

TC – 009.031/2012-0

Processos apensados: TC 017.740/2011-8;
TC 007.399/2015-4; TC 018.967/2016-7;
TC 010.377/2017-4; TC 028.941/2017-9;
TC 029.029/2018-0.

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

Unidade jurisdicionada: Ministério da Pesca e Aquicultura (extinto).

Recorrentes: Alberto Fioravante Sondermann Frega (CPF: 600.576.617-15); Altemir Gregolin (CPF: 492.308.169-49), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no interesse de Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior (CPF: 353.688.703-10), Cléberon Carneiro Zavaski (CPF 023.413.119-54); Dirceu Silva Lopes (CPF 276.574.930-20); Intech Boating Industria e Comercio de Embarcações Ltda. (CNPJ 03.968.900/0001-15).

Advogados constituídos nos autos: Igor Santanna Tamasaukas, OAB/SP 173.163, e outros (peças 199, 219 e 388); Beatriz Watanabe Silva, OAB/DF 67.919, e outros (peça 385); Hugo Mendes Plutarco, OAB/DF 25.090, e outros (peça 356); Alexandre Melo Soares, OAB/RS 51.040, e outros (peça 302); Marcus Vinicius Furtado Coêlho, OAB/DF 18.958, e outros (peça 289); Marcello Terto e Silva, OAB/DF 16.044, e outros (peça 288); Ricardo Cardoso, OAB/DF 61.947, (peça 255); e Márcia Maria Araújo Caires, OAB/DF 19.760, (peça 165).

Interessado em sustentação oral: João Antônio Sucena Fonseca (peça 247).

Sumário: 1. Tomadas de Contas Especial. Falhas de planejamento, restrições à competitividade e fuga do procedimento licitatório na aquisição de lanchas-patrolha. Contas irregulares. Débito. Multa. 2. Oposição de 3 Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. 3. Não conhecimento de 1 Embargos de declaração. 4. Recurso de Reconsideração. Não conhecido. 5. Recursos de reconsideração. Conhecidos. Elementos incapazes de alterar o *decisum*. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Altemir Gregolin, Cleberson Carneiro Zavaski e Dircei Silva Lopes (R004); Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda. (R006); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no interesse de Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior (R007); e Alberto Fioravante Sondermann (R008), por meio do qual se insurgem contra o Acórdão 3.056/2020-Plenário (peça 251), modificado pelo Acórdão 925/2021-Plenário (peça 325) e mantido pelo Acórdão 2.043/2021-Plenário (peça 441).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor, transcrevendo-se em destaque os itens objeto do recurso de reconsideração:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada em cumprimento ao Acórdão 719/2012-Plenário, com o objetivo de avaliar os procedimentos destinados à aquisição de 28 lanchas-patrolha, para fiscalização da pesca ilegal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. acolher as alegações de defesa apresentadas de Wilson José Rodrigues de Abreu;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Manoel Viana de Sousa e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda.

9.3. julgar irregulares as contas de Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., com fulcro no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento do débito correspondente a R\$ 1.033.86,05, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU) , o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 5/10/2010, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.4. aplicar, em razão do débito objeto do subitem 9.3 deste Acórdão, a Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 1.800.000,00;

9.5. julgar irregulares as contas de Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Manoel Viana de Sousa e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., com fulcro no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento do débito correspondente a R\$ 548.966,47, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU) , o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 1/7/2010, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.6. aplicar, em razão do débito objeto do subitem 9.5 deste Acórdão, a Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Manoel Viana de Sousa

e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 900.000,00;

9.7. acolher, parcialmente, as razões de justificativas de Alberto Fioravante Sondermann Frega, Wilson José Rodrigues Abreu; Leandro Balestrin; Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr.; e Wilson José da Silva;

9.8. rejeitar as razões de justificativas de Altemir Gregolin, Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Cleberson Carneiro Zavaski, Karim Bacha, Antônio Chrisóstomo de Souza, e Manoel Viana de Sousa;

9.9. julgar irregulares, com fulcro nos artigos 16, inciso III, alínea “b”, e 19, Parágrafo único, da Lei 8.443/1992, as contas de Altemir Gregolin, Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Cleberson Carneiro Zavaski, Karim Bacha, Alberto Fioravante Sondermann Frega, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva, Antônio Chrisóstomo de Souza, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., Wilson José Rodrigues Abreu e Manoel Viana de Sousa, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, inciso I, do mesmo diploma legal, nos seguintes valores:

Responsável	Valor (R\$)
Altemir Gregolin	40.000,00
Dirceu Silva Lopes	51.000,00
José Claudenor Vermohlen	28.000,00
Cleberson Carneiro Zavaski	23.000,00
Karim Bacha	20.000,00
Alberto Fioravante Sondermann Frega	30.000,00
Leandro Balestrin	21.000,00
Wilson José da Silva	15.000,00
Antônio Chrisóstomo de Souza	24.000,00
Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr.	8.000,00
Wilson José Rodrigues Abreu	8.000,00
Manoel Viana de Sousa	8.000,00

9.10. fixar o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para os responsáveis comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das multas objeto dos subitens 9.4, 9.6 e 9.9 deste Acórdão ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até o efetivo recolhimento, se pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.11. 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;

9.12. inabilitar, com fulcro no art. 60 da Lei 8.443/1992, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de 6 anos, Altemir Gregolin, Dirceu Silva Lopes; Cleberson Carneiro Zavaski; José Claudenor Vermohlen e Karim Bacha;

9.13. ordenar à SecexAmbiental que:

9.13.1. realize as diligências pertinentes, com vistas a identificar a situação das lanchas e, a depender da situação encontrada, adote as medidas processuais cabíveis, para que eventuais irregularidades sejam apuradas em representação específica ou nas contas dos responsáveis;

9.13.2. adote medidas com vistas à análise do TC 034.611/2011-8 e de outros eventuais processos cuja apreciação esteja aguardando o deslinde destes autos;

9.14. dar ciência desta decisão ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, à Advocacia-geral da União, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos demais interessados.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada por determinação do Acórdão 719/2012-TCU-Plenário (peça 3), decorrente de auditoria realizada no então Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA), no segundo semestre de 2011 (TC 017.740/2011-8), com o objetivo de avaliar procedimentos licitatórios destinados à aquisição de 28 lanchas-patrolha, a serem utilizadas na fiscalização da pesca ilegal.

2.1 As aquisições foram realizadas por meio de dois pregões presenciais (PP 32/2008 e PP 34/2009), que deram origem aos Contratos 3/2009 e 5/2010, ambos firmados com a empresa Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda. O primeiro, no valor de R\$ 5.605.000,00, tinha por objeto 5 lanchas-patrolha, enquanto o segundo destinava-se ao fornecimento de 23 embarcações semelhantes, no valor total de R\$ 24.138.500,00 (peça 252, p. 1).

2.2 O relatório de fiscalização (peça 181) apontou indícios de superfaturamento, de R\$ 1.033.860,05, relativo à aquisição das cinco primeiras embarcações (Contrato 3/2009), e de R\$ 639.980,50, correspondente ao 2º termo aditivo (2º TA) do mesmo contrato (peça 252, p. 1).

2.3 Em síntese, as irregularidades que deram ensejo à presente TCE foram (peça 252, p. 1):

- a) falhas no planejamento das aquisições das lanchas-patrolha;
- b) restrições à competitividade das licitações, ocasionando o superfaturamento na aquisição objeto do contrato 3/2009;
- c) irregularidades na avaliação das exigências de qualificação técnica das licitantes;
- d) celebração de aditivos ao contrato 3/2009, para contratação de novos itens, com fuga ao procedimento licitatório, ausência de pesquisa de preços e da motivação da contratação, dando margem a indícios de superfaturamento da ordem de R\$ 639.980,50;
- e) ausência da pesquisa de preços que fundamentou a estimativa do valor da aquisição das 23 lanchas-patrolha objeto do Contrato 5/2010;
- f) realização de pagamentos antecipados à contratada;
- g) ausência de monitoramento da utilização das lanchas distribuídas.

2.4 Após analisar as alegações de defesa de 9 responsáveis pelo superfaturamento de R\$ 1.033.860,05 e de mais 9 pessoas pelo superfaturamento de R\$ 639.980,50, bem como as razões e justificativas de 12 agentes por irregularidades apontadas no curso da auditoria, a SecexAmbiental propôs o julgamento pela irregularidade das contas, débito, multas com base no art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança de cinco gestores do mais alto escalão do MPA (peça 192, p. 53-55).

2.5 O parecer do MPTCU (peça 195), em essência, anuiu com a proposta da unidade técnica, todavia, apontou possível fragilidade na quantificação do débito de R\$ 639.980,50 (p. 13).

2.6 Em despacho, o então Relator, Augusto Nardes, determinou a restituição dos autos a SecexAmbiental para nova quantificação do valor do dano (peça 209).

2.7 Em nova instrução (peça 220), a SecexAmbiental manteve o encaminhamento anterior, todavia propôs a redução do débito de R\$ 639.980,50 para R\$ 548.966,47 (p. 13-16), tendo a proposta sido ratificada pelo MPTCU conforme parecer acostado à peça 223.

2.8 Em janeiro de 2019, o Relator, Augusto Nardes, declarou-se impedido (peça 236) e, em novembro de 2019, o novo Relator, Aroldo Cedraz, declarou o seu impedimento (peça 250).

2.9 Em novembro de 2020, o Relator *a quo*, Ministro Walton Alencar Rodrigues, em essência, anuiu com as propostas da unidade técnica e do *parquet* de Contas (peça 252) e foi acompanhado pelos demais Ministros do Plenário (peça 251).

2.10 Foram interpostos quatro embargos de declaração (peças 265, 290-291, 303-305 e 317), que ou não foram conhecidos ou foram rejeitados pelo Acórdão 925/2021-TCU-Plenário (peça 325). Esta decisão também corrigiu, de ofício, erros materiais da decisão anterior, afastando o ex-Consultor Jurídico do MPA, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior, do rol de responsáveis de que tratam os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.056/2020-TCU-Plenário (peça 326, p. 1).

2.11 Foram interpostos ainda cinco recursos de reconsideração (peças 313-315, 357-361, 370, 371 e 374). Por sua vez, o Acórdão 2.043/2021-TCU-Plenário não conheceu o recurso de reconsideração do Sr. Antonio Chrisóstomo de Sousa (R009) por restar intempestivo (peça 441).

2.12 Nesse contexto, o presente exame analisará as alegações recursais dos demais recursos de reconsideração ainda não julgados (peças 313-315, 357-361, 370 e 371).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade efetuados por esta unidade instrutora (peças 365, 366, 423, 424, 426 e 427), ratificado pelo Ministro-Relator Vital do Rêgo (peças 373 e 438), que concluiu pelo conhecimento dos recursos de reconsideração acostados às peças 313-315, 357-361, 370 e 371, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6, 9.9, 9.11 e 9.12 do Acórdão 3.056/2020-TCU-Plenário, em relação aos recorrentes.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto do presente exame responder se:

- a) houve violação ao devido processo legal;
- b) houve a prescrição do débito;
- c) houve falhas no planejamento das aquisições das 28 lanchas-patrolhas;
- d) houve restrições ao caráter competitivo dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009;
- e) houve superfaturamento no Contrato 3/2009;
- f) houve superfaturamento no 2º TA ao Contrato 3/2009;
- g) a responsabilidade do Sr. Alberto Fioravante Sondermann Frega (ex-assessor da Diretoria de Logística, Infraestrutura e Comercialização do MPA) pode ser afastada ou atenuada;
- h) é possível responsabilizar o Ministro de Estado e secretários executivos de Ministério;
- i) a falta de pessoal no MPA impossibilita a responsabilização;
- j) houve a aplicação de multa além dos limites legais;
- l) a multa aplicada à empresa Intech Boating foi desproporcional; e

m) é possível responsabilizar o parecerista jurídico.

Do devido processo legal

5. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-Ministro da Pesca e Aquicultura), Cleberson Carneiro Zavaski (ex-secretário executivo) e Dirceu Silva Lopes (ex-secretário executivo) defendem que, em homenagem às garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, seja reaberto o prazo recursal para que possam complementar as suas defesas.

5.1 Sustentam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) os autos do Relatório de Auditoria do TC 017.740/2011-8 contaria com “itens não digitalizáveis” e por isso o acesso a determinadas peças deveria ser solicitado à Secretaria de Gestão de Processos (Seproc). A defesa técnica dos recorrentes teria, por diversas vezes, tentado entrar em contato para requerer o acesso à integralidade das peças processuais (peça 313, p. 9);

b) somente em 7/1/2021 a Seproc teria informado da necessidade de petição específica para o acesso aos itens não digitalizáveis. Na mesma data, teria sido protocolizado o pedido, todavia, a defesa não teria tido sucesso. Dessa forma, o prazo para impugnação da decisão vergastada já estaria fluindo, sem, contudo, a defesa técnica ter acesso à integralidade dos autos (peça 313, p. 10).

Análise:

5.2 De início, as alegações não autorizam a reabertura do prazo recursal.

5.3 Em primeiro, o Relator *ad quo* indeferiu o mesmo pleito no despacho acostado à peça 316.

5.4 Em segundo, compulsando os autos do TC 017.740/2011-8 não se achou nem o pedido de acesso aos itens não digitalizáveis e nem qualquer negativa da Seproc.

5.5 Portanto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da prescrição do dano

6. A empresa Intech Boating defende a prescrição do débito.

6.1 Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) em sede de embargos de declaração, a recorrente teria sustentado que o débito estaria prescrito, em vista dos seguintes fatos: (i) intervalo de tempo superior a três anos entre os fatos apurados e a citação para o presente processo; e (ii) intervalo de tempo superior a 5 anos entre a citação e o julgamento definitivo do processo. Tais prazos decorreriam do art. 206, §3º, inciso IV, do Código Civil (peça 357, p. 28);

b) além disso, o lapso temporal entre a compra das embarcações e a citação no presente processo seria superior a três anos (peça 357, p. 28);

c) com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Tema 899, a recorrente teria demonstrado ter ocorrido a prescrição do dano, em vista do lapso temporal superior a cinco anos entre a citação e a publicação da decisão (peça 357, p. 28);

d) o posicionamento do STF adviria do fato de que as dívidas, resultantes de processos em trâmite em Tribunais de Contas, teriam natureza de dívida ativa. Para defender isso, trouxe a redação do art. 174 do Código tributário Nacional e do art. 40 da Lei 6.830/1980 (peça 357, p. 30-31);

e) não obstante a clareza do entendimento do STF, o Acórdão 925/2021-TCU-Plenário teria rejeitado os embargos de declaração, argumentando que o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636.886 não poderia ser aplicado, em razão de não ter havido trânsito em julgado daquele processo, o que justificaria a aplicação da Súmula TCU 282 (peça 357, p. 31);

f) citou julgamento do STF que entendeu que a vinculação de tese firmada em processo submetido ao rito da repercussão geral se daria com o seu julgamento, e não seria necessário aguardar o trânsito em julgado para que produza seus efeitos (peça 357, p. 31-32);

g) ainda que se admita que a ausência do trânsito em julgado do *leading case* possa impactar a aplicabilidade da tese firmada pelo STF junto a essa Corte de Contas, o que se admitiria apenas por hipótese, a melhor cautela seria a suspensão do presente feito até o desfecho do RE 636.886, de modo a conferir segurança jurídica e economia processual, bem como evitar a movimentação da máquina pública desnecessariamente (peça 357, p. 33).

6.2 O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil defende a prescrição do dano.

6.3 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) seria preciso que o TCU acate a decisão do STF no Tema 899 (RE 636.886/AL). Nesse julgado, a Suprema Corte teria concluído que os prazos prescricionais seriam aqueles existentes, mesmo antes da tipificação dos denominados atos de improbidade administrativa, no Decreto 20.910/1932, na Lei 4.717/1965, na Lei 5.162/1966, na Lei 7.347/1985, na Lei 6.830/1980, na Lei 8.429/1992 e na Lei 8.666/1993, conforme se extrairia do seguinte trecho do voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes (peça 370, p. 13):

A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS, teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa. A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (**Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986**); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento. Desse modo, entendo que, no caso, não há que se falar em imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do **Código Tributário Nacional** c/c art. 40 da **Lei 6.830/1980**, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente.

[destaque do original]

b) No que se refere a contagem, interrupção e suspensão do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento ao erário, trouxe voto vogal do Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do julgamento do RE 636.886, o qual teria entendido que seria aplicável o prazo quinquenal, a existência de prazo decadencial e de suas causas de interrupção (peça 370, p. 13-18);

c) seria incabível que o TCU deliberadamente, ainda que ciente de decisão do STF, optasse por contrariar de modo frontal a decisão da Suprema Corte do país. Inobstante a decisão no RE 636.886 não ter transitado em julgado, o fato seria que o entendimento esposado teria prevalecido, motivo pelo qual deveria ser adotado desde já em atenção à segurança jurídica (peça 370, p. 18).

Análise:

6.4 No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 451, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário]

6.5 Primeiramente, cabe antecipar que o débito apurado não prescreveu segundo os critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

6.6 Com efeito, a referida decisão estabeleceu o seguinte entendimento: (i) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (10 anos) e é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada; (ii) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição; (iii) haverá suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa; (iv) a prescrição será aferida independentemente de alegação da parte; e (v) o entendimento do mencionado acórdão será aplicado de imediato aos processos novos e aos pendentes de decisão.

6.7 Nesse contexto, conforme a Portaria 292/2007, o prazo prescricional começou a correr em 5/1/2010, para o superfaturamento no Contrato 3/2009, e em 1/7/2010, para o superfaturamento no 2º termo aditivo (2º TA) do mesmo ajuste, data em que as respectivas avenças foram pagas (TC 017.740/2011-8, peça 37, p. 101 e 135).

6.8 Considerando que a citação foi determinada em julho de 2012 pelo TCU (peça 12), em prazo inferior a dez anos, operando, portanto, a interrupção do prazo prescricional (reinício da contagem), não houve a prescrição pelos critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

6.9 Conforme será demonstrado, não se deu a prescrição do dano com base na Lei 9.873/1999, vez que todas as interrupções do prazo se deram em prazo inferior a cinco anos.

6.10 De início, o prazo prescricional começou a correr em 5/1/2010, para o superfaturamento no Contrato 3/2009, e em 1/7/2010, para o superfaturamento no 2º TA, data em que as respectivas avenças foram pagas (TC 017.740/2011-8, peça 37, p. 101 e 135).

6.11 Em 28/3/2012, o Acórdão 719/2012-TCU-Plenário determinou a conversão do feito em tomada de contas especial (peça 3), ensejando a interrupção do prazo prescricional, com base no art. 2º, II, da Lei 9.873/1999.

6.12 Em 25/2/2014, instrução da unidade técnica concluiu pelos danos (peça 192, p. 53-55), de modo a acarretar interrupção do prazo prescricional (art. 2º, II, da Lei 9.873/1999).

6.13 Em 7/12/2016, instrução da unidade técnica concluiu novamente pelos danos (peça 220, p. 14-16), acarretando interrupção do prazo prescricional, com base no art. 2º, II, da Lei 9.873/1999.

6.14 Em 18/11/2020, o Acórdão 3.056/2020-TCU-Plenário confirmou o dano (peça 251).

6.15 Portanto, conforme se depreende das datas grifadas, o feito não ficou paralisado por mais de cinco anos sem decisão entre uma interrupção de prazo e a seguinte, de modo que não houve a prescrição pelos critérios da Lei 9.873/1999.

Conclusão sobre a prescrição

6.16 Por todo o exposto, o débito em análise não prescreveu nem pelos critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenários e nem pelos previstos na Lei 9.873/1999.

Das falhas no planejamento das aquisições das 28 lanchas-patrolhas

7. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-Ministro), Cleberson Carneiro Zavaski (ex-secretário executivo) e Dirceu Silva Lopes (ex-secretário executivo) defendem a ausência de falhas no planejamento das aquisições das lanchas-patrolhas.

7.1 Sustentam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) a política pública implantada pelo Ministério da Pesca e Aquicultura, que teria partido de estudos e debates estabelecidos nas Conferências Nacionais de Pesca e Aquicultura, possuiria como norte o apoio à cadeia produtiva e objetivaria desenvolver a pesca artesanal brasileira, bem como reduzir do custo de produção, de modo a oferecer uma infraestrutura de suporte às atividades de produção e comercialização do pescado (peça 313, p. 11);

b) o maior estudo sobre a necessidade de o Brasil combater a pesca ilegal teria sido o Programa REVIZEE (peça 313, p. 12);

c) a obtenção de meios materiais para a fiscalização pesqueira das águas jurisdicionais brasileiras, através da aquisição das lanchas patrulhas, visaria prover o país de tais meios que, dentro da limitação temporal para execução de um processo licitatório, atendendo a todos os prazos formais e orçamentários, se apresentaria como adequada, aceitável e exequível (peça 313, p. 12);

d) o plano estratégico da SEAP/PR 2008/2011 (peça 314) deixaria claro a centralidade da fiscalização para o desenvolvimento sustentável da pesca e a estratégia de sua execução através de parceria com os órgãos responsáveis diretos pela fiscalização. Nele teria sido destacado no diagnóstico que um dos graves problemas a serem enfrentados seria a “Fiscalização ineficiente e desarticulada com os órgãos de ordenamento e controle” (p. 9-10). Além disso, o documento definiria como terceiro programa o “Desenvolvimento sustentável da Pesca” (p. 70) – peça 313, p. 12-13;

e) no Comitê Executivo Aquipesca, teria sido estabelecido que a fiscalização dos recursos pesqueiros se daria por ação conjunta entre os órgãos fiscalizadores e caberia à Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca (SEAP) a aquisição de equipamentos para prover de estrutura os respectivos órgãos para terem condições efetivas de fiscalização (peça 313, p. 13-14);

f) dessa forma, a SEAP e, posteriormente, o MPA teriam como política a gestão dos recursos pesqueiros, que incluiria a fiscalização como um pilar estratégico para o desenvolvimento do setor. Assim teriam sido desenvolvidas um conjunto de ações coerentes e complementares na área de ordenamento e fiscalização, inclusive como recomendações do REVIZEE, segundo a qual a compra das lanchas patrulha seria apenas mais uma das ações (peça 313, p. 14);

g) todas as ações de proteção dos recursos pesqueiros não seriam suficientes e não lograriam sucesso sem uma efetiva ação fiscalizatória em tempo real das embarcações que cometessem pesca ilegal e predatória. Nesse contexto, a SEAP já teria instituído diversos outros programas para fins de fiscalização da pesca ilegal, todavia teria sido verificado que, sem a fiscalização efetiva através da abordagem nos locais de pesca por lanchas patrulha, a fiscalização não seria eficiente (peça 313, p. 16 e 19);

h) dessa forma, caberia reconhecer, não apenas a necessidade premente do combate à pesca ilegal, como também de que a SEAP e o MPA teriam compromisso, planejamento, programas e ações efetivas para garantir a sustentabilidade da pesca, respaldadas nas recomendações do REVIZEE, nas recomendações das conferências nacionais de aquicultura e pesca e nas decisões dos comitês gestores (peça 313, p. 20);

i) o MPA teria competência e atribuição de fiscalização das embarcações e do cumprimento das licenças de pesca emitidas. Além disso, o objetivo do programa seria adquirir os equipamentos e destiná-los aos órgãos que já exerciam o papel de fiscalização como o IBAMA. Dessa forma, seria uma irracionalidade da gestão pública e desperdício de dinheiro público ter uma multiplicidade de órgãos fazendo fiscalização da mesma atividade (peça 313, p. 20-21);

j) o apontado descompasso, pela decisão vergastada, entre a produção de lanchas e a formalização das parcerias com os órgãos fiscalizadores teria se dado por razões que teriam fugido à governabilidade do MPA, em razão das dinâmicas de cada órgão envolvido. Em que pese isso, as tratativas estariam evoluindo e se vislumbraria chegar a um acordo. Dessa forma, não seria correto afirmar que o Ministério teria desconsiderado tais dificuldades e teria optado por dar prosseguimento ao projeto de forma descompromissada (peça 313, p. 22-23);

l) a decisão vergastada teria desconsiderado o fato de que a execução de parte do projeto ter se dado em 2010, período eleitoral, quando a legislação vedaria a transferência de recursos e bens. Similarmente, teria desconsiderado as mudanças de comando do Ministério, que teriam resultado na descontinuidade do programa, mudanças de prioridades e desmonte de equipes (peça 313, p. 23);

m) o *decisum* teria desconsiderado que as primeiras 5 lanchas adquiridas teriam feito parte de um projeto piloto e que por isso, naquele primeiro momento, não haveria razões para buscar parceiros para as 23 lanchas que eventualmente fossem objeto de compra futura (peça 313, p. 24);

n) ao se considerar o período compreendido entre a data da primeira licitação, 26/12/2008, e da segunda licitação, 22/12/2009, como período de vigência do projeto piloto, ter-se-ia que o período de efetivação do programa definitivo teria se iniciado, em 22 de dezembro de 2009, e a responsabilidade dos recorrentes seria até o dia 31 de dezembro de 2010, quando deixaram o MPA.

Ou seja, os responsáveis só poderiam responder pelo período de 1 ano do projeto definitivo, referente ao segundo contrato objeto do presente processo, lapso de tempo que se diferenciaria muito dos 3 anos apontados pelo *decisum*, o que, obviamente, redundaria em análise diferenciada do caso (peça 312, p. 25-26);

o) a decisão vergastada teria usado como critério para avaliar a efetividade do programa a entrada em operação das lanchas. Todavia, dever-se-ia considerar o momento da entrega das lanchas ao parceiro com assinatura do contrato de cessão, momento em que este assumiria as responsabilidades com o uso do equipamento e a prestação de contas periódica através de relatórios. Nessa perspectiva, até 31 de dezembro de 2010, teriam sido entregues 8 lanchas, até março de 2011, mais 4, e, até junho de 2011, mais duas. Ou seja, um total de 14 lanchas teriam sido entregues, o que mostraria que a destinação estaria sendo efetivada (peça 312, p. 26-27);

p) a doação das lanchas demonstraria a atitude mais cômoda do gestor que sucedeu o recorrente Altemir Gregolin. Dessa forma, o sucessor do ex-ministro, ao invés de empenhar-se em negociar com os órgãos finalísticos para a destinação das lanchas ao fim perquirido pelo planejamento inicial, teria pretendido se livrar das lanchas para não se envolver no presente processo, o que demonstraria uma falta de compromisso com o setor pesqueiro (peça 312, p. 27);

q) dessa forma, os recorrentes não poderiam ser responsabilizados pelo destino dos equipamentos após o dia 31 de dezembro de 2010 e nem se estes estariam cumprindo sua finalidade,

pois esta responsabilidade seria de quem assumiu a gestão do MPA nos anos subsequentes aos seus mandatos (peça 312, p. 28).

Análise:

7.2 As alegações não sustentam qualquer alteração do *decisum*, visto que, os recorrentes, em essência, apenas reapresentaram argumentos que foram devidamente enfrentados ao longo deste feito.

7.3 Antes de adentrar nas alegações recursais, cabe trazer a seguinte passagem do voto condutor da decisão sobre a presente irregularidade (peça 252, p. 2-3):

(...) as aquisições das lanchas-patrolha pelo MPA foram realizadas sem a observância de critérios mínimos de planejamento.

Tais indícios dizem respeito ao fato de o MPA ter adquirido, no período de dezembro de 2008 a março de 2011, 28 lanchas-patrolha, no valor aproximado de R\$ 31 milhões, quando, nos termos do relatório de auditoria, a quantidade e o ritmo dessas aquisições foram “muito superiores à capacidade de o Ministério colocar as embarcações em atividade”.

Nesse sentido, sem a realização dos indispensáveis estudos para avaliar a necessidade e a viabilidade das aquisições, por meio do contrato 03/2009, foram adquiridas as primeiras cinco embarcações e, antes mesmo que entrassem em operação regular, o órgão firmou novo contrato (5/2010), para o fornecimento de outras 23 unidades.

Some-se a isso que os pareceres exarados no âmbito do Ministério evidenciavam a ausência de competência legal do Órgão para realizar o patrulhamento marítimo, lavrar autos de infração ou coibir a prática de crimes ambientais.

Tal como previsto nesses pareceres, após realizar as aquisições, o MPA buscou firmar parcerias com outros órgãos públicos, como o Ibama, ICMBio e Polícias Militares Ambientais, com vistas à realização da fiscalização da pesca ilegal, deparando-se com enormes dificuldades na celebração dessas parcerias, em razão de os possíveis parceiros não possuírem recursos destinados à operação e manutenção das embarcações – estimados em mais de R\$ 350 mil anuais, para cada lancha.

Diante desses empecilhos, nos termos do relatório de auditoria, as lanchas contratadas foram sendo concluídas e deixadas sob a guarda do fabricante, que assumiu a responsabilidade de fiel depositário, para que pudesse receber o respectivo pagamento, antes da efetiva entrega dos bens.

A injustificada pressa em pagar as embarcações era tanta que, na vigência do segundo contrato, o Ministério determinou a construção de mais dez lanchas, quando apenas três, das treze fabricadas até então, estavam em atividade, e, posteriormente, a fabricação das últimas cinco, no momento em que quatro das 23 adquiridas estavam em operação e o fabricante era fiel depositário de quatorze lanchas, para as quais não havia destinação definida.

Três anos após a realização da primeira licitação, 23 das 28 lanchas adquiridas estavam fora de operação, com iminente risco de sucateamento por falta de uso, conservação e limpeza, obrigando o Ministério a formalizar, com evidente desperdício de recursos públicos, termos aditivos destinados a minimizar esses riscos.

[destaques e grifos acrescentados]

7.4 Passando para as alegações, o fato de o planejamento estratégico da Secretaria Especial da Aquicultura e Pesca (SEAP) e do Comitê Executivo Aquipesca terem estabelecido a prioridade de fiscalizar a pesca predatória não afasta que as cinco primeiras lanchas-patrolhas foram adquiridas, sem qualquer estudo que fundamentasse a aquisição e o seu quantitativo. Nesse contexto, o documento que respaldou o primeiro pregão presencial (PP 32/2008) foi a Nota Técnica 8/2009 (NT 8/2009) – acostada ao TC 017.740/2011-8, peça 12, p. 2-22.

7.5 Tal documento se limitou a apontar locais da costa brasileira onde ocorre pesca ilegal. A partir disso, sugeriu-se que o uso de lanchas rápidas de patrulha e fiscalização seria suficiente para coibir a prática de ilícitos, mas sem estabelecer umnexo entre a pesca irregular e a aquisição de lanchas-patrulha. De fato, a simples existência de barcos de patrulhamento não é capaz de inibir a prática de qualquer ilícito, especialmente se as premissas mais básicas para sua operacionalização não forem atendidas, como o estabelecimento de parcerias com órgãos que disponham de infraestrutura e competência legal para fiscalizar a pesca.

7.6 Além disso, o documento não avaliou alternativas de soluções menos custosas, como a fiscalização do desembarque do pescado nos terminais pesqueiros e entrepostos de comercialização, e nem propôs um prazo razoável para que fosse possível avaliar a efetividade das cinco primeiras aquisições. Similarmente, o documento não fez nenhuma referência a tratativas com os órgãos que supostamente iriam utilizar as embarcações, não avaliou o custo de operação, nem estimou os benefícios em termos de provável volume de redução da pesca ilegal.

7.7 Nesse contexto, cabe transcrever a seguinte passagem da manifestação da unidade técnica com relação a Nota Técnica 8/2009 (peça 192, p. 8):

O expediente, que “tem como objetivo subsidiar o Ministério da Pesca e Aquicultura – MPA na análise de aquisição de lanchas rápidas específicas para ações de patrulha e fiscalização da atividade de pesca no litoral brasileiro” (RA, peça 38, p. 2), **assemelha-se a um parecer encomendado para justificar aquisições já decididas**. De fato, o Sr. Karim Bacha afirmou, em suas razões de justificativa, que a cúpula do Ministério há muito havia tomado a decisão da compra, inclusive quanto às especificações e quantitativos do objeto a ser licitado.

[grifos e destaque acrescidos]

7.8 Similarmente, não deve prosperar as alegações de que as aquisições foram recomendações do REVIZEE (Relatório Executivo de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva). Isso porque tal estudo, coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e Ibama, em 2006, apenas concluiu que “mais de 70% dos recursos pesqueiros brasileiros estão sobreexplotados ou ameaçados de extinção e que é urgente a necessidade de ação do Estado brasileiro no ordenamento e fiscalização da pesca”. Dessa forma, em nenhum momento, este documento sugeriu que a solução do problema seria a aquisição de lanchas-patrulha (peça 192, p. 7).

7.9 Também não socorrem os responsáveis as alegações de que as lanchas-patrulhas seriam destinadas a outros órgãos fiscalizadores e que o MPA vinha promovendo iniciativas para formalizar tais parcerias. Embora houvesse a previsão, nos termos de referência dos dois pregões (TC 17740/2011-8, peça 7, p. 38, item. 1.6) e na NT 8/2009 (TC 017.740/2011-8, peça 12) de que as embarcações seriam destinadas a outros órgãos públicos, nenhum desses órgãos foi consultado antes da realização das licitações (peça 192, p. 8).

7.10 Além disso, mesmo sem conseguir celebrar parcerias com órgãos com um mínimo de estrutura suficiente para garantir o uso e a manutenção das embarcações, o MPA continuou a ordenar a fabricação de novas unidades em ritmo ininterrupto. Conforme a passagem transcrita acima do voto condutor do *decisum*, o Ministério determinou a construção de mais dez lanchas, quando apenas três, das treze fabricadas até então, estavam em atividade, e, posteriormente, a fabricação das últimas cinco, quando quatro das 23 adquiridas estavam em operação e o fabricante era fiel depositário de quatorze lanchas, para as quais não havia destinação definida. Quanto a este aspecto, cabe trazer a seguinte passagem da instrução da unidade técnica (peça 192, p. 12):

De fato, a pressa com que se ordenavam a fabricação de novas unidades não sugere uma preocupação com o prazo de entrega, mas sim com **a execução integral do contrato na gestão do Ministro Altemir Gregolin**. A emissão da Ordem de Serviço 3/2010, determinando a construção das últimas cinco unidades, ocorreu no dia 31/12/2010, último dia do mandato do ex-

ministro. Em ocasiões anteriores, era praxe que o fiscal do contrato elaborasse uma nota técnica recomendando a fabricação de novas unidades antes da emissão da ordem de serviço. Talvez por falta de tempo hábil para isso, a OS 3/2010, emitida no último dia do ano, não foi precedida de um parecer técnico para subsidiá-la.

[destaques e grifos acrescidos]

7.11 Portanto, um gestor zeloso teria suspenso a emissão de novas ordens de serviço assim que constatasse que não seria capaz de definir a destinação das primeiras unidades fabricadas, todavia, os administradores do MPA fizeram exatamente o contrário, aumentando o ritmo das aquisições.

7.12 No mesmo sentido, não deve prosperar a alegação de que as primeiras 5 lanchas adquiridas teriam feito parte de um projeto piloto, uma vez que o MPA deveria ter aguardado prazo suficiente para avaliá-lo antes de comprar mais 23 unidades. Além disso, o fato de as aquisições terem sido feitas em ano eleitoral não afasta o dever de cautela com os recursos públicos geridos.

7.13 Por fim, o fato de ter havido mudanças no comando do Ministério não afasta e nem atenua a irregularidade apontada, uma vez que a aquisição das lanchas-patrolhas, em ritmo injustificadamente acelerado, se deu antes mesmo que os gestores soubessem quais órgãos públicos teriam condições técnicas, orçamentárias e financeiras de receber as embarcações. Além disso, a destinação das embarcações para órgãos, como a Marinha do Brasil, na gestão seguinte, se tornou a única alternativa para evitar o seu sucateamento, em razão da falta de uso.

7.14 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Das restrições ao caráter competitivo dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009

8. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-ministro do MPA) e Dirceu Lopes (ex-secretário executivo do MPA) defendem a inexistência de restrições ao caráter competitivo dos pregões.

8.1 Sustentam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) o termo de referência e a especificação técnica das lanchas-patrolha teriam sido produzidos, pela equipe técnica da SEAP/MPA, que, por sua vez, teria levantado editais de diversos processos e observado o alto grau de qualificação e complexidade requeridos na preparação do referido documento, de modo que teriam sido adotados requisitos técnicos-militares para as aquisições. Dessa forma, de acordo com o entendimento dos técnicos da SEAP/MPA esse padrão militar seria o mais adequado para o projeto de combate à pesca ilegal (peça 313, p. 30);

b) de fato, o projeto da lancha-patrolha se espelharia em embarcações da Marinha do Brasil, conforme teria sido reconhecido pela própria auditoria do TCU (peça 313, p. 30);

c) o corpo técnico da SEAP/MPA teria estabelecido parâmetros mínimos no edital, visando assegurar que as embarcações tivessem a melhor qualidade possível para cumprir com a finalidade para a qual se destinavam (peça 313, p. 30);

d) a suposição de direcionamento da licitação seria contrária ao estabelecido pela legislação em vigor (§2º do art. 3º do Anexo I - Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão do Decreto nº. 3.555/2000), vez que uma especificação técnica deveria apresentar detalhamento adequado ao desempenho e qualidade requeridos para uma embarcação que deveria cumprir missões de fiscalização (peça 313, p. 30-31);

e) teriam sido levantados pelo menos 8 editais e especificações técnicas de embarcações de perfil operacional que apresentariam semelhanças e requisitos de alto nível de sistemas de bordo. Além disso, segundo os técnicos do SEAP/MPA, as lanchas patrulhas deveria conter, minimamente, os seguintes pressupostos (peça 313, p. 33-34): a) requisitos de mobilidade (velocidades de cruzeiro, manobrabilidade, diâmetro tático, autonomia e raio de ação); b) requisitos do casco (material do casco

e calado); c) requisitos de propulsão; d) requisitos de geração de energia elétrica; e) requisitos de sistemas auxiliares; f) requisitos dos sistemas de comunicação e navegação; g) requisitos de pessoal e habitabilidade (número de tripulantes, refeitório; cozinha, banheiro e leitos para a tripulação de segurança); e h) requisito de embarcação de apoio em águas rasas;

f) Acrescentou as seguintes exigências operacionais (peça 313, p. 34-36): (i) sistema de propulsão moderno e com capacidade de desempenho para as funções para a qual a embarcação foi designada; (ii) sistema de água doce para atender às necessidades de beber água dos tripulantes, bem como de higiene pessoal; (iii) sistema de água salgada para atender às demandas de refrigeração de motores e do sistema de esgoto sanitário; (iv) sistema elétrico para atender às necessidades de partida dos motores de propulsão e geração de energia elétrica de bordo para iluminação e alimentação de sistemas de comunicação e navegação; (v) sistema de forração e divisórias com vistas a criar ambientes diferentes e isolamento térmico, atinentes às áreas habitáveis e de serviço; (vi) sistema de comunicação adequado às suas funções precípua; (vii) sistema de navegação adequado à sua área de operação; (viii) condições de produção e consumo de alimentos, com cozinha e local para refeições; (viii) sistema de combate a incêndio; (ix) equipamento de sobrevivência em alto mar, em caso de avaria da embarcação; (x) tanques de bordo com capacidades adequadas às demandas de consumo de aguada (água doce de consumo), combustível e outros consumíveis líquidos, em conformidade com a autonomia estabelecida para suas operações;

g) todos os itens acima apresentariam relevância técnica compatível com a características operacionais de função de fiscalização, policial e militar. Além disso, caberia salientar que não existiriam normas civis para embarcações que exerçam funções de fiscalização pesqueira, fiscalização ambiental, combate a atividades marítimas ilícitas, dentre outras.

Assim, para a aquisição de embarcações que venham a cumprir tais missões, deveriam ser elaboradas especificações técnicas exclusivas para cada caso, conforme seria feito pela Marinha, Polícia Federal; Ministério do Meio Ambiente, dentre outros (peça 313, p. 37-38);

h) a participação de uma única empresa no PP 32/2008 não seria argumento para afirmar que teria havido direcionamento da licitação. À época, os estaleiros no Brasil não deteriam linhas de produção de embarcações de patrulhamento, uma vez que este mercado seria pouco desenvolvido. Na verdade, o programa de aquisição de lanchas-patrolha pela SEAP teria aberto este mercado e, já na segunda licitação, outras empresas já teriam participado (peça 313, p. 41);

i) na fase de planejamento da licitação, teria sido feita consulta de preços as seguintes empresas especializadas na construção de lanchas em fibra de vidro: Odoardo Lantierra - Spirit Ferretti, Marco Landi do Estaleiro ML Boats e Intech Boating Ltda.

O valor estimado da licitação, R\$ 1.180.000,00, teria sido proposto pela Intech Boating Ltda (vencedora da licitação), que propôs o valor mais baixo dentre os demais preços ofertados: R\$ 1.729.000,00 e R\$ 1.730.000,00 (peça 313, p. 41-42);

j) a fim de refutar a linha de raciocínio do *decisum*, haveria de se questionar a razão pela qual o segundo pregão, apesar de ter sido realizado de forma presencial e conter as mesmas especificações do primeiro, ter tido a participação de outras empresas (peça 313, p. 42);

l) seria importante reiterar que a escolha do pregão presencial, em detrimento do eletrônico, teria se baseado na necessidade de ser observado o alto grau de qualificação e complexidade requeridos para bens desta importância. Além disso, não haveria qualquer proibição legal para o uso da referida modalidade de pregão para objeto em questão (peça 313, p. 44);

m) quanto ao uso do pregão presencial, acostou pareceres de Marçal Justen Filho e Joel de Menezes Niebuhr, os quais serão transcritos parcialmente a seguir (peça 313, p. 45-52):

Marçal Justen Filho

Não se pode extrair o efeito da invalidade do pregão em caso de descumprimento da regra. Se o órgão optar por não realizar a licitação na modalidade de pregão ou se preferir o pregão comum, embora configurado um objeto comum, daí não se seguirá a invalidade da licitação - desde que, obviamente, o certame tenha sido conduzido com observância das normas da Lei nº 8.666.

Deve ter-se em vista que a Lei nº 8.666 continua em vigor e nenhum dispositivo legal estabeleceu proibição de aplicação de suas regras para contratação de bem ou serviço comum. A disposição regulamentar tem natureza de orientação normativa, tal como acima exposto.

Dito em outras palavras, nenhum órgão de controle nem particular poderá impugnar a validade de uma licitação passada, presente ou futura sob o argumento de que, no caso, deixou de optar-se pelo pregão numa situação de contratação de bem comum.

Joel de Menezes Niebuhr

(...) Explicando melhor: de acordo com a sistemática da Lei nº 10.520/02, mais precisamente do **caput** do seu artigo 1º e do § 1º do seu artigo 2º, a adoção do pregão é facultativa, bem como o é a adoção do pregão eletrônico. Quer dizer que o legislador prescreve aos agentes administrativos, se o objeto da licitação for qualificado como bem ou serviço comum, a faculdade de adotarem a modalidade pregão ou as tradicionais, previstas na Lei nº 8.666/93. Se os agentes administrativos pretendem adotar a modalidade pregão, cabe a eles escolherem livremente entre pregão presencial e o eletrônico.

(...) procedendo-se à interpretação sistêmica, já de pronto nota-se pretensa contradição entre o **caput** do artigo 4º e o § 1º do mesmo dispositivo, ambos do Decreto Federal no 5.450/05. Isso porque o **caput** do artigo 4º prescreve com todas as letras que, em se tratando de bem e serviço comum, a modalidade pregão, abrangendo tanto a sua faceta presencial quanto eletrônica, é obrigatória. De acordo com a redação cristalina do dispositivo em comento, o pregão eletrônico é apenas preferencial. A diferença entre algo "obrigatório" e algo apenas "preferencial" é notória: o "obrigatório" é impositivo; o "preferencial" depende de juízo de conveniência e de adequação, pressupondo a possibilidade de se adotar outra medida, que, no entanto, muito embora permitida, deve ser concebida como exceção. (...)

Em síntese, o **caput** do artigo 4º do Decreto Federal nº 5.450/05, ao prescrever que o pregão eletrônico é preferencial, confere competência aos agentes administrativos para avaliarem a conveniência e a adequação dele aos casos concretos, muito embora ele deva ser adotado em regra, de maneira prioritária. (...)

n) diante do exposto, não seria razoável questionar a validade do pregão presencial, apenas por não ter sido utilizada a forma eletrônica, uma vez que teriam sido obedecidas as exigências da Lei de Licitações. De outro lado, não mereceria respaldo a afirmação de que a modalidade do pregão teria o condão de sugerir o suposto direcionamento do certame (peça 313, p. 52);

o) a única empresa que teria comparecido ao local do pregão presencial teria sido a Intech Boating Ltda, que teria vencido a concorrência com um preço unitário de R\$ 1.121.000,00, valor abaixo do esperado (R\$ 1.180.000,00) – peça 313, p. 52);

p) quanto ao recorrente Dirceu Lopes, a decisão vergastada teria o responsabilizado, na qualidade de secretário executivo, por ter homologado as licitações e a desmotivada classificação da empresa Engetech Brasil no Pregão Presencial 34/2009. Quanto à essa suposta irregularidade, trouxe os seguintes argumentos apresentados, em fase processual anterior do ex-técnico do MPA, Alberto Fioravante Sondermann (peça 313, p. 53):

p.1) teria sido apresentado pela empresa Cesar Thome Filho – ME, anotação de responsabilidade técnica (ART) de engenheiro mecânico, todavia, para o projeto e construção de

embarcações, a Resolução Confea 218/73 prevê engenheiro naval. Além disso, a referida ART não teria sido enviada ao CREA-PR e a sua situação seria “em aberto” (peça 313, p. 55);

p.2) o Sr. Cesar Thome Filho teria apresentado ainda duas ARTs, cuja situação seria “em aberto”, indicando a contratação pelo Fundo do Corpo de Bombeiros, sem atestado de capacidade técnica e sem descritivo técnico da embarcação executada que permitisse avaliar as características e quantidades de fornecimento do objeto (peça 313, p. 56);

p.3) nesse contexto, a ART, emitida pela prefeitura de Paraty/RJ não teria apresentado informações que comprovasse que a empresa Engetech Brasil teria executado projeto executivo de construção de embarcação com características técnicas semelhantes às do objeto do pregão presencial. Para tal, deveria relacionar e especificar as embarcações fornecidas, o que não teria sido feito. Além disso, as documentações apresentadas não teriam vindo acompanhadas das respectivas certidões de acervos técnicos, conforme requerido pelo instrumento convocatório (peça 313, p. 57);

p.4) assim, careceria de razoabilidade cogitar que a Engetech teria sido desclassificada, sem fundamentação adequada por, supostamente, não apresentar os atestados de capacidade técnica na forma exigida pelo edital da licitação. Pelos aspectos apresentados, esta empresa teria concordado com a desclassificação e não teria interposto recurso à sua desclassificação (peça 313, p. 64).

8.2 A empresa Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda. defende a inexistência de restrições ao caráter competitivo dos pregões.

8.3 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) inexistiria nos autos qualquer conduta atribuída a recorrente que pudesse configurar conluio com as autoridades públicas no sentido de se beneficiar no certame (peça 357, p. 16);

b) haveria nos autos apenas o registro de auditor no sentido de que o MPA teria utilizado por base edital anterior da Marinha, que teria por objeto a compra de embarcações semelhantes. O fato de os referidos procedimentos licitatórios terem definido especificidades em relação às embarcações adquiridas, bem como de que a recorrente teria condições de fornecê-las, não desabonaria a sua conduta, pelo contrário, apenas reforçaria seu preparo (peça 357, p. 16);

c) culpar uma empresa por projetar seus produtos de acordo com as necessidades de seu mercado contrariaria qualquer lógica. Dessa forma, presunções sem prova de eventual equívoco não poderiam ser acatadas, uma vez que a boa-fé deveria ser presumida, ao revés da má-fé, que deveria ser comprovada (peça 357, p. 16-17).

Análise:

8.4 Preliminarmente, as alegações não sustentam qualquer alteração da decisão vergastada, visto que, em essência, os recorrentes apenas reapresentaram argumentos que foram, devidamente, enfrentados em etapas processuais anteriores deste processo. Dessa forma, as defesas técnicas não afastam os apontamentos da auditoria, no sentido de que os pregões presenciais realizados direcionaram a escolha da empresa Intech Boating para o oferecimento das lanchas-patrolhas.

8.5 De início, nem na presente fase recursal e nem em alegações de defesa anteriores, os responsáveis apresentaram alguma justificativa para os vícios na publicidade do PP 32/2008. Conforme apontou a unidade técnica, a licitação foi realizada em Brasília, mas os bens deveriam ser entregues em São Luís/MA e Belém/PA (peça 192, p. 17).

8.6 Nesse contexto, o aviso de licitação foi publicado apenas em jornal de circulação no Distrito Federal, onde não existem estaleiros. Além disso, o aviso de licitação fez referência apenas ao primeiro item do PP 32/2008: contratação de empresa para projeto e construção de embarcações

fluviais para transporte de pescado. Assim, não houve nenhuma alusão ao segundo item: “contratação de empresa para fabricação de lanchas-patrolha” (peça 192, p. 17).

8.7 Cabe frisar que, no PP/34/2009 (realizado no exercício seguinte), tais falhas de publicidade foram sanadas e foi possível observar competição e redução dos preços contratados. Portanto, a falha na publicidade do PP 32/2008 favoreceu a participação exclusiva da empresa Intech Boating, de modo a contribuir para o direcionamento da contratação (peça 192, p. 20).

8.8 No mesmo sentido, as alegações de defesa não afastam a irregularidade na escolha do pregão, na modalidade presencial, nas duas contratações. Conforme o art. 4º, §1º, do Decreto 5.450/2005: “O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente” [grifos acrescidos]. Assim, ao contrário da tese dos pareceres acostados, este dispositivo vincula a escolha do pregão, na forma eletrônica, ressalvado os casos em que o seu uso seja inviável, ensejando a devida fundamentação.

8.9 Quanto aos fundamentos para dispensar o uso do pregão eletrônico, estes não socorrem os responsáveis. Nesse contexto, o alto grau de qualificação e a suposta complexidade das lanchas-patrolha não são óbices para a adoção do pregão na modalidade eletrônica, nos termos do art. 4º, §1º, da Decreto 5.450/2005. Além disso, os recorrentes não demonstraram a impossibilidade de envio dos documentos entregues pelos licitantes, por meio eletrônico ou, na improvável impossibilidade de fazê-lo, por meio do serviço postal. Além disso, ainda que não sejam aplicáveis argumentos relacionados à urgência dessas contratações, por meio do Sedex 10, em regra, os documentos são entregues aos destinatários no dia seguinte à postagem.

8.10 Portanto, as alegações apresentadas não justificam o uso do pregão presencial nas duas concorrências realizadas, bem como não afastam as conclusões pelo direcionamento das contratações.

8.11 Quanto às alegações, relativas às especificações das lanchas-patrolha e suas justificativas, estas também não afastam as conclusões pelas restrições ao caráter competitivo dos certames.

8.12 Isso porque o excesso de especificação dos requisitos técnicos das lanchas-patrolha e a correspondente falta de fundamentação das decisões no processo administrativo conduzem a conclusão de que os pregões presenciais foram direcionados para que a empresa Intech Boating fosse contratada. Nesse sentido, cabe trazer a seguinte passagem do relatório de auditoria (peça 181, p. 26):

(...) o objeto das licitações foi especificado de forma excessiva, também contribuindo para a restrição do caráter competitivo dos certames. Os termos de referência dos dois pregões adotaram, sem fundamentação adequada, o projeto da embarcação da Marinha LAEP-10 como especificação da lancha licitada. O único argumento que consta dos processos licitatórios para justificar o extenso detalhamento das especificações técnicas do objeto licitado é que os requisitos técnicos da lancha da Marinha seriam os mais adequados para o MPA, devido ao “alto grau de qualificação e a complexidade requerida para a embarcação em questão” (peças 8, p. 2, it. 1.2.1, e 13, p. 62, it. 1.2.1)

Os cadernos técnicos dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009 especificam em detalhes as medidas e requisitos de desempenho das embarcações, definem materiais e métodos de construção e determinam requisitos gerais dos sistemas de propulsão, eletricidade, navegação, comunicação, ventilação, esgoto, controle de poluição, e salvatagem, entre outros. Chegam a especificar as configurações do alojamento, refeitório, sala de estar, banheiro, cabine de comando e cozinha, além de exigir o atendimento das orientações de um extenso manual de aterramento e proteção contra descargas atmosféricas (peças 8, p.1-46, 13 e 14). **Em nenhuma ocasião, porém, esclarecem por que esses requisitos seriam necessários para a finalidade a qual se destinam as lanchas patrulhas.**

[grifos e destaques acrescidos]

8.13 Além disso, o cronograma físico financeiro estabelecido pelos editais reforça o direcionamento das contratações para selecionar a empresa Intech Boating (peça 181, p. 26):

O cronograma físico-financeiro integrante do edital do PP 32/2008 estabelece que **o projeto executivo das lanchas deveria ser entregue quatro semanas após a contratação e que as duas primeiras unidades deveriam estar concluídas quatro meses depois** (peça 8, p. 37). O cronograma físico do PP 34/2009 estabelece prazos ainda mais restritivos: **o projeto executivo deveria ser entregue três semanas após a contratação e a primeira unidade deveria estar concluída apenas três semanas mais tarde** (peça 14, p. 26). Conclui-se, assim, que apenas um estaleiro que tivesse o projeto pronto antes da licitação poderia atender a prazos tão exíguos.

A Intech Boating, vencedora das duas licitações, era detentora de um projeto que atendia integralmente aos requisitos técnicos estabelecidos no edital. O estaleiro havia acabado de entrar no mercado, lançando, em junho de 2008, seu modelo de estreia, o IB 360 Pilot (ou IB 360 Praticagem), projetado para atender a empresas que atuam nos nichos de praticagem, patrulhamento, resgate e transporte de tripulação (peça 47, p. 1-4). De acordo com informações disponíveis no sítio do estaleiro, a IB 360 Patrol (ou IB 360 Patrulha), modelo com o qual a empresa venceu as duas licitações, utiliza a mesma plataforma da IB 360 Pilot (peça 47, p. 5-6).

De fato, as medidas e padrões de desempenho da IB 360 Pilot atendem perfeitamente aos requisitos excessivamente detalhados nos editais dos Pregões 32/2008 e 32/2009. Ademais, as semelhanças entre o arranjo geral da LAEP-10, reproduzido no caderno de especificações técnicas dos editais do PP 32/2008 e do PP 34/2009, e o arranjo geral da IB 360 Pilot (idêntico ao do modelo IB 360 Patrol) são tão marcantes que configuram indícios de direcionamento das licitações ao estaleiro catarinense Intech Boating (ver peça 48, na qual são apresentados os requisitos técnicos estabelecidos nos editais dos certames, os descritivos técnicos dos modelos IB 360 Pilot e 360 Patrol, os arranjos gerais desses projetos e da LAEP-10 e fotos comparativas dos modelos).

[grifos e destaques acrescidos]

8.14 Dessa forma, é irrealista a exigência de que o projeto executivo das lanchas-patrulha seja concluído e entregue em 3-4 semanas do início da contratação. Tal previsão só seria exequível caso algum licitante já possuísse o projeto da lancha-patrulha e suas especificações a época do edital.

8.15 Reforça ainda mais o direcionamento o fato de a contratada ter emitido a Nota Fiscal 116 (TC 17740/2011-8, peça 39, p. 18), relativa à entrega do projeto executivo, a construção e edificação de dois cascos e casarias (incluindo o recebimento dos motores e instalação do sistema de propulsão de um dos cascos), apenas três dias úteis após a emissão da ordem de serviço (peça 192, p. 42).

Além disso, cabe trazer a seguinte manifestação da unidade técnica (peça 192, p. 17):

Na tentativa de descaracterizar esses indícios, os responsáveis limitaram-se a apresentar fotos de outros modelos de lanchas utilizadas no patrulhamento naval que também guardam algumas semelhanças com o arranjo geral da LAEP-10. Todavia, uma observação cuidadosa das fotografias revela que a maioria delas difere significativamente da embarcação da Marinha do Brasil. Apresentam, por exemplo, diferentes desenhos e dimensões de casco e casaria de comando e distintos tipos de motor (de centro/popa). A exceção fica por conta das lanchas da polícia canadense retratadas em fotos na primeira e segunda linha da p. 60 da peça 105 (e também na peça 183), que, de fato, são praticamente idênticas à LAEP-10 e à IB 360 Pilot. Isso indica que provavelmente esses modelos foram fabricados a partir de um mesmo projeto.

[grifos e destaques acrescidos]

8.16 Conforme exposto, na tentativa de justificar as especificações das lanchas-patrulha adquiridas, os responsáveis trouxeram fotos de outros modelos que, diante de uma análise mais cuidadosa da unidade técnica, seriam significativamente diferentes das aquisições da SEAP, que foram baseadas nas embarcações da Marinha do Brasil. Dessa forma, os próprios responsáveis

trouxeram exemplos de lanchas, também utilizadas no patrulhamento naval, que têm especificações distintas das exigidas nos pregões presenciais analisados e poderiam ser utilizadas na fiscalização.

8.17 Por último, não merecem prosperar as alegações tendentes a justificar a desclassificação da empresa Engetech Brasil no PP 34/2009, visto que a empresa Intech Boating não foi desclassificada, pelas mesmas omissões em sua habilitação, no âmbito do PP 32/2008. Nesse sentido, cabe trazer a seguinte passagem da manifestação da unidade técnica (peça 192, p. 35):

190. Por outro lado, a Intech Boating recebeu tratamento diferenciado no Pregão Presencial 32/2008. O item 6.1 do termo de referência do edital dessa licitação determinou que as licitantes deveriam apresentar atestados de capacidade técnica, devidamente registrado na entidade profissional competente, comprovando ter a empresa executado projeto executivo de construção de embarcação com características técnicas semelhantes às do objeto licitado para um número mínimo de três clientes. **No entanto, a licitante apresentou declarações de apenas dois clientes e, assim mesmo, um deles informou que a embarcação comprada ainda estava em construção (RA, peça 35, p.66-68). Além disso, as declarações não foram homologadas pelo CREA, conforme exigia o edital**

8.18 Dessa forma, conforme o voto condutor do *decisum*, os responsáveis utilizaram “dois pesos e duas medidas” no julgamento de situações semelhantes, agindo com rigor excessivo, para afastar empresa cuja contratação não era do seu interesse, e com clara complacência com aquela que pretendia beneficiar” (peça 252, p. 11).

8.19 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Do superfaturamento no Contrato 3/2009

9. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-ministro do MPA) e Dirceu Lopes (ex-secretário executivo do MPA) defendem a inexistência de superfaturamento no Contrato 3/2009.

9.1 Suportam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) seria impossível comparar preços que resultaram de concorrências diferentes. A primeira licitação foi realizada para adquirir 5 lanchas. Por sua vez, a segunda licitação visaria a aquisição de 23 embarcações, ou seja, quantidade 4,7 vezes maior que a da primeira.

Dessa forma, as lanchas da última licitação teriam saído mais baratas por causa da economia de escala (peça 313, p. 66);

b) a condenação dos recorrentes teria se baseado apenas e tão somente em presunções da SecexAmbiental, que em momento algum teria apresentado evidências do dano (peça 313, p. 67).

9.2 A empresa Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda. defende a ausência de superfaturamento no Contrato 3/2009.

9.3 Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) a primeira causa da diferença de preços entre os dois pregões teria sido a necessidade de celebração de aditivos ao Contrato 3/2009 para atender a necessidade técnicas que não teriam sido previstas pelo PP 32/2008, mas que foram previstas no PP 34/2009 (peça 357, p. 7);

c) nesse contexto, o 1º termo aditivo (TA) do Contrato 3/2009 previu aparelhar as lanchas-patrulhas com equipamentos que já teriam sido previstos no pregão posterior (PP 34/2009) e, por essa razão, não teria sido necessário dispendir o custo adicional, por embarcação, de R\$ 55.173,20 no segundo contrato. A despeito disso, o *decisum* teria ignorado esse fato (peça 357, p. 7-8);

d) por sua vez, o 2º TA do Contrato 3/2009 se referiria a entrega técnicas e operacionais, treinamento e manutenção das embarcações. A celebração desse aditivo teria se mostrado necessária porque, à época das aquisições das cinco primeiras lanchas, o MPA, embora tivesse contratado 40

profissionais para operar as lanchas-patrolha, tais profissionais ainda estariam em treinamento e, portanto, não estariam habilitados. Tal cenário teria mudado quando da celebração do Contrato 5/2010, vez que diversas lanchas teriam sido enviadas a outros órgãos com operadores treinados. Conforme teria ocorrido com 1º TA, não teria sido necessário o MPA desembolsar o custo adicional, por embarcação, de R\$ 80.098,81 no ajuste seguinte. Apesar de todas essas informações estarem registradas nos autos, elas foram desconsideradas pelo acórdão recorrido (peça 357, p. 8);

e) dessa forma, a aludida diferença de R\$ 206.772,01, por embarcação, entre as lanchas adquiridas no primeiro e no segundo contrato seria, na verdade, de R\$ 71.500,00 (R\$ 1.121.000,00 – R\$ 1.049.500,00) – peça 357, p. 8;

f) tal diferença (R\$ 71.500,00) não representaria superfaturamento e poderia ser explicada pelo ganho de escala no segundo pregão, que previu a aquisição de 23 lanchas, ao passo que o PP 32/2008 teria previsto a aquisição de apenas 5 (peça 357, p. 8-9);

g) prova desse ganho de escala teria sido anexada à peça 74, p. 55, e agora reiterada na peça 358, todavia teria sido relegada pelo acórdão recorrido (peça 357, p. 9);

h) a diminuição do preço individual de cada lancha também se justificaria pela redução do valor do dólar, em 31%, entre novembro de 2008 (data da formação de preços do PP 32/2008) e outubro de 2009 (data da formação de preços do PP 34/2009). Tal variação cambial, por si só, já justificaria a diminuição dos preços cobrados entre as duas contratações, vez que grande parte dos insumos e equipamentos empregados na produção das lanchas vêm do exterior (peça 357, p. 10);

i) além disso, os motores das lanchas adquiridas, fornecidos pela fabricante Volvo, que na primeira contratação teriam sido adquiridos, individualmente, por R\$ 67.142,86, teriam passado a custar R\$ 66.622,87 no PP 34/2009 (conforme notas fiscais na peça 74, p. 70-71) – peça 357, p. 10;

j) outro fato preponderante para a redução dos custos entre os dois pregões teria sido a mão de obra empregada na produção, que seria explicado pelo ganho de escala na segunda contratação. Nesse contexto, no PP 32/2008, teriam sido construídas 5 lanchas em um período de oito meses (0,625 lancha/mês). No PP 34/2009, teriam sido construídas 23 lanchas em 13 meses (1,8 lanchas/mês), o que representaria menos horas/operário na produção de cada embarcação e, conseqüentemente, menos custo com mão de obra na fabricação das embarcações (peça 357, p. 11);

l) esse ganho de escala, contudo, ao invés de ter sido interpretado como economia ao erário, teria sido considerado locupletamento ilícito por parte do recorrente. Dessa forma, o acórdão recorrido estaria penalizando a empresa por repassar ao poder público a economia de escala e a variação cambial favorável obtidas (peça 357, p. 11);

m) além do referido ganho de escala, seria crucial desconstruir a equivocada premissa, de que teria partido o voto do Acórdão 3.056/2020, ao considerar que o modelo IB 360 Patrol, com o qual o estaleiro catarinense teria vencido a licitação seria idêntico ao seu projeto anterior, IB 360 Pilot, à exceção da inclusão de alguns acessórios e retirada de outros (peça 357, 12-13);

n) de início, caberia registrar que o modelo IB 360 Pilot não possuiria as especificações de uma lancha-patrolha (IB 360 Patrol), vez que esta seria uma embarcação de passeio. Conforme documentação acostada às peças 359 e 360, seria possível perceber uma série de itens não previstos no modelo mais simples (IB 360 Pilot) e que se fariam presentes no modelo adquirido pelo MPA (IB 360 Patrol). Nesse sentido, acostou extensa lista de itens, que só estariam previstos no modelo adquirido pelo Ministério, e que somariam R\$ 188.500,00 por embarcação (peça 357, p. 14);

o) o modelo adquirido pelo MPA (IB 360 Patrol) contaria ainda com outros serviços que, por óbvio, integrariam o valor das embarcações como 4 manutenções dos motores (incluindo peças, hospedagem e alimentação dos técnicos) e treinamento de pessoal (peça 357, p. 14);

p) além disso, tal lancha seria equipada com motores mais potentes (para coibir ilícitos) que o modelo IB 360 Pilot. Conforme teria sido informado pelo recorrente, a motorização (fornecida pela Volvo) representaria aproximadamente 38% do custo da embarcação (peça 357, p. 15);

q) existiria uma gama de fatores para justificar a diferença de preços entre os modelos IB 360 Pilot e IB 360 Patrol. Dessa forma, a utilização do modelo mais simples como parâmetro do suposto superfaturamento se mostraria absolutamente indevida (peça 357, p. 15);

r) assim seria como igualar um modelo de carro básico com um veículo de luxo apenas pelo fato de conseguirem transportar seus passageiros de um local para outro (peça 357, p. 15-16);

s) a alegação de conduta ilícita deveria ser amparada por prova efetiva e pela demonstração cabal do prejuízo ao Poder Público. Em momento algum teria sido comprovado o dano ao erário, que teria sido sustentado pela decisão vergastada com base em meras suposições, e não em provas técnicas que demonstrariam, de fato, o verdadeiro preço de mercado (peça 357, p. 24).

9.4 O Sr. Alberto Fioravante Sondermann Frega (ex-assessor da Diretoria de Logística, Infraestrutura e Comercialização) defende a inexistência de superfaturamento no Contrato 3/2009.

9.5 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) não seria possível comparar os preços de uma licitação que teria previsto a aquisição de 23 embarcações com outra que teria previsto a aquisição de apenas 5, uma vez que haveria, no primeiro caso, a presença de ganhos de escala (peça 371, 10);

b) o valor do Contrato 3/2009 seria R\$ 1.121.000 e se encontraria próximo do valor estimado do PP 32/2008, que seria R\$ 1.180.000,00. Tal valor contratado seria 37,94% inferior ao valor médio da pesquisa de mercado realizada por ocasião do primeiro pregão presencial. Mesmo considerando os termos aditivos firmados, o valor do contrato (R\$ 1.256.272,01) seria 33,86% inferior ao valor médio de mercado (peça 371, p. 11).

Análise:

9.6 De início, as alegações não sustentam qualquer alteração do *decisum*, vez que, em essência, foram reapresentados argumentos que foram desconstruídos em etapas anteriores deste feito.

9.7 Primeiramente, devem ser rejeitadas as alegações da empresa Intech Boating, que intentam reduzir o débito, em razão dos termos aditivos 1 e 2, terem acrescentado equipamentos e serviços, já previstos originalmente no pregão seguinte (PP 34/2009) – itens “a” a “f”. Isso porque a premissa de cálculo do débito, no Contrato 3/2009, foi justamente a comparação do preço (por lancha) obtido no PP 32/2008, que não houve concorrência em razão do direcionamento da contratação analisado no tópico anterior, e no PP 34/2009, que houve disputa e processo de barganha de preços.

9.8 Nesse sentido, para comparar preços, é necessário que as mercadorias comparadas sejam equivalentes. Dessa forma, é razoável e lógico acrescentar os custos dos equipamentos e serviços que, previstos originalmente no PP/2009, foram acrescidos, por termo aditivo, ao Contrato 3/2009.

9.9 Portanto, a unidade instrutora acrescentou, ao custo de R\$ 1.121.000,00 (por embarcação) no Contrato 3/2009, de maneira acertada, o valor de R\$ 55.173,20 (por embarcação), relativo a equipamentos introduzidos nas lanchas-patrolha, e o valor de R\$ 80.098,81 (por embarcação), relativo a serviços de manutenção preventiva das embarcações (peça 171, p. 28), de modo que o superfaturamento de R\$ 206.772,01, por embarcação, ou R\$ 1.033.860,05, para as cinco lanchas, foi calculado, de maneira correta pela equipe de auditoria.

9.10 Similarmente, devem ser afastadas as alegações da empresa Intech Boating, que fazem referência a supostas diferenças entre a lancha IB 360 Patrol (adquirida pela SEAP/MPA) e a lancha IB 360 Pilot (modelo comercial da empresa) – itens “m” a “r”. Isso porque a unidade técnica

mencionou as semelhanças entre os dois modelos, apenas para evidenciar o direcionamento da licitação, todavia, não quantificou o débito com base na diferença dos preços praticados pela empresa no Contrato 3/2009 e em suas vendas ao setor privado. Dessa forma, cabe trazer a seguinte passagem do relatório de auditoria (peça 181, p. 28):

Eventuais diferenças entre as configurações das embarcações vendidas ao MPA e dos modelos IB 360 Pilot ou IB 411 Express descritos acima difícilmente poderiam justificar variações de preço tão grandes. Ainda assim, esta unidade técnica optou por imputar débito apenas para as cinco embarcações IB 360 Patrol adquiridas pelo PP 32/2008, na medida em que, para elas, é possível estabelecer um preço de referência perfeitamente adequado: o valor das lanchas IB 360 Patrol que foram objeto do PP 34/2009, no qual se verificou alguma competição entre licitantes.

[destaques e grifos acrescidos]

9.11 Quanto as demais alegações, tanto a empresa Intech Boating como os demais recorrentes, buscam justificar a redução do preço unitário das lanchas patrulhas no PP 34/2009, e consequentemente, reduzir ou afastar o débito, com base na redução de custos dos insumos motor e mão de obra, na valorização do real frente ao dólar e na obtenção de ganhos de escala na segunda contratação, que previu a aquisição de 23 embarcações, contra apenas 5 na primeira.

9.12 Ocorre que todas essas argumentações desconsideram que o preço inicial ofertado, por lancha, pela empresa Intech Boating, no PP 34/2009, foi R\$ 1.631.827,20 (peça 181, p. 27) contra R\$ 1.256.272,01 (já incluindo os itens acrescidos por aditivo) no PP 32/2008 (peça 192, p. 20). Em outras palavras, o preço (por embarcação), que deveria ter caído no segundo pregão, em razão da suposta redução de custos, foi quase 30% maior que no primeiro certame.

9.13 Assim, a alegada redução de custos não só não foi repassada para a Administração como o poder público teria desembolsado, caso não tivesse havido competição no certame, R\$ 37.532.025,6 para adquirir as mesmas 23 lanchas, que foram contratadas por R\$ 24.138.500 (peça 181, p. 27).

9.14 Dessa forma, não merece prosperar toda a linha argumentativa relativa a suposta redução de custos para a elaboração das lanchas-patrulha no PP 34/2009, uma vez que o que ocasionou a redução dos preços, em relação ao PP 32/2008, foi a competição no segundo certame, que não ocorreu no primeiro, em razão do direcionamento da contratação à empresa Intech Boating.

9.15 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Do superfaturamento no 2ª TA ao Contrato 3/2009

10. O Sr. Altemir Gregolin (ex-Ministro) defende a ausência de superfaturamento no segundo termo aditivo ao Contrato 3/2009.

10.1 Sustenta a alegação acima com base no seguinte argumento:

a) trouxe excerto de manifestação de defesa do Sr. Alberto Fioravante que aduz que o 2ª TA ao Contrato 3/2009 teria proporcionado uma redução de 90,14% dos custos quando comparado a contrato similar realizado pela Transpetro (Petrobrás) – peça 313, p. 70).

10.2 Similarmente, a empresa Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda. defende a ausência de superfaturamento no segundo termo aditivo ao Contrato 3/2009.

10.3 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) teria sido comprovada a imprescindibilidade de realização do aditivo de forma célere, na medida em que a falta de manutenção às embarcações, invariavelmente, resultaria em dano significativamente maior ao erário. Isso porque, seria fato incontroverso que a manutenção preventiva exigiria gastos absolutamente inferiores aos que seriam observados em caso de reparações ou

consertos quando da quebra destas embarcações, o que ocorreria exatamente em razão da falta de manutenções preventivas e da devida atividade operacional (peça 357, p. 18);

b) o próprio acórdão recorrido teria reconhecido a importância da manutenção e da operação das embarcações relativas ao aditivo objeto de discussão ao dispor, em seção diversa àquela que teria apenado a recorrente pelo aditivo, que:

foram doadas [17 lanchas] para a Marinha do Brasil, no período de 28/10/2011 a 19/4/2012, como solução emergencial, com o fito de evitar o sucateamento das unidades que estavam em marinhas particulares, sem os devidos cuidados de limpeza e manutenção.

[itálico e negrito do original]

c) a falta de operação das embarcações, que teria demandado a celebração de aditivos ao contrato, decorreria de fator alheio à atuação da recorrente, de modo que a empresa não poderia ser culpada pela subutilização das embarcações pelo poder público (peça 357, p. 18);

d) após tomar conhecimento da subutilização das lanchas, a recorrente somente poderia prestar qualquer serviço remunerado, por meio de aditivos ao contrato já firmado (peça 357, p. 20);

e) a recorrente não só teria demonstrado toda a sua boa-fé como sempre teria mostrado disposta a auxiliar o MPA na manutenção das embarcações adquiridas, o que somente poderia ser levado a efeito após a celebração dos aditivos em referência (peça 357, p. 20);

f) os valores despendidos para viabilizar o cumprimento do necessário aditivo contratual teriam sido discriminados em seus pormenores e seria patente a lisura dos preços;

g) em defesa anterior, a recorrente teria apresentado caso de contratação de serviços muito semelhantes, pela Petrobrás, em que teria sido cobrado valores superiores (peça 357, p. 20);

h) não obstante isso, o acórdão recorrido teria aduzido que (peça 357, p. 20):

o valor correto da hora cobrada da subsidiária da Petrobrás para operação de lanchas de 43 a 51 pés, com capacidade para transportar entre 120 e 150 passageiros, corresponde a R\$ 86,77, enquanto a Intech Boating cobrou R\$ 239,00, para lanchas de 36 pés, com capacidade de 7 passageiros

[itálico do original]

i) tal justificativa estaria desacompanhada de qualquer embasamento técnico, uma vez que as operações do aditivo em apreço seriam mais complexas e em patamar manifestamente superior às outras embarcações, no que se refere ao nível técnico e ao quantitativo de aparatos.

Isso porque as operações realizadas pela subsidiária da Petrobrás se refeririam a embarcações de transporte, e não caberia comparação com a operação e manutenção de complexas embarcações patrulhas (peça 357, p. 21);

j) seria manifesta a situação de inoperância que se encontrariam as embarcações do aditivo analisado, tornando ainda mais complexas e urgentes as operações (peça 357, p. 21);

l) em vista de considerações apresentadas pela recorrente em sua defesa, o voto condutor da decisão vergastada teria incorporado diversos custos apontados pela empresa, de modo a reduzir o débito em R\$ 79.082,08. Todavia, as rubricas a seguir teriam sido injustificadamente excluídas do recálculo do débito (peça 357, p. 24-25):

- i. o pagamento de horas extras a supervisores e auxiliares administrativos;
- ii. os custos relacionados a soldo e ajuda de custo dos empregados;
- iii. os gastos com transporte dos auxiliares administrativos, deslocamento, hospedagem, alimentação e transporte dos supervisores;

- iv. os custos com transporte dos auxiliares administrativos, e deslocamento, hospedagem, alimentação e transporte dos supervisores;
- v. as despesas com uniformes; e
- vi. as despesas com comunicação.

m) a fim de identificar a ocorrência de suposto superfaturamento, não poderia este Tribunal desconsiderar custos devidamente incorridos e comprovados pela empresa (peça 357, p. 25);

n) quanto à mão de obra, o *decisum* teria considerado apenas o valor dos salários dos empregados responsáveis pela execução direta dos serviços, desconsiderando a remuneração dos demais funcionários do estaleiro e outras despesas inerentes a esses serviços (peça 357, p. 25-26);

o) além de dois tripulantes para cada lancha, a empresa precisaria de suplentes para substituí-los em caso de imprevistos, bem como a atividade de manutenção teria sido realizada por funcionários da recorrente, deslocados, de acordo com a necessidade do serviço.

Conforme documento acostado à peça 74, a esses custos, deveriam ter sido somadas ainda as despesas administrativas, operacionais e fiscais arcadas para a gestão e controle dos serviços prestados (peça 357, p. 26);

p) além disso, o *decisum* equivocou-se ao tecer argumentos que deveriam ter seu direcionamento voltado exclusivamente ao Poder Público. A falta de planejamento das fiscalizações e a subutilização dos serviços de limpeza, conservação e operação seria de responsabilidade dos agentes públicos responsáveis por ditas atividades. Na prática, a recorrente estaria sendo apenada por fatos que são de responsabilidade exclusiva da Administração (peça 357, p. 22);

q) a alegação de conduta ilícita deveria ser amparada por prova efetiva e pela demonstração cabal do prejuízo ao Poder Público. Em momento algum teria sido comprovado o dano ao erário, que teria sido sustentado pela decisão vergastada com base em meras suposições, e não em provas técnicas que demonstrariam, de fato, o verdadeiro preço de mercado (peça 357, p. 24).

Análise:

10.4 Preliminarmente, as alegações não autorizam qualquer alteração do *decisum*, vez que os recorrentes apenas reapresentaram argumentos que foram exaustivamente enfrentados no feito.

10.5 Antes de adentrar nas alegações de defesa, cabe destacar que os serviços de limpeza, conservação e operação de três lanchas-patrolha, pelo período de sete meses, no valor total de R\$ 690.000,00, conforme previsto no 2º TA ao Contrato 3/2009, foram realizados, por meio de fuga ao procedimento licitatório, vez que não guardam qualquer compatibilidade com o fornecimento de embarcações, bem como foram contratados sem pesquisa prévia de preços (peça 252, p. 15).

10.6 De início, não merece prosperar as alegações da empresa Intech Boating, no sentido de que ela estaria sendo prejudicada por fatos que deveriam ser imputados, exclusivamente, aos administradores públicos. Isso porque o débito de R\$ 548.966,47 (valores históricos) decorreu, não da falta de planejamento dos gestores da SEAP/MPA, mas do fato de que os preços praticados, pelo 2º TA ao Contrato 3/2009, terem proporcionado um retorno exorbitante à empresa (1.379% sobre o investimento de R\$ 50.019,50, conforme o cálculo da unidade técnica – peça 220, p. 3).

10.7 Desse modo, a contratada responde pelo presente dano, vez que foi beneficiária direta de pagamentos irregulares que, excederam, desproporcionalmente, os valores de mercado.

10.8 Pela mesma razão devem ser afastadas as alegações da empresa Intech Boating, no sentido de que o aditivo e a manutenção das lanchas-patrolha seriam imprescindíveis, vez que a causa do débito foi tão somente a falta de compatibilidade dos valores praticados com os preços de mercado.

10.9 Similarmente, não merece guarida a alegação da contratada no sentido de que o TCU teria desconsiderado custos devidamente incorridos e comprovados pela empresa, vez que a unidade técnica, além de ter acatado todas as despesas comprovadas, acatou outras sem comprovação como a alegada margem de lucro de 27%, os gastos com horas extras, alimentação e auxílio transporte de marinheiros e salários de supervisores e auxiliares administrativos (peça 220, p. 4-7).

10.10 Dessa forma, considerando que parcela dos gastos declarados não foi comprovada e que, nos termos do parágrafo único do art. 70 da CF/88, do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 e do art. 66 do Decreto 93.872/1986, cabe àqueles que receberam ou geriram recursos do Estado comprovar a sua boa e regular aplicação, este Tribunal aplicou o presente débito, de maneira conservadora e cautelosa.

10.11 Quanto às alegações de que a Petrobrás teria cobrado valores superiores por um serviço equivalente, estas não estão aderentes à realidade dos autos, cabendo transcrever a seguinte passagem da instrução da unidade técnica (peça 192, p. 32-33):

171. A responsável comete um equívoco quando afirma que a empresa Martin Leme cobra R\$ 2.082,50 por hora pela operação de uma lancha de 43 pés. Esse não é o valor da hora, mas sim da diária (em turno de 24 horas), conforme planilha de preços unitários anexa ao Contrato 4600003806, celebrado entre a empresa e a Transpetro S.A. (peça 188, p. 38). Ou seja, a Martin Leme cobra R\$ 86,77/h, enquanto a Intech Boating cobrava R\$ 239/h.

172. Ademais, a análise do Contrato 4600003806 (peça 188, p. 3-65) permite concluir que, a despeito do preço substancialmente menor, os serviços prestados para a Transpetro são consideravelmente mais complexos que aqueles que foram colocados à disposição do MPA. Por meio dessa avença, a Martin Leme assumiu a responsabilidade por executar, sob regime de empreitada por preços unitários, a operação e manutenção do transporte marítimo de pessoas, cargas, caminhões e água potável nos Terminais Aquaviários da Bahia da Guanabara da Transpetro.

(...)

176. Por outro lado, as tripulações da Intech Boating não contavam com um contramestre, mas apenas um Moço de Convés (MOC) e um Marinheiro de Máquinas (MNM) (sendo que três dos cinco profissionais contratados eram marinheiros sem habilitação específica para operar embarcações, conforme consta das fichas de registro apresentadas pela empresa, à peça 33 do TC 017.740/2011-8, p. 16-21). Os salários desses profissionais deveriam ser, de acordo com a tabela do sindicato, de no mínimo, R\$ 2.263,93 e R\$ 2.603,41, respectivamente. No entanto, foram contratados por salários que variavam de R\$ 800,00 a R\$ 1.064,70 (RA, peça 33, p. 16-21). A contratação de pessoal subqualificado e mal treinado refletiu-se na baixa qualidade da prestação de serviços, conforme aponta relatório do ICMBio que registrou que a tripulação demonstrou significativa dificuldade de condução e manutenção da lancha-patrolha, manobrando-a de forma arriscada e com risco de colisão com outros barcos (item 2.4.7 do relatório de auditoria, peça 181).

(...)

178. Constata-se, assim, que a Martin Leme cobrou, pela prestação de um serviço mais complexo, executado por funcionários mais qualificados, melhor remunerados e em maior número, praticamente um terço do que a Intech Boating cobrou do MPA mediante aditivo contratual irregular, referente a serviços não previstos no objeto da licitação e realizado sem prévia pesquisa de preços.

[grifos e destaques acrescidos]

10.12 Passando para as alegações da empresa Intech Boating, relativas a custos que não teriam sido considerados por este Tribunal, não merece prosperar o argumento de que a contratada teria desembolsado horas extras a supervisores e auxiliares administrativos e custos relacionados a soldo e ajuda de custo a empregados, vez que, em nova oportunidade, a recorrente não comprovou o

pagamento dessas rubricas. Além disso, a empresa não esclareceu a que título seriam concedidos soldo e ajuda de custo, vez que não estavam previstos no aditivo (peça 220, p. 5). Por último, a proposta comercial que deu origem ao aditivo contratual previa a concessão de horas extras apenas aos marinheiros, e não aos supervisores e auxiliares administrativos (peça 220, p. 5).

10.13 Similarmente, em nova oportunidade a contratada não comprovou gastos com deslocamento, hospedagem, alimentação ou transporte na execução dos serviços, o que impossibilita serem considerados (peça 212, p. 6). No mesmo sentido, os gastos com uniforme permanecem sem comprovação, sendo oportuna a seguinte transcrição da instrução da unidade técnica (peça 220, p. 4):

A planilha relacionou gastos com uniformes para os tripulantes, supervisores e auxiliares administrativos. Ou seja, não só os tripulantes receberiam uniformes custeados pelo aditivo contratual, mas também funcionários da área administrativa da empresa. Além disso, a empresa cometeu o erro de incluir esses gastos entre as despesas mensais. Desse modo, é como se, a cada trinta dias, a empresa oferecesse a cada funcionário, seja ele marinheiro, auxiliar administrativo ou supervisor, um novo uniforme. Chama atenção, ainda, o elevado valor unitário desses uniformes, que variava entre R\$ 308,60 e R\$ 600,00 (preços de 2009). Assim, apenas com uniformes, a empresa projetou que gastaria, ao longo de seis meses, R\$ 27.464,40.

[grifos acrescidos]

10.14 Por fim, a empresa não detalhou os gastos com comunicação e materiais consumíveis e tampouco apresentou nota fiscal ou comprovante de sua realização, de modo que não há como acatar os supostos desembolsos, que totalizariam R\$ 4.900 ao mês, por lancha-patrolha (peça 220, p. 6).

10.15 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da responsabilidade do assessor da Diretoria de Logística, Infraestrutura e Comercialização

11. O Sr. Alberto Fioravante Sondermann Frega (ex-assessor da Diretoria de Logística, Infraestrutura e Comercialização do MPA) defende o afastamento da sua responsabilidade.

11.1 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) o recorrente não poderia ser responsabilizado por questões referentes ao planejamento de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (peça 371, p. 3);

b) o recorrente sempre teria buscado as melhores e possíveis soluções às falhas das instâncias superiores do Ministério. Teria tido sempre uma dedicada atuação como zeloso servidor público federal, sempre diligente pelo bem público e o erário, fiel à legislação, de modo que não teria cabimento ser acusado por faltas que não teria dado causa, haja vista que as irregularidades apontadas neste processo serem de caráter essencialmente de planejamento e de natureza contábil, financeira e orçamentária, operacional ou patrimonial (peça 371, p. 4);

c) segundo o Manual de Responsáveis da Controladoria Geral da União e a Instrução Normativa TCU 63/2010, o recorrente não poderia constar no rol dos responsáveis, uma vez que não teria realizado ato de gestão de natureza orçamentária, financeira e patrimonial (peça 371, p. 5);

d) a pesquisa de preços realizada pelo recorrente teria sido uma espécie de arbatamento, em razão da sua preocupação com a falta de informações sobre o preço de mercado para lanchas e por isso ele teria consultado a cotação de diferentes empresas (peça 371, p. 7);

e) o recorrente teria enviado mensagem eletrônica a diversos endereços, informando a ocorrência do PP 32/2008 (peça 371, p. 8);

f) haveria uma real contradição ao ser responsabilizado por irregularidades decorrentes de graves falhas de planejamento que deveriam ser imputadas aos gestores dos escalões superiores,

que teriam atuado, diretamente, na requisição e homologação da licitação, das quais teria sido inocentado pela própria análise técnica do TCU (peça 371, p. 8).

g) o recorrente jamais teria sido o responsável por requisitar a realização das licitações ou ordenar a fabricação de novas lanchas-patrolha (peça 371, p. 9).

Análise:

11.2 De início, as alegações não autorizam qualquer alteração da decisão vergastada.

11.3 Primeiramente, cabe antecipar que o recorrente, em que pese ter tido suas razões de justificativa acolhidas pelas falhas no planejamento das aquisições das embarcações (peça 252, p. 7), foi responsabilizado, como assessor da diretoria de logística, por:

a) ter recomendado a adoção da forma presencial para o PP 32/2008 (peça 252, p. 9-10);

b) ter estimado o custo de contratação do PP 34/2009 sem pesquisar adequadamente os preços praticados pelo mercado (peça 252, p. 11-12);

c) ter atestado notas fiscais referentes a serviços que ainda não haviam sido executados, recomendado a realização de pagamentos antecipados e acatado o cronograma físico-financeiro do Contrato 5/2010, elaborado pela própria contratada, no qual não estavam previstos pagamentos antecipados referentes a serviços de manutenção preventiva (peça 252, p. 12).

11.4 Em razão de sua condenação pelo direcionamento da licitação (por ter recomendado a adoção do pregão na modalidade presencial) foi responsabilizado pelo dano resultante do Superfaturamento do Contrato 3/2009 (peça 252, p. 13-14).

11.5 Similarmente, foi condenado pelo débito relativo ao superfaturamento no 2º TA ao Contrato 3/2009 por, na condição de gestor e parecerista técnico, ter requisitado a celebração do aditivo, com fuga ao processo licitatório, e ter acatado a proposta de preços da contratada, sem a imprescindível pesquisa de mercado e a demonstração da razoabilidade dos valores (peça 252, p. 20).

11.6 Quanto às alegações, estas não enfrentam as irregularidades e se assentam na tese de que o recorrente, ao contrário dos dirigentes da SEAP, não poderia ser apenado por não ser o responsável pelo planejamento contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial do Ministério.

11.7 Nesse contexto, cabe esclarecer ao recorrente que este foi responsabilizado, com base no inciso II e III do art. 58 da Lei 8.443/1992, que preveem a aplicação de multa por:

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

[grifos acrescidos]

11.8 Nesse sentido, os atos de gestão praticados pelo responsável violaram as seguintes normas legais: a) recomendação da adoção de pregão na modalidade presencial – ao art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005; b) falta de pesquisa de preços prévia ao 2º TA – art. 43, IV, da Lei 8.666/1993; e c) ter autorizado pagamento antecipados – art. 5º da Lei 8.666/1993; art. 62 da Lei 4.320/1964; art. 38 do Decreto 93.872/1986.

11.9 Por fim, como tais irregularidades acarretaram dano ao erário, o recorrente foi apenado, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, que prevê a aplicação de multa proporcional ao dano.

11.10 Dessa forma, o recorrente não apresentou qualquer justifica para afastar as irregularidades e a sua responsabilização decorreu de previsão legal em razão dos atos de gestão que praticou.

11.11 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da possibilidade de responsabilizar Ministro de Estado e secretário executivo de Ministério

12. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-Ministro), Cleberson Carneiro Zavaski (ex-secretário executivo) e Dirceu Silva Lopes (ex-secretário executivo) defendem a impossibilidade de responsabilização de Ministro de Estado e de Secretário executivo no exercício de suas funções.

12.1 Sustentam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) quando da assinatura dos Contratos 3/2009 e 5/2009, dos termos aditivos e das ordens de serviço 11/2008 e 9/2010, bem como dos termos de homologação de citações, haveria, nos autos dos procedimentos administrativos, pareceres que indicariam, fundamentadamente, a sua regularidade e avalizariam o seu prosseguimento e, por essa razão, os recorrentes teriam assinado tais documentos (peça 313, p. 73);

b) ainda que se considere a existência de vícios, estes teriam decorrido de falhas da equipe técnica, o que teria levado os recorrentes a assinarem tais documentos (peça 313, p. 74);

c) a responsabilidade, segundo o TCU, seria subjetiva e, nesse sentido, deveria estar evidente a culpa ou dolo dos recorrentes para que estes pudessem ser responsabilizados, o que, de fato, não teria ocorrido no caso em apreço (peça 313, p. 74);

d) não poderia ser exigido de um Ministro de Estado e dos Secretários Executivos, que tenham domínio sobre todos os pormenores em um Ministério com abrangência em todo o território nacional e extenso rol de responsabilidades (peça 313, p. 75);

e) em diversas oportunidades, o TCU teria reafirmado a impossibilidade de se atribuir responsabilização a dirigente máximo de órgão ou entidade (peça 313, p. 75). Nesse contexto, trouxe passagens das seguintes decisões do TCU (Acórdãos 66/98-Plenário; 697/2007-Plenário; 7.235/2016-1ª Câmara; e 1.529/2019-Plenário) – peça 313, p. 75-82;

f) trouxe posicionamento do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o qual será transcrito parcialmente a seguir (peça 313, p. 82-85):

(...) É salutar que aos atos decisórios dos agentes de maior responsabilidade restrinja-se, tão somente, a verificação da necessidade, da viabilidade econômica e do controle dos resultados. Não se pode pretender que os Presidentes de estatais, bem como os membros de Diretoria tenham de verificar os aspectos mais técnicos envolvidos nos projetos que pretendam implementar. Planilhas de serviços, composições de preços, especificações técnicas dos produtos, devem ser elaboradas e devidamente atestadas pelas áreas técnicas de menor escalão decisório.

[destaque e grifo do original]

g) não haveria nos autos elementos que possam comprovar o dolo dos recorrentes. Similarmente, não haveria elementos de culpa dos dirigentes, visto que estes teriam atuado, com base manifestações técnicas de seus subordinados (peça 313, p. 88-89);

h) o TCU adotaria o conceito de boa-fé subjetiva e aplicaria o parâmetro do homem-médio ou gestor-médio (peça 313, p. 89-90);

i) seria clara a boa-fé dos recorrentes, uma vez que estes teriam assinado documentos, com base em pareceres técnicos e jurídicos favoráveis (peça 313, p. 91).

Análise:

12.2 Preliminarmente, as alegações não sustentam nenhuma redução ou atenuação da responsabilidade dos dirigentes da SEAP/MPA, visto que, além de não afastar as irregularidades, apenas foram rerepresentados argumentos que foram desconstruídos em etapas anteriores desses autos.

12.3 Quanto à alegação de que o TCU teria reafirmado a impossibilidade de responsabilização de dirigente máximo, esta não socorre os responsáveis. Da mesma forma que este Tribunal afastou a responsabilidade do chefe maior de órgão ou entidade nos mencionados precedentes, também sancionou em outras oportunidades os mais altos membros da hierarquia administrativa (Acórdão 364/2003, Acórdão 190/2001 e Acórdão 1.132/2007, todos do Plenário). Dessa forma, a responsabilização de membros superiores da hierarquia depende essencialmente do caso concreto.

12.4 Nesse contexto, cabe trazer a seguinte passagem do voto do *decisum* (peça 252, p. 21):

Embora reconheça que a jurisprudência deste Tribunal é forte no sentido de que a responsabilização de dirigentes por atos delegados não é automática, a situação em apreço se amolda perfeitamente ao entendimento de que agentes políticos e/ou dirigentes máximos dos órgãos podem ser responsabilizados nos casos em que se estabeleça correlação entre a prática de ato omissivo ou comissivo de sua parte e as irregularidades identificadas nos autos (Acórdão 1719/2014-Plenário, 5214/2015 – 2ª Câmara e 6188/2015-1ª Câmara)

[grifos e destaques acrescidos]

12.5 No caso em apreço, os mencionados responsáveis, não só falharam – seja por culpa, seja por dolo – em relação ao dever de supervisão de atos manifestamente irregulares praticados, como realizaram atos de gestão como os Contratos 3/2009 e 5/2010, termos aditivos e as ordens de serviço, que determinaram a construção de novas lanchas, quando era evidente que as anteriormente fabricadas não tinham alcançado a finalidade pública pretendida (peça 252, p. 22).

12.6 Além disso, a aquisição de lanchas-patrolha não era uma contratação corriqueira da SEAP/MPA. Conforme a unidade técnica, a empresa Intech Boating foi a segunda maior beneficiária de empenhos do Ministério em 2010 (peça 192, p. 19). Nesse contexto, é razoável supor que o ex-ministro e os ex-secretários tenham destinado especial atenção aos Contratos 3/2009 e 5/2010. No mesmo sentido, cabe trazer passagem, em que a unidade técnica destacou a pressa dos dirigentes para requisitar novas embarcações no último dia do mandato Ministro Altemir Gregolin (peça 192, p. 12):

De fato, a pressa com que se ordenavam a fabricação de novas unidades não sugere uma preocupação com o prazo de entrega, mas sim com a execução integral do contrato na gestão do Ministro Altemir Gregolin. A emissão da Ordem de Serviço 3/2010, determinando a construção das últimas cinco unidades, ocorreu no dia 31/12/2010, último dia do mandato do ex-ministro. Em ocasiões anteriores, era praxe que o fiscal do contrato elaborasse uma nota técnica recomendando a fabricação de novas unidades antes da emissão da ordem de serviço. **Talvez por falta de tempo hábil para isso, a OS 3/2010, emitida no último dia do ano, não foi precedida de um parecer técnico para subsidiá-la.**

[grifos e destaques acrescidos]

12.7 Similarmente, cabe trazer a seguinte passagem do voto condutor do *decisum*, relativa à centralidade da responsabilidade do alto escalão sobre as irregularidades apuradas:

Nesse cenário de graves erros de planejamento, deve ser destacada a responsabilidade da alta administração do órgão, em especial, do ex-ministro Altemir Gregolin, dos secretários-executivos Dirceu Silva Lopes e Cleberson Carneiro Zavaski e dos secretários titulares dos setores que requisitaram as aquisições, José Claudenor Vermohlen e Karim Bacha. **O projeto de compra de lanchas-patrolha foi concebido e inteiramente executado na gestão do ex-ministro e de seus auxiliares diretos, desde a aquisição de cinco unidades no âmbito de um projeto-piloto até a emissão da ordem de fabricação das últimas embarcações no último dia de seu mandato. A grande materialidade e a natureza atípica das contratações levam à conclusão de que a decisão das aquisições foi tomada, de fato, pela cúpula do órgão.** Assim, a ela deve ser imputada maior responsabilidade pelas irregularidades constatadas.

[destaques do original]

12.8 Por fim, não socorrem os responsáveis a alegação de terem agido amparados por pareceres técnicos e jurídicos. Isso porque este Tribunal possui entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada nesse caso, pois a ele cabe a decisão final sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário (Acórdãos 179/2011, 1.736/2010, 2.748/2010, 1.528/2010 e 206/2007, todos do Plenário, e 4.420/2010-2ª Câmara).

12.9 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da falta de pessoal na SEAP/MPA

13. Os Srs. Altemir Gregolin (ex-Ministro), Cleberson Carneiro Zavaski (ex-secretário executivo) e Dirceu Silva Lopes (ex-secretário executivo) defendem a impossibilidade de sua responsabilização, em vista da falta de pessoal e organização precária da SEAP/MPA à época.

13.1 Suportam a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) Quando da ocorrência das supostas irregularidades apontadas, o MPA enfrentaria dificuldades acerca da falta de pessoal e organização precária, o que teria, inclusive, sido apontado pelo TCU quando da prolação do Acórdão 489/2008-Plenário (peça 313, p. 92);

b) a situação em apreço se moldaria ao decidido pelo TCU, por ocasião da prolação do Acórdão 341/2008-Plenário, que teria assentado que não seria possível a condenação de dirigentes membros de Ministério recém criado, notadamente com um quadro de servidores precário e reduzido (peça 313, p. 93);

c) seria certo que a carência de pessoal teria dado aso às divergências ocorridas entre as minutas dos contratos ora em análise e os pareceres apresentados pela assessoria jurídica da então SEAP. Dessa forma, não seria possível responsabilizar os recorrentes, uma vez que a deficiência do quadro de servidores não poderia ser solucionada por eles (peça 313, p. 94).

Análise:

13.2 De início, as alegações não autorizam qualquer mudança no *decisum*.

13.3 Primeiramente, a alegada falta de pessoal não deve ser entendida como um atenuante para a conduta dos gestores, mas sim como um agravante. Nesse contexto, cabe transcrever a seguinte passagem do voto condutor da decisão que enfrentou o presente argumento (peça 252, p. 6):

Rejeito, de igual modo, a alegação de que a carência de pessoal da antiga SEAP/PR e do MPA atenua as falhas de planejamento constatadas. Ao contrário, como defendem os pareceres, tal carência deveria ter impedido que o órgão extrapolasse suas competências, assumindo, injustificadamente, a responsabilidade por aquisições que não tinha condições sequer de realizar o devido planejamento, muito menos a posterior celebração dos termos de parceria e os acompanhamentos pertinentes.

[grifos acrescidos]

13.4 No mesmo sentido, transcreve-se o seguinte excerto da unidade técnica (peça 192, p. 12):

Diante de tais restrições [falta de pessoal], como poderiam os gestores imaginar que seria possível assumir compromissos complexos relativos ao acompanhamento do uso das lanchas-patrolha? Mesmo transferindo a responsabilidade pela manutenção e operação das embarcações a órgãos parceiros, ainda caberia ao MPA diversas obrigações, tais como: celebrar termos de parceria; planejar ações de fiscalização em conjunto com órgãos parceiros; participar de ações de fiscalização; monitorar o uso e o estado de conservação das lanchas; cobrar e avaliar relatórios de atividades; determinar correções relativas a irregularidades na utilização e manutenção dos bens e, se necessário, rescindir termos de permissão de uso (todas essas responsabilidades estão previstas nos termos de permissão firmados [RA, peça 21, p. 3-91]; porém, como demonstrado no item 2.7 do relatório de auditoria, foram negligenciadas pelo Ministério).

[grifos e destaques acrescidos]

13.5 Por fim, ao contrário da alegação de recursal (item “b”), o Acórdão 341/2008-Plenário não consignou que não seria possível a condenação de dirigentes membros de Ministério recém criado, em razão de quadro de servidores precário e reduzido. Tal decisão apenas dispôs que, naquela oportunidade, não seria possível imputar responsabilidade aos gestores pela precária estrutura de pessoal de Ministério, vez que tal problema ultrapassaria a alçada de um único órgão.

