

VOTO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos pelos Srs. Lafayette Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo ao Acórdão 467/2019-Plenário.

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial oriunda da conversão de representação pelo Acórdão 1588/2005-Plenário, acerca de supostas irregularidades verificadas na Concorrência 012/2000 e no Contrato 007/2001, dela decorrente, cujo objeto eram as obras de construção do cais para contêineres do Porto de Maceió/AL.

3. O objeto do processo é o dano ao Erário decorrente do subdimensionamento da produtividade na derrocagem, que levou ao superfaturamento deste serviço, além de irregularidades no faturamento do serviço “*Bota-fora DMT=12 Km*”.

4. Após a citação dos agentes públicos da Codern e das empresas que fizeram parte do nexo causal do débito, o Tribunal decidiu, por meio do Acórdão 1299/2013-Plenário:

“9.1. acolher as alegações de defesa da empresa Hidrotopo Consultoria e Projetos Ltda. e excluir sua responsabilidade no processo;

9.2. julgar irregulares as contas de Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayette Pacheco Neto e condená-los, solidariamente com a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., conforme as responsabilidades indicadas abaixo, ao pagamento das importâncias a seguir discriminadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres da Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas correspondentes até a data do recolhimento, na forma da legislação vigente:

9.2.1. responsabilidade solidária de Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, José Jackson Queiroga de Moraes e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.:

<i>Data</i>	<i>Débito (R\$)</i>
<i>08/07/2002</i>	<i>955.184,20</i>
<i>14/08/2002</i>	<i>441.725,07</i>
<i>10/09/2002</i>	<i>782.652,35</i>
<i>14/10/2002</i>	<i>511.245,79</i>
<i>20/11/2002</i>	<i>472.421,59</i>
<i>06/12/2002</i>	<i>478.124,32</i>

9.2.2. responsabilidade solidária de José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayette Pacheco Neto e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.:

<i>Data do débito</i>	<i>Débito (R\$)</i>	<i>Crédito (R\$)</i>
<i>07/01/2002</i>	<i>4.005,33</i>	

10/05/2002	3.190,49	
14/06/2002		3.063,28
08/07/2002	65.003,58	
10/09/2002	24.327,32	

9.3. *aplicar individualmente a José Jackson Queiroga de Moraes, Fernando Antônio Crisóstomo, Lafayette Pacheco Neto e à empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;*”

5. Irresignados com essa deliberação, os responsáveis ingressaram com embargos de declaração, que foram conhecidos e rejeitados nos termos do Acórdão 1.534/2014-Plenário e, posteriormente, recursos de reconsideração, que foram conhecidos e parcialmente providos, na forma do Acórdão 2.905/2018-Plenário.

6. Na ocasião, o Tribunal decidiu reduzir o valor dos débitos consignados nos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 1299/2013-Plenário e, por consequência, diminuiu o valor das multas aplicadas.

7. Mais uma vez irresignados, os Srs. Lafayette Pacheco Neto, Fernando Antônio Crisóstomo, Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e Jackson Queiroga de Moraes ingressaram com embargos de declaração, os quais foram conhecidos e rejeitados, nos termos do Acórdão 467/2019-Plenário.

8. Novamente insatisfeitos, os Srs. Lafayette Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo interuseram os presentes embargos de declaração, nos quais alegaram haver omissão no Acórdão 467/2019-Plenário.

9. Segundo eles, o fato determinante para oposição dos primeiros embargos de declaração foi a “(...) circunstância de os embargantes terem de forma espontânea *"diligenciado junto aos demais estratos da Administração que representavam, recomendando, dentro de suas atribuições e poderes, a retenção dos valores tidos por indevidos nas parcelas que se venceriam do contrato auditado"*, o que foi arguido em suas defesas”.

10 Os responsáveis aduziram que haviam informado aos seus superiores que esta Corte de Contas apontara possível montante a ser ressarcido ao Erário, com relação aos serviços que acompanhavam, nos importes de R\$ 446.990,87 segundo a Secex/RN, ou de R\$ 403.431,03, no entendimento da SECOB. Nesse contexto, recomendaram a retenção do maior valor, corrigido pela Selic, nas faturas vincendas devidas à contratada, até o posicionamento definitivo da demanda.

11. Segundo eles, “*não havia alternativa aos ora Embargantes senão solicitar as referidas retenções visto que os serviços já haviam sido concluídos, medidos e pagos*”.

12. Assim, os recorrentes informaram e comprovaram duas ações diferentes, a saber: a solicitação para retenção da quantia de R\$ 446.990,87, que seria mantida como garantia caso houvesse determinação do TCU para a eventual devolução dos recursos, objeto dos primeiros embargos de declaração; e os descontos já efetuados pela Comissão de Fiscalização, por ainda estarem em execução, considerados no recurso de reconsideração como crédito de R\$ 23.045,11, “*referentes a efetivos descontos efetuados através das notas fiscais (1142 e 1143) de descontos de valores reconhecidamente pagos indevidamente*”.

