargo, que realizou o ato administrativo, única e exclusivamente com a premissa de que teria sido investida na função de gestão a pouco tempo, tornaria desprovido de responsabilidade a ocupante daquele cargo, pois se ela não estava completamente inteirada da composição dos documentos que avalizou, não deveria tê-lo feito sem antes se aprofundar no exame da questão.

5.19. Nesse sentido, se a recorrente não se encontrava apta para realizar a função para a qual fora designada, como suscitara, ela deveria ter abdicado de assumi-la ou, após a assunção, solicitar seu afastamento por incapacidade técnica.

5.20. Carla Sueli Barbosa sustenta, por sua vez, que esta Corte de Contas não pode punir funcionários terceirizados.

5.21. No entanto, a distinção entre agentes públicos efetivos e terceirizados, alegada pela defesa, não encontra amparo na Lei Orgânica desta Corte de Contas, que atribui ao TCU o poder-dever de aplicar multa aos responsáveis por ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza operacional, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, que foi utilizado como fundamento para a aplicação da multa.

5.22. Os recorrentes, Cristiano Orém de Andrade, Mauricio Kuehne e Edson Collet Ibiapina, respectivamente, à época, Diretor-Geral Substituto e Diretor-Geral do Depen/MJ e Coordenador-Geral do Sistema Penitenciário Nacional, foram condenados em débito solidário pelos valores referentes à aplicação irregular dos índices de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior (item 9.2.1. do Acórdão recorrido).

5.23. Note-se que um dos recorrentes, Edson Collet Ibiapina, reconhece a existência dos pagamentos irregulares ao argumentar que o débito deveria ser imputado tão somente à empresa contratada.

5.24. A importância da atuação esmerada de cada um dos gestores ao longo da “cadeia hierárquica” ficou didaticamente demonstrada no Voto que fundamenta o Acórdão recorrido, *in verbis* (Peça 141, p. 2-3):

Irregularidade 1: aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos a contratada, culminando em pagamentos a maior.

7. Esta irregularidade decorreu da aplicação indiscriminada de reajuste de preços sobre todos os serviços constantes do orçamento da obra, inclusive sobre aqueles que foram incluídos posteriormente, e cujos preços tinham outra data de referência, posterior à data-base do orçamento. Tal irregularidade foi confirmada por peritos do Departamento de Polícia Federal (peça 13, fls. 13-15 e 60-61).

(...)

11. Com as vênias de estilo, divirjo da análise e encaminhamento das instâncias precedentes nesse ponto. Como já ressaltado no Despacho (peça 13, p. 145), entendo que estes servidores concordaram com a concessão do reajuste para todos os itens, assumindo a responsabilidade pela irregularidade. Ressalto que cada servidor, para garantia da própria Administração Pública, tem uma parcela de responsabilidade para verificar a regularidade e, eventualmente, fazer ressalvas ou rejeitar o que está sendo proposto. Caso contrário, bastaria um único servidor para analisar, assinar, autorizar e pagar o contratado.

12. No caso presente, a partir da elaboração da Nota Técnica, diversos servidores possuíam a função de analisar e verificar a regularidade/legalidade do reajuste proposto e de assinar o termo aditivo. Não se trata de mero “de acordo” para dar andamento processual. Destaco que constava explicitamente do corpo da referida Nota Técnica o cálculo dos reajustes a serem aplicados (peça 24, p. 20-21). Não seria demais questionar se o reajuste seria devido, se incidiria sobre todos os serviços/itens da planilha ou apenas sobre aqueles que já estavam com o devido tempo de um ano. Eventual ressalva de algum desses funcionários poderia ter evitado o dano ao erário, o que não ocorreu.

13. Trata-se sim de uma “cadeia de autorizações”, mas que, entendo, não possuem papel meramente formal. Cada “ator” possui uma parcela de responsabilidade por concordar e dar seguimento ao processo administrativo. E concordar significa ter o mesmo parecer, a mesma opinião. E para emitir tal parecer é preciso assumir a responsabilidade de ler e saber o que está sendo autorizado. Assim, restando estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, não é possível acolher os argumentos apresentados pelos responsáveis citados. (ênfases acrescidas)

5.25. Os recorrentes arguem, ainda, que não podem ser responsabilizados por esta Corte de Contas, pois agiram com suporte em pareceres jurídicos e técnicos.