13.6 Diante de todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da suposta cobrança de multa além dos limites legais

14. A empresa Intech Boating defende a ilegalidade da multa aplicada em razão do dano.

14.1 Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) O Acórdão 925/2021 teria entendido que a limitação de 100% aplicável às multas em tela seria relativo ao valor atualizado do dano (peça 357, p. 34-35);

b) tal entendimento violaria o disposto no art. 61, §3º, da Lei 9.430/1996 e o *caput* dos art. 2º e 3º do Decreto-Lei 1.736/1979 (peça 357, p. 35-36);

c) portanto, nos termos dos dispositivos mencionados, a multa estaria limitada a 100% sobre o principal da dívida e não poderia incidir juros sobre ela (peça 357, p. 36).

Análise:

14.2 As alegações não autorizam qualquer alteração do Acórdão 3.056/TCU-Plenário.

14.3 Isso porque o art. 57 da Lei 8.443/1992 dispõe que:

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

[grifos acrescidos]

14.4 Nesse contexto, os valores dos débitos tratados nos subitens 9.3 e 9.5 do *decisum*, corrigidos monetariamente até a data do julgado, importam em R\$ 1.863.636,13 e R\$ 959.922,77, respectivamente (peça 326, p. 2). Por sua vez, as multas aplicadas nos valores de R\$ 1.800.000,00 e R\$ 900.000,00 estão de acordo com a limitação imposta pelo art. 57 da Lei 8.443/1992.

14.5 Assim, deve ser afastada a alegação de aplicação de multa sobre juros, vez que a multa foi aplicada sobre o principal da dívida e está aderente à disposição do art. 57 da Lei 8.443/1992.

14.6 Portanto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da suposta falta de razoabilidade e proporcionalidade das multas aplicadas a empresa Intech Boating

15. A empresa Intech Boating defende a ausência de razoabilidade e proporcionalidade das multas que lhe foram aplicadas pela decisão vergastada.

15.1 Suporta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) a Administração, ao aplicar multas, deveria atuar de maneira razoável e proporcional, bem como levar em consideração a conduta do investigado. Em outras palavras, a previsão legal de que uma multa possa ser aplicada no patamar de até 100% sobre determinada base de cálculo não autorizaria, por si só, a sua aplicação no patamar máximo (peça 357, p. 37);

b) ao contrário, dever-se-ia analisar o contexto da infração supostamente cometida, penalizando o infrator de maneira necessária, adequada e proporcional. Trouxe as seguintes passagens de pareceres de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello (peça 357, p. 37-38):

Marçal Justen Filho

Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello

Os entes públicos têm o dever “de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida [...] não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei

c) conforme todos os apontamentos recursais apresentados, o cálculo para a fixação da multa imposta à recorrente teria desconsiderado grande parte dos custos que a recorrente teria incorrido, bem como ignorado os custos que o MPA suportaria na ausência do termo aditivo ao Contrato 3/2009 (peça 357, p. 38-39);

d) ademais, restaria cristalino que a recorrente teria agido sempre de boa-fé e de maneira absolutamente transparente, razão pela qual a multa aplicada em patamar quase máximo configuraria-se exorbitante e desproporcional (peça 357, p. 39).

Análise:

15.2 As alegações não autorizam a redução das multas impostas à empresa recorrente.

15.3 Conforme o tópico anterior, a multa aplicada a empresa Intech Boating está dentro dos parâmetros fixados pelo art. 57 da Lei 8.443/1992. Similarmente, a penalidade é condizente com a gravidade das irregularidades apuradas.

15.4 Isso porque a recorrente foi beneficiária do superfaturamento de R\$ 1.863.636,13 no Contrato 3/2009, em razão de restrições ao caráter competitivo do PP 32/2008 – conforme item 9.). Além disso, se beneficiou do superfaturamento de R\$ 959.922,77 no 2º TA ao Contrato 3/2009, o qual, proposto pela própria empresa (TC 17740/2011-8, peça 36, p. 34-38) e em flagrante fuga ao processo licitatório, lhe proporcionou um retorno de 1.379% (conforme item 10.).

15.5 Portanto, dado a monta do débito apurado, a multa aplicada a responsável, além de estar dentro dos patamares legais, está condizente com a gravidade das irregularidades apuradas.

15.6 Similarmente, deve ser afastada a alegação de que o *decisum* teria desconsiderado os custos que a recorrente teria incorrido. Isso porque o TCU foi conservador com o débito imposto, vez que, além de ter acatado todas as despesas comprovadas, acatou outras sem comprovação da empresa (itens 10.9 e 10.10). Além disso, cabe destacar que, em que pese as restrições ao caráter competitivo do PP 34/2009, não foi aplicado débito ao Contrato 5/2010, em razão da falta de referencial de preços.

15.7 Quanto à alegação de boa-fé da empresa, convém mencionar que a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que esta deve ser aferida objetivamente, sendo necessário constatar algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente dos responsáveis, mediante prova nos autos, o que inexistiu no presente caso (Acórdãos 1894/2018-TCU-2ª Câmara e 88/2008-TCU-Plenário, ambos da relatoria do Ministro Augusto Nardes, 2.399/2014-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio, 1.157/2008-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman).

15.8 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

Da possibilidade de responsabilizar o parecerista jurídico

16. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil defende a impossibilidade de responsabilizar o advogado público Antônio de Jesus da Rocha Freitas Júnior.

16.1 Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) no âmbito do Mandado de Segurança (MS) 24.073, o STF teria afastado a possibilidade de responsabilizar o parecerista jurídico. Em primeiro, esta decisão teria entendido que os pareceres jurídicos seriam meramente opinativos e não vinculariam a autoridade administrativa. Em segundo, teria sido fixado o entendimento de que o advogado seria inviolável no que tange ao exercício de sua profissão e por isso não poderia ser penalizado em razão da linha argumentativa que tenha se filiado. Por fim, o Ministro-Relator teria esclarecido que eventual responsabilização pela atuação do advogado que contrarie os princípios da profissão e viole uma atuação escorreita deveria ser levada a cabo pela Ordem dos Advogados do Brasil, e não pelo TCU (peça 370, p. 6-7);

b) segundo o STF quando do julgado do MS acima, eventual punição apenas poderia ser aplicada em situações excepcionais, quais sejam, nos casos em que fossem verificados (a) má-fé (dolo), (b) culpa ou (c) erro inescusável (peça 370, p. 7);

c) o art. 184 do Código Civil de 2015 (CPC 2015) asseveraria que “o membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”. Dessa forma, as hipóteses de responsabilização do parecerista jurídico estariam restritas aos casos de dolo ou fraude (peça 370, p. 9);

d) além disso, o art. 15 do CPC 2015 disporia que, ante a ausência de regulamentação específica, as disposições deste código seriam aplicáveis ao direito administrativo. Para comprovar isso, trouxe a seguinte passagem de Moreira (peça p. 9):

Mas, desde logo, deve-se sublinhar que o CPC/2015 tem plena aplicabilidade ao processo administrativo, em convivência harmônica com a Lei no 9.784/1999 e outros diplomas administrativo-processuais. Não há exceção, salvo aquelas oriundas da incidência normativa ao caso concreto. [...] Por conseguinte, o CPC/2015 não pode ser compreendido como lei estranha ou extraordinária ao processo administrativo (inclusive em relação à Lei n no 9.784/1999). Ao contrário: a leitura deve ser integrada, de molde a fazer com que o CPC/2015 seja, sempre que viável, aplicado: tanto nos casos de omissão da lei específica como naqueles em que proveja solução mais adequada ao caso concreto (desde que compatível com o regime jurídico administrativo). Não se faz necessária a omissão em sentido estrito (a mais absoluta ausência de norma), pois o que está em jogo é a aplicação do princípio da efetividade. Essa constatação demonstra que a promulgação do CPC/2015 deu novas cores e luzes mais intensas ao processo administrativo — o que, desde já, demanda cogitações novidadeiras. Quando menos, exige a reflexão a propósito de alguns temas-chave. O que deve se dar de imediato a todos os processos administrativos.

e) a doutrina de Câmara reforçaria essa posição ao afirmar que o art. 15 do CPC de 2015 preveria, expressamente, sua aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo. No mesmo sentido, Di Pietro ressaltaria a necessidade de que o processo administrativo, especialmente após a edição do CPC de 2015, se sujeite aos princípios do processo civil, em especial os princípios da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, proteção da confiança, participação do interessado no processo, boa-fé (peça 370, p. 9-10);

f) da leitura conjugada do MS 24.073-3 e da redação do art. 184 do CPC, torna-se explícita e inquestionável a impossibilidade de responsabilização de advogados pareceristas para além das hipóteses em que o órgão acusador comprove, de modo inequívoco, a atuação dolosa ou fraudulenta do advogado, o que não se observaria no caso em apreço (peça 370, p. 10);

g) os pareceres emitidos pelo Advogado Público Antônio de Jesus da Rocha Freitas Júnior, apesar de obrigatórios, nos termos do inc. VI do art. 38 da Lei n. 8.666/93, não se revestiriam de automático efeito vinculante. A natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revelaria quando o órgão técnico apontar a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato, situação diversa do caso em apreço (peça 370, p. 11).

Análise:

16.2 De início, as alegações não autorizam afastar a responsabilidade do parecerista jurídico.

16.3 Antes de adentrar nas alegações recursais, cabe retomar que o Acórdão 925/2021-TCU-Plenário (peça 325) corrigiu, de ofício, erros materiais da decisão anterior, afastando o ex-Consultor Jurídico do MPA, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior, do rol de responsáveis de que tratam os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.056/2020-TCU-Plenário.

16.4 Considerando esse afastamento de responsabilidade, o ex-Consultor Jurídico foi responsabilizado pelo superfaturamento no 2º TA ao Contrato 3/2009, em razão de (peça 192, p. 43):

opinar, por meio do Parecer Jurídico Conjur/MPA 191/2010, pela legalidade da minuta do 2º Termo Aditivo ao Contrato 3/2009, sem alertar para o fato de que o objeto do aditivo (prestação de serviços de limpeza, conservação e operação de três embarcações) desvirtuou integralmente o objeto original do contrato (projeto e construção de cinco lanchas patrulhas), caracterizando, assim, fuga ao processo licitatório, o que deu causa à contratação antieconômica e infringiu o art. 37, XXI, da Constituição Federal e os artigos 2º, 3º e 41 da Lei 8.666/1993 (peça 181, item 2.4);

[grifos acrescidos]

16.5 Ademais, este foi multado, com base no art. 58 da Lei 8.443/1992, por (peça 192, p. 43):

haver acatado planilha elaborada para estimar o preço das lanchas com base em cotações realizadas um ano antes e acrescidas de valores sem adequada fundamentação como pesquisa de preços válida para balizar a contratação a ser realizada pelo Pregão Presencial 34/2009, quando de sua análise a respeito da legalidade do procedimento licitatório, consubstanciada no Parecer Jurídico Conjur/MPA 413/2009, de 4/12/2009 (peça 181, item 2.5)

16.6 Passando para as alegações, em essência, estas não enfrentam as irregularidades, apenas atacam a possibilidade deste Tribunal responsabilizar pareceristas jurídicos. Nesse contexto, os fundamentos para a suposta impossibilidade de punição estariam no julgamento do MS 24.073-3 pelo STF e no art. 184 do CPC 2015 que estabelece que o “membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”. Todavia tais justificativas não afastam a capacidade de responsabilização do TCU no caso em apreço.

16.7 Em primeiro, o julgamento do MS 24.073-3 não vincula o TCU no presente processo, mas apenas as partes daquele processo julgado, no âmbito do STF. Em segundo, ainda que se entenda, conforme os pareceres trazidos, que o art. 184 do CPC 2015 se aplicaria ao processo administrativo, o fato é que o mencionado dispositivo não conflita e não afasta os art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992.

16.8 Em terceiro, a jurisprudência do TCU é pacífica pela possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico (Acórdãos 825/2014, 1.151/2015, 434/2016, 51/2018, todos do Plenário).

16.9 Por fim, cabe frisar que o parecerista foi responsabilizado por não apontar a flagrante fuga ao processo licitatório, vez que o 2º TA ao Contrato 3/2009 previu o “fornecimento de mão de obra para a limpeza, conservação e operação” das embarcações, ao passo que o PP 32/2008 teve como objeto apenas a aquisição das lanchas-patrulha (peça 192, p. 48). Nesse sentido, cabe trazer a seguinte passagem do voto condutor da decisão vergastada (peça 252, p. 20):

Desta feita, sem dúvida alguma, o consultor jurídico concorreu para o erro grosseiro, na medida em que emitiu parecer flagrantemente ilegal, com o objetivo de dar ares de legalidade ao 2º termo aditivo ao contrato 3/2009.

[grifos acrescidos]

16.10 No mesmo sentido, o responsável incorreu em erro grosseiro ao não apontar a falta de pesquisa de preços no PP 34/2009, conforme preceitua o §1º do art. 15 da Lei 8.666/1993.

16.11 Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as presentes alegações.

CONCLUSÃO

17. Das análises anteriores, ante os elementos constantes destes autos, o contexto normativo e as diretrizes jurisprudenciais aplicáveis ao caso, conclui-se que:

- (i) não houve violação ao devido processo legal (item 5.);
- (ii) não houve a prescrição do débito (item 6.);
- (iii) houve falhas no planejamento das aquisições das 28 lanchas-patrolhas (item 7.);
- (iv) houve restrições ao caráter competitivo dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009 (item 8.);
- (v) houve superfaturamento no Contrato 3/2009 (item 9.);
- (vi) houve superfaturamento no 2º TA ao Contrato 3/2009 (item 10.);
- (vii) a responsabilidade do Sr. Alberto Fioravante Sondermann Frega não pode ser afastada ou atenuada (item 11.);
- (viii) é possível responsabilizar o Ministro de Estado e os secretários executivos de Ministério (item 12.);
- (ix) a falta de pessoal no MPA não impossibilita a responsabilização (item 13.);
- (x) não houve a aplicação de multa além dos limites legais (item 14.);
- (xi) a multa aplicada à empresa Intech Boating não foi desproporcional (item 15.);
- (xii) é possível responsabilizar o parecerista jurídico (item 16.).

17.1 Por todo o exposto, propõe-se a negativa de provimento aos recursos, visto que não foram carreados argumentos que possam o condão de alterar a decisão vergastada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

18. Ante ao 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 e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) informar aos recorrentes e demais interessados do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

Secretaria de Recursos, 2ª Diretoria,
22 de agosto de 2022.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Secretaria-Geral de Controle Externo

Secretaria de Recursos

(Assinado Eletronicamente)

Ricardo Abdalla Lage

AUFC – Mat. 10177-0