13. Segundo os responsáveis, *“o destaque tão-somente da segunda ação dos descontos efetuados, transformados em crédito de R\$ 23.045,11 (vinte e três mil, quarenta e cinco reais e onze centavos), certamente induziram essa Corte de Contas a equívoco quando do seu julgamento, que culminou com o Acórdão nº 467/2019 - TCU – Plenário”*.
14. Desse modo, os embargantes aduziram que o julgado padece de significativa omissão, deixando de tratar do fator mais importante da demanda, o que os leva a renovar o pedido aclaratório.
15. Com isso, requereram que fosse dado provimento ao presente expediente recursal, promovendo os esclarecimentos perseguidos para, ao final, sob efeitos infringentes, isentar os recorrentes de quaisquer eventuais responsabilidades no processo.
16. Preliminarmente, observo que os presentes embargos de declaração preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992, razão pela qual entendo que eles devem ser conhecidos.
17. Com relação ao mérito, assinalo que não houve omissão no acórdão recorrido quanto às providências adotadas pelos defendentes após a identificação das irregularidades pela equipe de auditoria do TCU.
18. A questão foi enfrentada da seguinte forma no voto condutor da deliberação atacada:
- “15. Sobre a retenção das importâncias apontadas, compreendo, em linha de dissonância com os embargantes, que não era essa a única medida ao alcance de alguém encarregado de realizar a fiscalização de contratos. Como é de praxe, cabia aos aludidos agentes a adoção de medidas voltadas à regular liquidação das despesas, em especial o cumprimento estrito do contrato e das especificações das composições de custo unitário dos serviços.*
- 16. Com relação ao estorno dos valores pagos a maior, destaco que tal ocorreu, evidentemente, após a irregular medição e pagamento dos itens de transporte de bota-fora, isto é, após a concretização das falhas. Ainda assim, ele ocorreu em valor menor do que o adequado. A despeito disso, o montante estornado foi considerado como crédito no valor do débito imputado aos responsáveis, tendo sido, inclusive, utilizado para reduzir o valor da multa que lhes foi aplicada.*
- 17. Por essas razões, entendo que o Acórdão 2.905/2018-Plenário não incorreu nos vícios alegados pelos Srs. Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo, motivo pelo qual cabe manter, em seus próprios termos, a decisão embargada.”*
19. Em complemento, esclareço que quando afirmei que a retenção não era a única medida ao alcance de alguém encarregado de realizar a fiscalização de contratos, evidentemente estava indicando que, antes disso, havia a obrigação de cumprir a lei e realizar as medições contratuais de acordo com as especificações do edital e do contrato. Era um dever anterior, cujo descumprimento gerou pagamentos indevidos à contratada.
20. Conforme visto, destaquei que as medidas informadas pelos recorrentes constituem condutas realizadas após a consumação da irregularidade em razão da qual foram citados, a saber, a medição de transporte de materiais que já tinham sido pagos em outros itens do contrato (liquidação indevida de despesas).
21. A despeito da ausência de omissão da deliberação recorrida, revendo meu posicionamento anterior, compreendo que a conduta dos recorrentes, de informar a instância decisória da Codern sobre as constatações preliminares do Tribunal e sugerir a retenção dos pagamentos, interrompeu o nexo causal dos atos comissivos anteriores, a saber, a falha na fiscalização do contrato materializada pela medição irregular do item *“2.4 – bota-fora, DMT = 12 Km”*.

22. Como é cediço, a doutrina e a jurisprudência acolhem majoritariamente a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexo causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada. Trata-se, inclusive, da teoria adotada pelo Código Civil, conforme reconhecido pelo STF no RE 130.764/PR, ainda na égide da codificação anterior:

“Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.”

23. Segundo a teoria da interrupção do nexo causal, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, a causa é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele. Dessa forma, apesar de o prejuízo ter se consumado com as medições e os pagamentos irregulares, ele poderia ter sido sanado a tempo, caso a administração da Codern tivesse, de modo diligente, acatado a recomendação dos embargantes e promovido a retenção dos valores tidos por indevidos nas parcelas que se venceriam do contrato auditado.

24. Dito de outra forma, a existência de uma concausa – a atitude omissiva da administração da Codern em face do memorando que lhe foi enviado pelos recorrentes – foi causa direta do prejuízo causado ao Erário. Por esse motivo, julgado adequado excluir a responsabilidade dos Srs. Lafayette Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo pelo débito indicado no subitem 9.2.2 do Acórdão 1299/2013-Plenário.