5.26. Este Tribunal possui entendimento firmado (Acórdãos 2.540/2009-1ª Câmara, 2.753/2008-2ª Câmara e 1.801/2007–Plenário, todos do TCU, Relatores Ministros Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar e Raimundo Carreiro) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastado neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao Erário. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a procedimentos licitatórios, que vão gerar pagamentos.

5.27. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70, *caput*, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

5.28. Em relação à responsabilidade da autoridade competente, responsável pela homologação e adjudicação, relativamente às irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios, e pela assinatura de contratos efetivados sem o respeito aos procedimentos legais. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas” (*in*. Curso de Direito Administrativo, 20ª ed., pág. 569).

5.29. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que a homologação, no processo licitatório, “é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente, a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível” (*in*. Direito Administrativo, 23ª, pág. 291).

5.30. Também a respeito, leciona Marçal Justen Filho que “a homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação” (*in*. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., pág. 426).

5.31. Vê-se, então, que a homologação ou a autorização, no caso concreto, se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pelas esferas subordinadas. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

5.32. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.

5.33. Ao discutir a tese de responsabilização da autoridade competente pela homologação em processo licitatório, assinalou o relator do TC 006.595/2007-6 (Acórdão 1.457/2010-TCU-Plenário, relator Ministro José Jorge):

Dessa forma cabia ao requerente, como autoridade competente para a homologação do certame, examinar se os atos praticados no âmbito do processo licitatório o foram em conformidade com a lei e as regras estabelecidas no edital. Em se verificando a ocorrência de irregularidades, deveria ter adotado as medidas cabíveis para o seu saneamento.

5.34. A mesma tese foi consagrada quando da apreciação de recurso de reconsideração interposto nos autos do TC 008.551/2003-8 (Acórdão 1.685/2007-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler), oportunidade em que a respectiva ementa elaborada pelo Relator e acolhida pelo Colegiado expressou a seguinte tese:

O agente público responsável pela homologação do procedimento licitatório confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação, proclama sua conveniência e exaure a competência discricionária sobre o tema. Assim, ao anuir aos pareceres, este também se responsabiliza, visto que a ele cabe argüir qualquer falha na condução do procedimento.

5.35. Da referida omissão ou negligência do dever de fiscalizar resultou a homologação de certames ilegítimos ou a autorização/de acordo do reajuste de preços de todos os serviços, incluídos aqueles que tinham outra data de referência, posterior à data-base do orçamento, com o consequente potencial dano ao Erário.

5.36. A necessária atuação conjunta de todos os gestores, seja dos departamentos técnicos e jurídicos ou detentores de cargos de chefia, como os recorrentes, tinha por intuito evitar o pagamento indevido de valores a empresa contratada, responsabilidade inerente ao cargo e aos atos praticados pelos recorrentes e por seus superiores e subordinados, dos quais estes não se desincumbiram. Pelo contrário, por meio de seus atos houve a tentativa vã de burlar a fiscalização do controle interno e externo e da sociedade.

5.37. O fato de o administrador alegar ter agido com suporte na boa-fé, sem ter sido comprovado que auferiu benefício pessoal e movido pela relação de confiança não o torna imune à censura do Tribunal. Tal responsabilidade somente poderia ser afastada caso a irregularidade

decorresse de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis no âmbito da análise procedida pela autoridade encarregada de cada ato processual.

5.38. No caso concreto, observar que alguns dos serviços tinham uma data-base diferente dos demais, contando com menos de um ano, não pode ser considerado um vício oculto ou de difícil percepção. Reafirma-se que a eventual ressalva de algum desses funcionários poderia ter evitado o dano ao Erário, o que, em verdade, não ocorreu.

5.39. Sobressai, portanto, no caso concreto, que somente atuando nos exatos ditames legais haverá a aplicação dos recursos públicos com a devida transparência e publicidade, princípios inerentes a esta atividade pública. Do contrário, o controle dos recursos estará sendo burlado, escancarando, assim, inúmeras possibilidades de desvio e malversação dos valores que deveriam ser utilizados única e exclusivamente em benefício do bem comum.

5.40. O panorama que se vislumbra da leitura do conjunto de defesas apresentados nestes recursos é deveras pernicioso à administração pública, pois a prevalecer a tese defendida pelos recorrentes não há responsabilidade de nenhum dos gestores, entretanto, para que a empresa contratada recebesse valores a maior, um ou alguns gestores necessariamente autorizaram os pagamentos irregulares.

5.41. Dos fatos expostos firma-se a convicção que as atuações irregulares dos responsáveis, ao praticar atos com grave infração à norma legal de natureza operacional, foram fundamentais e imprescindíveis para o desvio dos recursos federais e graves o suficiente para macular suas atuações administrativas, o que os torna solidários pelo débito apurado.

5.42. Reafirma-se que a fiscalização do Contrato em questão não exigia qualquer habilitação ou treinamento especial, pois, no caso concreto, bastaria observar que existiam serviços com data-base diferente dentre os itens que foram reajustados. O fato de os gestores não terem apontado a irregularidade e, também, não terem tomado as providências necessárias para a correta execução contratual somente demonstra o não comprometimento com as atribuições para às quais foram designados.

5.43. Em relação à argumentação de Edson Collet Ibiapina de que teria sido exonerado do cargo de coordenador geral do DEPEN em 11/7/2006, o que, segundo a defesa, afastaria sua participação em relação às “parcelas de pagamento de reajuste” “nas datas de 14/07/2006, 08/08/2006 e 31/10/2006”, cabe divisar que o gestor não foi condenado em débito solidário por ter ordenado este ou aquele pagamento, mas por ter se manifestado “de acordo” na Nota Técnica 30/2006-CGSPF/Depen, ato que concorreu para o cometimento do dano ao Erário. A data de cada débito decorre, por sua vez, da data de pagamento, tão somente para fins de correção monetária (Peça 142, p. 9):

I.3. Responsável: Édson Collet Ibiapina

Cargo/função: Coordenador-Geral do Sistema Penitenciário Federal.

Conduta: manifestar-se ‘de acordo’ com a Nota Técnica 30/2006-CGSPF/Depen (peça 24, p. 20-21), que continha erro na aplicação do índice de reajuste sobre os itens aditivados e instruiu a elaboração do 5º termo aditivo ao contrato 02/2004, implicando pagamentos a maior.

5.44. Desse modo, não há como acolher os argumentos apresentados.

CONCLUSÃO

6. Da análise anterior, conclui-se que:

a) a atuação do Ministro Relator nos processos desta Corte de Contas não se limita à análise da unidade técnica ou ao parecer do MPTCU, sendo seu posicionamento fundamentado no Voto que acompanha o Acórdão recorrido, o qual, no caso concreto, foi acompanhado por unanimidade pelo Pleno do TCU;

b) se Marcele Simone Câmara de Andrade não se encontrava apta para realizar a função para a qual fora designada, como suscitara, ela deveria ter abdicado de assumi-la ou, após a assunção, solicitar seu afastamento por incapacidade técnica;

c) a distinção entre agentes públicos efetivos e terceirizados, alegada por Carla Sueli Barbosa, não encontra amparo na Lei Orgânica desta Corte de Contas, que atribui ao TCU o poder-dever de aplicar multa aos responsáveis por ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza operacional, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, que foi utilizado como fundamento para a aplicação da multa;

d) a homologação ou a autorização, no caso concreto, se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pelas esferas subordinadas. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Da referida omissão ou negligência do dever de fiscalizar resultou a homologação de certames ilegítimos ou a autorização/de acordo do reajuste de preços de todos os serviços, incluídos aqueles que tinham outra data de referência, posterior à data-base do orçamento, com o consequente potencial dano ao Erário;

e) a fiscalização do Contrato em questão não exigia qualquer habilitação ou treinamento especial, pois, no caso concreto, bastaria observar que existiam serviços com data-base diferente dentre os itens que foram reajustados.

6.1. Ante o exposto, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 740/2017, mantido pelos Acórdãos 1.441/2017 e 156/2018, todos do Plenário do TCU, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I e 33 da Lei 8.443/1992 e art. 285 do RI/TCU:

a) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Carla Sueli Barbosa (CPF 851.719.056-49); Cristiano Orém de Andrade (CPF 602.348.811-00); Edson Collet Ibiapina (CPF 262.779.053-68); Marcele Simone Câmara de Andrade (CPF 591.240.917-15); Mauricio Kuehne (CPF 001.610.129-49) e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar ciência do Acórdão que for prolatado aos recorrentes, à Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, em razão do Inquérito Policial 0511/2008-4-SR/DPF/MS, e aos órgãos/entidades interessados, ressaltando-se que o Relatório e o Voto que o fundamentarem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

TCU/Segecex/Serur/2ª Diretoria, em 26/6/2018.

(Assinado eletronicamente)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7671-6