25. A despeito disso, compreendo que persiste como irregularidade passível de ensejar a aplicação de multa aos referidos gestores a liquidação irregular do item “2.4 – *bota-fora*, DMT = 12 Km”. Em minha visão, os responsáveis atuaram com culpa grave ao medirem, novamente, no aludido item, o transporte até o *bota-fora* dos materiais medidos nos subitens 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4 e 2.3, cujos preços unitários já incluíam ou deveriam incluir o transporte, segundo as regras do edital e a composição de custos unitários da planilha da contratada.

26. A propósito, trago à baila algumas considerações anteriores, a fim de demonstrar a atuação irregular dos embargantes.

27. No voto condutor do Acórdão 2.905/2018-Plenário, consignei que o edital era claro “(...) em seu item 1.7, que a carga, o transporte e a deposição do material nos locais estipulados pela fiscalização já deveriam estar incluídos nas composições dos serviços de demolições e retiradas”.

28. Segue a redação do item supramencionado do edital (peça 6, p. 6):

“1.7. Demolições e Retiradas

Os serviços de demolição e remoção de blocos de pedra serão medidos e pagos por metro cúbico de serviço realmente executado. A remoção de paralelepípedos será medida e paga por metro quadrado de pavimento removido e a retirada de chapas e perfis metálicos será medida e paga por quilograma de perfil retirados. Para todos os serviços estão incluídos a carga o transporte e a deposição em locais estipulados pela fiscalização”. (grifos acrescidos)

29. Quanto ao item 2.3 da planilha, embora o edital não tivesse previsto que o serviço deveria contemplar o transporte de materiais, como os itens 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4, a Secob verificou que a empresa incluiu, **sponte própria**, o transporte na sua composição. Tal aspecto parece ter repercutido

no preço ofertado, que se mostrou superior ao de referência, o qual não contemplava transporte – R\$ 31,75 e R\$ 26,84, respectivamente (peça 7, p. 28 e peça 6, p. 13).

30. Com isso, a medição, no item 2.4, dos materiais demolidos, removidos e movimentados já medidos nos itens 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4 e 2.3, implicou violação às regras do edital e ao princípio do não enriquecimento sem causa da empresa, no caso do último serviço. Tais aspectos constaram da instrução da Secob que fundamentou o Acórdão 1299/2013-Plenário:

“5.3.6.1 Antes que se alegue a duplicidade de critérios, é preciso tecer algumas observações. Nos serviços 1.7.1 e 1.7.2 não foi aceito o pagamento (por meio do 2.4) do transporte, embora a CPU não contemple o insumo, por conta dos critérios de medição. No serviço 2.3, a CPU traz o transporte e, ainda que os critérios de medição admitam o pagamento do 2.4, tal valor não pode ser pago em duplicidade. A diferença entre um caso e o outro reside nos princípios aplicáveis às contratações públicas: no primeiro, o bota-fora representaria burla à licitação, como já detalhado acima; no segundo, a Administração Pública deve interpretar que o licitante, conquanto autorizado pelos critérios de medição a faturar o bota-fora, optou por incluir desde logo o transporte no preço do 2.3, não sendo razoável, sob pena de enriquecimento ilícito, pagar duas vezes pelo mesmo serviço.”

31. Dessa forma, reputo adequada a aplicação de sanção aos Srs. Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo, devendo ser alterada apenas a sua fundamentação, que passará para o art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, em razão da exclusão dos agentes públicos do rol de responsáveis pelo débito.

32. Com relação ao valor da multa, compreendo que o comportamento **post factum** dos responsáveis também pode ser considerado na dosimetria.

33. Conforme assinalo no voto condutor do Acórdão 1.214/2018-Plenário, a ampla discricionariedade do julgador de contas, na consideração dos fatos a serem sopesados na sua atividade de aplicação de sanções administrativas, permite que a conduta pós ilícito dos responsáveis seja levada em conta no exercício do poder sancionatório do Tribunal.

34. Considerando que não existe norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser sopesados, nem as circunstâncias atenuantes e agravantes para fixação da extensão da sanção do TCU, tal como ocorre no Direito Penal, o julgador de contas têm maior liberdade para avaliar o comportamento dos agentes, inclusive após a consumação da irregularidade.

35. Tal procedimento está de acordo, ainda, com o art. 28, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recém introduzido pela Lei 13.655/2018, o qual prevê que *“na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”* (grifo acrescido).

36. Sendo assim, considerando as providências adotadas pelos recorrentes após a consumação do ilícito, no sentido de instar a administração da Codern a reter o superfaturamento apontado pela fiscalização do TCU; e considerando a pequena materialidade dos pagamentos indevidos frente ao total contratado – 0,15% (R\$ 70.418,33/ R\$ 46.534.112,81 -, a sugerir que a falha na fiscalização foi pontual; fixo o valor das multas individuais dos Srs. Lafayete Pacheco Neto e Fernando Antônio Crisóstomo em R\$ 5.000,00.

37. Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de junho de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator