



TC - 015.369/2003-1

Natureza: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração).

Unidade: Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Rondônia – DEVOP/RO.

Recorrentes: Maq- Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços Ltda. (CNPJ 00.822.718/0001-63) – R001, Homero Raimundo Cambraia (CPF 171.923.316-00) – R002, Wilson Nicolau Caculakis Filho (CPF 011.615.982-00) – R003, Planurb Planejamento e Construções Ltda (CNPJ 14.312.169/0001-91) – R004, GM Engenharia e Construções Ltda. (CNPJ 05.782.974/0001-98) – R005, Renato Antônio Lima (CPF 325.118.176-91) – R006, Termac Terraplenagem e Pavimentação (CNPJ 04.104.717/0001-34) – R007.

Advogados: Manoel Ribeiro de Matos Júnior (OAB/RO 2692), José de Almeida Júnior (OAB/RO 1370), Zaqueu Noujaim (OAB/RO 145A), Lester P. de Menezes Júnior (OAB/RO 2657), Ely Roberto de Castro (OAB/RO 509), Gustavo Valadares (OAB/DF 22.885).

Decisão Recorrida: Acórdão 2.205/2012 – 1ª Câmara (Peça 53, p.51).

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS DO PLANAFLORO. OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO DA RODOVIA RO-470. CONVERSÃO INCORRETA PARA REAL DOS PREÇOS DAS PROPOSTAS APRESENTADAS PELAS LICITANTES. PROPOSTAS COM DATA BASE NO MÊS DE MARÇO DE 1994. INDEVIDA REPACTUAÇÃO DE PREÇOS EM URV. REVISÃO, PELO DER/RO, DOS PREÇOS DE MARÇO A JUNHO DE 1994, PERÍODO EM QUE JÁ VIGORAVA A URV E IMEDIATAMENTE ANTERIOR À IMPLANTAÇÃO DO REAL. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. PRESCRIÇÃO DA MULTA. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE ALGUNS GESTORES. CONDENAÇÃO PESSOA JURÍDICA SEM PARTICIPAÇÃO DE AGENTE PÚBLICO.



Trata-se de Recursos de Reconsideração opostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia – R002, Wilson Nicolau Caculakis Filho – R003, Renato Antônio Lima – R006 e pelas Empresas Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços Ltda. – R001, Planurb Planejamento e Construções Ltda – R004, GM Engenharia e Construções Ltda. – R005, Termac Terraplanagem e Pavimentação – R007, contra o Acórdão 2.205/2012 – 1ª Câmara (Peça 53, p. 51), que julgou irregulares suas contas, imputou-lhes débito solidário e lhes aplicou a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

I. HISTÓRICO PROCESSUAL

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial decorrente da conversão de relatório de auditoria realizada no Departamento de Viação e Obras Públicas de Rondônia – Devop/RO, sucessor do Departamento de Estradas de Rodagem de Rondônia – DER/RO, com o objetivo de verificar a regularidade da utilização de recursos federais, oriundos do Programa Plano Agropecuário e Florestal do Estado de Rondônia – Planaflo, nas obras de pavimentação da rodovia RO-470.

3. Por meio do Acórdão 2.192/2005-Plenário (Relação 39/2005 do gabinete do ministro Benjamin Zymler), os autos foram convertidos em tomada de contas especial, tendo sido determinada a citação dos responsáveis, bem como das empresas contratadas, e a audiência do diretor-geral adjunto do DER/RO no período de 14/3 a 31/12/1994.

4. No âmbito desta Corte de Contas, após promovidas as citações e audiências legais e regimentais e examinadas as alegações de defesa foram os responsáveis condenados pelas seguintes irregularidades:

a) diferenças de pagamento decorrentes de conversão dos preços iniciais das propostas para obras de construção da RO-470, data base março 1994, de CR\$ (Cruzeiro Real) para R\$ (Real), pela URV (Unidade Real de Valor) de 15/3/1994 (755,52), e não a de 31/3/1994 (931,05);

b) indevido reajuste de preços em URV no período de mar-1994/jun-1994, antes de transcorrido o lapso de um ano do contrato e utilizando metodologia equivocada, em afronta às Leis 8.880/1994 e 9.069/1995.

5. Neste momento, comparecem aos autos os recorrentes se insurgindo contra os débitos e multas aplicados pelo Acórdão 2.205/2012 – TCU – 1ª Câmara (Peça 53, p. 51-54).

II - DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Considerando-se o teor do Despacho de Peça 174, da relatoria do Exmo. Benjamim Zymler, torna-se desnecessária nova análise de admissibilidade.

III – DA ANÁLISE DE MÉRITO

7. No intuito de melhor organizar o raciocínio empreendido, as razões recursais que se repetem serão consolidadas e examinadas em conjunto, bem como citados os recorrentes que aludiram à tese defensiva. A seguir, serão analisadas as razões de natureza subjetiva de cada recorrente.

8. Antes de analisar o mérito dos recursos, é importante contextualizar a participação de cada recorrente e examinar as preliminares arguidas.

9. As empresas foram apenas beneficiárias de recursos pagos de forma indevida.

10. A Empresa Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços assumiu os Contratos 49 e 50/1994/PJ/DER/RO (após sub-rogação realizada pela Empresa Construtora

Bandeira de Melo Ltda, vencedora e contratante original do DER/RO (Peça 13, p.10 e Peça 14, p. 20).

11. A Empresa Planurb – Planejamento e Construções Ltda. assumiu o Contrato 16/1994/PJ/DER/RO após sub-rogação realizada pela Empresa Concic Engenharia S/A, vencedora do certame e contratante original do DER/RO (Peça 5, p. 25-27).

12. A Empresa GM Engenharia e Construções Ltda., ingressou em 30/4/1998, ao assumir o Contrato 16/1994/PJ/DER/RO após sub-rogação realizada pela Empresa Planurb – Planejamento e Construções Ltda.

13. Já a Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. assumiu o Contrato 13/1994/PJ/DER/RO, cedido pela Empresa Terpav – Construtora Ltda. (Peça 8, p.34-35).

14. Todos os contratos tiveram a interveniência do DER/RO.

15. Já os gestores foram apenados pelos atos a seguir identificados.

16. O Sr. Homero Raimundo Cambraia foi condenado pela realização de pagamentos decorrentes de contrato com irregularidades.

17. O Sr. Wilson Wilson Nicolau Caculakis Filho, na condição de Diretor Adjunto, foi multado pela assinatura de contratos com irregularidades.

18. O Sr. Renato Antônio Lima, assim como o Sr. Homero Raimundo Cambraia, também foi sancionado pela realização de pagamentos decorrentes de contrato com irregularidades.

19. Isso posto, passa-se, inicialmente, ao exame das preliminares e em seguida a análise do mérito dos recursos opostos.

III.1 – Da prescrição e da proporcionalidade da Multa.

Argumentos:

20. As Empresas GM Engenharia e Construções Ltda. (R005) e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. (R007) argumentam que os fatos apurados remontam a 1994, logo a pretensão de apenar não deve subsistir, pois acobertada pelo instituto da prescrição quinquenal.

21. Alegam que a apenação não configura ressarcimento de dano ao erário e que a imposição de multa tem caráter sancionatório, guarda correlação com princípios penais, e dessa forma, subsume-se ao princípio da segurança jurídica.

22. Trazem a baila o Resp/STJ 894.539, Rel. Ministro Herman Benjamin, no qual o STJ teria decidido pela prescrição da multa, contando da data dos fatos até a instauração da Tomada de Contas Especial.

23. Dessa forma restaria evidenciada e incidente a prescrição quinquenal da multa aplicada.

24. Ademais, alegam que as multas aplicadas, com fulcro no art. 57, da LOTCU, foram descabidas e desproporcionais, pois não houve nenhum fato revelador de má-fé ou conduta reprovável dos recorrentes. Ao contrário, no entendimento dos recorrentes os contratos sob suas responsabilidades foram corretamente executados.

25. Os atos ensejadores dos supostos danos teriam sido praticados anteriormente à assunção das avenças, em nenhum momento operaram de forma a contrariar o ordenamento, e nem teriam recebido quaisquer valores diverso dos praticados no mercado.

26. Com relação a proporcionalidade, afirmam que há flagrante desproporção entre o valor da multa e a gravidade de suas condutas. Na execução dos contratos sempre agiram de boa-fé e o

fato de a norma conferir arbitramento ao julgador de até 100% do valor do débito não o autoriza a desvincular a fixação da pena aos limites do princípio da razoabilidade.

Análise:

27. Em preliminar, pugnam os recorrentes pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, porquanto o acórdão condenatório teria sido prolatado após mais de 5 (cinco) anos da ocorrência da ilicitude que fundamentara a penalidade à qual se opõem nesta oportunidade.

28. Pelo fato de a Lei 8.443/1992 não dispor sobre a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, cabe ao intérprete recorrer à analogia, em atenção ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, este Tribunal há algum tempo vem se valendo do prazo geral de dez anos, estabelecido no Código Civil (art. 205), para suplantar tal lacuna legislativa. É o que se depreende das seguintes decisões: Acórdãos 510/2005, 1.803/2010, 771/2010 e 474/2011, do Plenário; Acórdãos 3.036/2006 e 847/2007, da 1ª Câmara; e Acórdãos 5/2003 e 3.132/2006, da 2ª Câmara.

29. É bem verdade que, na grande maioria dos casos, os precedentes enfrentaram a questão da prescrição sob a ótica da pretensão de ressarcimento ao erário, quando internamente não havia entendimento consolidado sobre a tese imprescritibilidade (Acórdão 2.709/2008-Plenário), nesse particular, motivado por decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 26.210-9/DF). Nesse sentido, o Tribunal não tinha o costume de examinar a prescrição da pretensão punitiva de forma isolada, a qual “ficava a reboque” daquela tese central sobre a qual, com mais frequência, se insurgiam as partes nos processos de controle externo.

30. No Poder Judiciário, tem-se o entendimento de que o prazo prescricional em se tratando de multa administrativa deve ser de cinco anos, quando a lei expressamente não o exija, em consonância com a realidade de várias outras normas de Direito Público, tais como: a Lei 9.873/1999, para a pretensão punitiva da Administração no exercício do poder de polícia; o Código Tributário Nacional, para a cobrança de crédito tributário; o Decreto 20.910/1932, para cobrança de dívidas passivas da União, Estados/DF e Municípios; a Lei 8.112/1990, para ação disciplinar contra servidor público; e a Lei 8.429/1992, para ações destinadas à aplicação das sanções expressas nessa lei.

31. Por elucidativo, transcreve-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário” (REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009);

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. ATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. RESP N.º 1.112.577/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA).

1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

2. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: ‘Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.’

3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.

4. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada **in casu**. (...)” (AgRg no Ag 1069662/SP, Relator Ministro Luiz Fux; Data do Julgamento: 1/6/2010; grifos nossos).

32. Celso Antonio Bandeira de Mello, revendo seu posicionamento outrora manifestado sobre a matéria, assevera:

“Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado, sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia com os estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder, judicialmente, contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis” (in Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p. 930).

33. No TCU, há ainda que se considerar que não se trata apenas de determinar entendimento sobre o prazo prescricional – se cinco ou dez anos. Inúmeros outros pontos correlacionados ao tema necessitam de definição, a nosso ver, como a fixação do termo **a quo** para contagem desse prazo – se da ocorrência do fato ou do conhecimento do fato pelo TCU – e das eventuais causas interruptivas.

34. A jurisprudência atual do TCU utiliza o Código Civil (CC) como paradigma, o qual privilegia o prazo geral de 10 (dez) anos e a causa interruptiva do art. 202, I, Código Civil que afirma a interrupção da prescrição pela citação.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

35. Entretanto, cabe informar que a partir do Acórdão 1.314/2013-Plenário, que julgou processo de representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal (Conjur), esta Corte vem se manifestando de maneira diversa sobre a prescritibilidade da multa imposta em processos de controle externo.

36. Em que pese o Plenário desta Corte não tenha conhecido da representação, pelo não cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 235, c/c art. 237, parágrafo único, do Regimento Interno, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado no voto seu entendimento a respeito da matéria, segundo o qual, com base nos fundamentos transcritos a seguir, por analogia, o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica deve ser o de cinco anos, conforme prescrevem diversas normas de direito público:

(...)

19. Dessa forma, tomando por base os princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, parece-me que o prazo prescricional de 5 anos para imposição de sanção pelo TCU é a solução mais acertada ante a falta de lei específica.

20. Nesse particular, compreendo que a utilização do instituto da analogia, como técnica de integração de lacunas, requer a busca de textos normativos que disponham sobre fatos similares ao que se busca decidir, o que, diante da noção de unidade e coerência do ordenamento jurídico, impõe a adoção de disposições pertencentes ao mesmo microsistema jurídico da norma a ser editada.

21. Por esse motivo, entendo que a utilização das regras do Código Civil para a definição do prazo prescricional aplicável à sanção aplicada pelo TCU no exercício da atividade de controle externo não constitui procedimento adequado, haja vista a absoluta diferença entre os fatos abarcados pelo espaço de incidência daquela regra jurídica – de natureza eminentemente privada – e os inerentes à relação de direito público travada entre a União e os administrados, no âmbito dos processos do TCU.

22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.

23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

37. Diante das ponderações, o prazo de cinco anos para efeito de prescrição da pretensão punitiva passou a ser considerado nesta Corte, pois a falta disposição legal a respeito do assunto na

Lei Orgânica (Lei 8.443/1992) sugere que se extraia do Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna.

38. Assim, não obstante a jurisprudência atual do TCU, que privilegia o prazo geral de dez anos estabelecido no Código Civil, tem-se defendido o entendimento do Ministro Benjamin Zymler, lavrado no voto que fundamentou o Acórdão 1.314/2013-Plenário, no sentido de utilizar o prazo prescricional de cinco anos na aplicação de sanções aos responsáveis por este Tribunal de Contas.

39. Em relação ao termo inicial para a contagem do prazo prescricional, concluiu o Ministro Benjamin Zymler na supramencionada deliberação, fundamentado especialmente na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a solução mais adequada é considerar a data em que o Tribunal tomou conhecimento dos fatos tidos como irregulares. Transcreve-se, a seguir, trechos do voto em que o relator discutiu essa questão:

24. Com relação ao termo inicial para contagem do aludido prazo prescricional, observo que o tema comporta maior diversidade de tratamento dentre as regras citadas. Nesse passo, as normas supramencionadas estipulam como termo **a quo** ora a data em que o fato se tornou conhecido (Lei 8.112 e Lei 8.429/1992, no caso de servidores ocupantes de cargo ou emprego público), ora a data da ocorrência do fato (Lei 6.838/1980, Lei 9.873/1999, Lei 12.529/2011 e Decreto 20.910/1932) – o Código Tributário Nacional comporta solução amoldada à especialidade da matéria, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

25. Sendo assim, julgo adequado, para o correto deslinde da matéria, socorrer-se das lições do saudoso jurista Miguel Reale, que preceitua a necessidade de se analisar as semelhanças entre as circunstâncias fáticas da situação a ser integrada e hipótese de incidência da norma a ser utilizada analogicamente:

“Se um caso reúne, por exemplo, os elementos ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, e surge um outro com esses elementos e mais o elemento ‘f’, é de se supor que, sendo idêntica a razão de direito, idêntica teria sido a norma jurídica na hipótese da previsibilidade do legislador, desde que o acréscimo de ‘f’ não represente uma nota diferenciadora essencial. É preciso, com efeito, ter muita cautela ao aplicar-se a analogia, pois duas espécies jurídicas podem coincidir na maioria das notas caracterizadoras, mas se diferenciam em razão de uma que pode alterar completamente a sua configuração jurídica. Essa nota diferenciadora, como a teoria tridimensional o demonstra, pode resultar tanto de uma particularidade fática quanto de uma específica compreensão valorativa: em ambos os casos o emprego da analogia não teria razão de ser. Já os romanos advertiam, com sabedoria: **mínima differentia facti máximas inducti consequentias júris.**” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 296-297).

26. Nesse diapasão, penso existir, dentre as normas de direito público mencionadas, maiores semelhanças da atividade de controle externo com a persecução sancionatória empreendida em face da Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual reputo adequada, para fins de estipular o marco inicial de contagem do prazo prescricional, a utilização da Lei 8.429/1992.

27. Dessa forma, compreendo que a prescrição sancionatória deste Tribunal, por analogia, deve ser regida pelo art. 23, inciso II da Lei 8.429/1992, o qual determina que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na referida norma podem ser propostas “dentro do prazo prescricional para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”.

28. Na esfera federal, o art. 142, inciso I, da Lei 8.112/1990 dispõe:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

(...)

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

29. Sendo assim, julgo adequado que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional com vistas à aplicação das multas do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 seja a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito deste Tribunal.

30. Tal solução se mostra condizente com o princípio da máxima proteção das normas constitucionais, na medida em que conduz a uma interpretação do conjunto das normas do sistema que privilegiam o fortalecimento da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, a qual é exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU.

(...)

40. No que diz respeito às causas de interrupção do prazo prescricional, o Ministro Relator assim entendeu, **verbis**:

35. (...) mantém-se o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas, segundo o qual a citação e a audiência válidas interrompem a prescrição para a aplicação da multa, aplicando-se ao caso a disciplina dos arts. 202, inciso I, do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito do Tribunal (Acórdão 330/2007-1ª Câmara, Acórdão 904/2003-2ª Câmara, Acórdão 1.555/2005-2ª Câmara, Acórdão 2.755/2006-2ª Câmara, Acórdão 474/2011-Plenário e Acórdão 585/2012-Plenário).

41. Dessa forma, para se determinar o prazo prescricional da pretensão punitiva desta Corte, utilizou-se, de forma integrativa e analógica o prazo de cinco anos previstos em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º, do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º, da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

42. Contudo, utilizou-se a Lei de Improbidade Administrativa para fins de estipular o marco inicial de contagem do prazo prescricional, a utilização da Lei 8.429/1992.

43. Por fim, manteve-se o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas, segundo o qual a citação e a audiência válidas interrompem a prescrição para a aplicação da multa, aplicando-se ao caso a disciplina dos arts. 202, inciso I, do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil, (Acórdão 330/2007-1ª Câmara, Acórdão 904/2003-2ª Câmara, Acórdão 1.555/2005-2ª Câmara, Acórdão 2.755/2006-2ª Câmara, Acórdão 474/2011-Plenário e Acórdão 585/2012-Plenário).

44. Não se discorda do mérito do decidido, apenas propõe-se usar como fundamento para a interrupção da prescrição o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil, aplicável de forma subsidiária a esta Corte.

45. Isto posto, para subsidiar os exames posteriores, analisa-se a ocorrência da prescrição sob a ótica do novo entendimento.

46. Para tanto, é forçoso algumas considerações sobre o termo **a quo**, em outras palavras o momento em que o Tribunal tomou ciência das irregularidades praticadas.

47. No processo em análise, as verificações tiveram origem com o objetivo de dar cumprimento ao item 8.2.3 da Decisão 579/2002-Plenário, profêrida no TC-750.173/1996-3 e publicada no DOU do dia 11/6/2002, que determinou a avaliação da regularidade da aplicação de recursos federais, por parte do Departamento de Estradas e Rodagens do Estado de Rondônia – DER/RO, em obras de pavimentação e pontes na rodovia RO-470.

48. A determinação teve origem na seguinte observação exposto no voto-condutor da Decisão 579/2002 – Plenário, **verbis**:

7. Por fim, sobre a sugestão de auditoria quanto aos demais itens da Concorrência Internacional n. 1/93 (Rodovia RO-470 e ponte sobre o Rio Machado), tendo em vista haver a equipe de auditoria detectado que ocorrências do mesmo jaez das relatadas neste processo reproduziram-se nas obras de pavimentação da RO-470 (fl. 199 do vol. 1), entendo de todo pertinente a observação da unidade técnica, razão por que proponho sejam incluídas as citadas obras no Plano de Auditorias do 2º semestre de 2002 .

49. Em virtude da determinação, foi instaurado o atual TC 015.369/2003-1 com a peça inaugural da Portaria de Fiscalização/Fase Planejamento 1.393/2003, no dia 8/9/2003.

50. A primeira instrução da equipe de auditoria foi elaborada no dia 10/10/2003 (Peça 17, p.48-16) e a primeira manifestação do TCU ocorreu, por intermédio do Acórdão 2.192/2005-Plenário, no dia 13/12/2005 (Peça 31, p.1-7).

51. Em primeiro lugar deve-se responder qual é o termo **a quo**, em outras, palavras qual a data em que o Tribunal tomou conhecimento dos fatos tidos como irregulares? A instauração do TC 015.369/2003-1? A data da primeira instrução? A data do Acórdão 2.192/2005-Plenário? A Decisão 579/2002-Plenário, proferida no TC-750.173/1996-3 ou, ainda, a data da instrução da equipe de auditoria que forneceu informações, nas obras de pavimentação da RO-470, para a Decisão 579/2002 – Plenário?

52. Nota-se que ao adotar tal entendimento, não há como não entender o “conhecimento dos fatos tidos como irregulares” como um conceito aberto, a ser interpretado em cada caso concreto. Não é possível, a nosso sentir, firmar um determinado momento, a exemplo da instauração do processo que contenha a deliberação condenatória, para todos os processos.

53. **In casu**, entende-se que o termo **a quo** seria a data da primeira instrução da equipe de auditoria, elaborada no dia 10/10/2003 (Peça 17, p.48-16), uma vez que o que antes se tratava de indícios foi de forma minuciosa examinada e disponibilizada para o Ministro-Relator do processo.

54. Com fulcro no exposto acima, por dever de justiça, entende-se oportuno estender as considerações e premissas aos demais responsáveis e analisar a prescrição da pretensão para todos. É o que se passa a fazer.

55. Por se tratar de diversos responsáveis, opta-se por utilizar a tabela abaixo e na coluna “Pretensão Punitiva do TCU” propor a ocorrência ou não da prescrição da multa.

56. Adotando tais premissas (prescrição de cinco, termo **a quo** a data da primeira instrução da equipe de auditoria no TC 015.369/2003-1, e a interrupção de acordo com o quadro abaixo).

Exame da prescrição da multa de acordo o novo entendimento adotado

Apenado	Descrição da Irregularidade	Termo a quo	Termo IntERRUPTIVO	Pretensão Punitiva do TCU
Ari Antônio Cagol	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura dos Contratos 13, 16, 49 e 50/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	2/3/2006 (Peça 34, p.12)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional
Wilson Nicolau Caculakis Filho	Assinatura do Contrato 16/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	24/2/2006 (Peça 34, p.7)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional
Homero Raimundo Cambraia	Pagamentos decorrentes da conversão indevida da URV	10/10/2003	20/2/2006 (Peça 34, p. 42)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional
Isaac Bennesby	Pagamentos decorrentes da conversão indevida da URV e do reajustamento dos Contratos 13, 16, 49 e 50/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	2/3/2006 (Peça 36, p. 26)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional Prescrita



Apenado	Descrição da Irregularidade	Termo a quo	Termo Interruptivo	Pretensão Punitiva do TCU
Petrônio Ferreira Soares	Pagamentos decorrentes da conversão indevida da URV e por ser o responsável pelo reajustamento dos Contratos 13, 16, 49 e 50/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	2/3/2006 (peça 34, p. 37)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional.
Renato Antônio de Souza Lima	Pagamentos decorrentes da conversão indevida da URV e por ser o responsável pelo reajustamento do Contrato 13/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	23/10/2006 (Peça 44, p.35)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional.
Concic Engenharia S/A	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura do Contrato 16/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	16/6/2010* (Peça 50, p.51, 52, 53 e Peça 51, p. 11)	Prescrita
Terpav Construtora Ltda.	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura do Contrato 13/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	21/7/2010 (Peça 49, p.43)	Prescrita
Planurb Planejamento e Construções Ltda	Pagamentos decorrentes da conversão indevida da URV e por ser o responsável pelo reajustamento do Contrato 13/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	6/2/2006 (Peça 34, p. 28)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional.
GM Engenharia e Construções LTDA.	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura do Contrato 16/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	24/1/2006 (Peça 34, p.9)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional.
MAQ Serv Máquinas Terraplanagem Pavimentação e Serviços LTDA	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura do Contrato 49 e 50/1994/PJ/DER/RO	10/10/2003	20/2/2006 (Peça 34, p.44)	Vigente, uma vez que decorreu menos de 3 anos do conhecimento à interrupção, não se exaurindo o prazo prescricional.
Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda.	Conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura do Contrato 13/1994/PJ/DER/RO.	10/10/2003	20/7/2010	Prescrita

* Considerou-se esta em virtude do parecer do MP à Peça 52, p.12 – Item II

57. Dessa forma, verifica-se que a pretensão punitiva encontra-se prescrita para as Empresas Concic Engenharia S/A, Terpav Construtora Ltda. e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. em conformidade com o quadro acima.

III.2. Da impossibilidade de defesa da GM Engenharia e Construções Ltda. (R005)

58. A GM Engenharia e Construções invoca três teses defensivas que teriam, sob sua ótica, impossibilitado a defesa e, portanto implicado na ausência de sua condenação. A saber.

III.2.1. Da incidência do art. 5º, §4º, da IN-TCU 56/2007.

Argumentos:

59. Para a recorrente, as irregularidades tiveram origem no ano de 1994, e, sob seu olhar, entre o fato gerador e a instauração da TCE transcorreu mais de anos, uma vez que somente foi citada em 10/2/2006, conforme Oício Citatório 10/2006-TCU/Secex-RO (Peça 33, p.1).

60. Dessa forma, deveria ser aplicado o art. 5º, §4º, da IN-TCU 56/2007 que dispõe salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos do fato gerador.

61. O decurso do prazo teria impossibilitado à defesa, e, portanto, nos termos art. 5º, §4º, da IN-TCU 56/2007 c/c os arts. 20 e 21 da Lei 8.443/92, deveriam os autos ser arquivados.

Análise:

62. As alegações do recorrente não devem prosperar pelos seguintes motivos.
63. A jurisprudência deste Tribunal vinha considerando algumas contas especiais ilíquidas, em face da mora desarrazoada e injustificável por parte do órgão de controle e (ou) dos órgãos repassadores no exame de contas, que foram prestadas, mas que por alguma falha na prestação de contas, só muito tardiamente apontada, foram ao final rejeitadas.
64. Nesses casos, entendia-se que o longo tempo decorrido entre a prestação de contas e a sua rejeição pelo órgão repassador trazia prejuízos sensíveis às possibilidades de defesa do responsável, prejuízos estes que não são decorrentes de sua própria conduta, mas da administração, restando violado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.
65. Em atenção a essa tendência, foi incluído o § 4º do artigo 5º na IN/TCU 56/2007:
"§ 4º Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º."
66. Há que se ressaltar que a regra do art. 5º, §4º, da IN-TCU 56/2007 não é absoluta. O comando normativo dispensa a instauração de TCE, mas ressalva a possibilidade de determinação em contrário do Tribunal, de modo que a análise da conveniência e da oportunidade, bem como da razoabilidade de se prosseguir na instrução deve ser feita caso a caso. Nesse sentido decidiu o Tribunal no Acórdão 3855/2011 – 2ª Câmara.
67. No caso vertente, o Tribunal Pleno, antes da vigência da norma aludida, decidiu, por meio do Acórdão 2.192/2005, a autuação da presente TCE e decidindo o mérito condenou os gestores por meio do Acórdão 2.205/2012 – 1ª Câmara.
68. Em outras palavras, entendeu o TCU que a conduta desabonadora dos gestores justificou a não incidência da regra geral do art. 5º, § 4º, da IN, por ocasião do julgamento do mérito, mas da exceção contida nesse artigo.
69. Outrossim, há que se considerar que todos os documentos, como planilhas de medição, edital, entre outros, estavam à disposição, não se percebendo, nem mesmo citado pelos recorrentes quais seriam, exatamente, os documentos não disponíveis de forma a impossibilitar a plenitude da defesa.
70. Ademais, objetiva-se na Tomada de Contas Especial - TCE a apuração da responsabilidade civil/administrativa dos que deram causa a dano ao Erário. Dessa forma, nos termos do art. 37, §5º, da Constituição Federal, as ações de ressarcimento ao patrimônio público são imprescritíveis. Logo, não houve prescrição da pretensão ao ressarcimento. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 26210/DF, in DJ de 10/10/2008) e deste Tribunal, nos termos da Súmula/TCU 282, *verbis*:

As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

71. Assim, rejeitam-se os argumentos trazidos pela recorrente.

III.2.2. Do prazo regulamentar para guarda de documentos.

Argumentos:

72. De acordo com a recorrente, as obras de pavimentação da rodovia RO-470, objeto da presente TCE, foram realizadas mediante convênio entre o antigo DER/RO e, num primeiro momento entre a Secretaria do Desenvolvimento Regional da Presidência da República e, depois, com a Secretaria de Programas Integrados do Ministério da Integração Nacional.

73. Assim, o instrumento jurídico que viabilizou o repasse dos recursos foi o convênio, regido pelas disposições da IN-STN 01/1997 e suas antecessoras.

74. Alega, portanto, que o art. 30 da IN-STN definia, de forma expressa, o prazo de cinco anos para a guarda e armazenagem dos documentos. Para comprovar sua tese cita os Acórdãos 64/2007, 840/2007, 852/2007, 1095/2007, 512, 1640/2008, todos da 2ª Câmara.

75. Por esses motivos, a recorrente entendeu ter havido cerceamento de seu direito de defesa e a situação ensejaria a aplicação dos arts. 20 e 21 da Lei 8.443/92, devendo o então gestor ser absolvido da responsabilidade pelas irregularidades apontadas.

Análise:

76. A **priori**, o convênio foi assinado na vigência da IN-STN 12/1988 e não na vigência da IN-STN 01/1997. É de ressaltar que o primeiro normativo não definia prazo para guarda dos documentos, logo, não se pode de forma imediata avocar a aplicação do disposto no art. 30, da IN-STN 01/1997. A análise do caso requer um pouco mais de parcimônia.

77. Dispõe o art. 30 da IN-STN 01/1997, citado pelo recorrente, **verbis**:

Art. 30. As despesas serão comprovadas mediante documentos originais fiscais ou equivalentes, devendo as faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios serem emitidos em nome do conveniente ou do executor, se for o caso, devidamente identificados com referência ao título e número do convênio.

§ 1º Os documentos referidos neste artigo serão mantidos em arquivo em boa ordem, no próprio local em que forem contabilizados, à disposição dos órgãos de controle interno e externo, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da aprovação da prestação ou tomada de contas, do gestor do órgão ou entidade concedente, relativa ao exercício da concessão.

78. A jurisprudência dominante no Tribunal, inclusive os precedentes citados pelo recorrente, afirma que os documentos devem ser guardados por cinco anos contados da aprovação das contas do gestor concedente. O gestor concedente, **in casu**, é o gestor repassador dos recursos ao DER/RO, não há nos autos nenhuma informação da aprovação de suas contas, tampouco quando se deu a aludida certificação. Logo, não há nada neste sentido que autorize o descarte dos documentos.

79. Por outro lado, se iniciado um processo de fiscalização, perceba-se, não se está a falar de instauração de TCE, mas qualquer processo fiscalizatório, é de se esperar que o gestor zeloso e os demais interessados devam guardar todos os documentos com o intuito de se demonstrar a licitude dos atos praticados. Verifica-se que a ação fiscalizatória deste Tribunal iniciou-se com o TC 750.173/1996-3, logo, também no longínquo ano de 1996.

80. Ora, se em curso uma fiscalização do objeto em questão, o que levaria um gestor prudente e um interessado cuidadoso em descartar documentos comprobatórios das licitudes de seus atos. Ainda que, a instauração da TCE somente tenha ocorrido em 2005, já existia um procedimento de fiscalização em curso no mínimo em 1996, logo é razoável que os interessados mantivessem todos os documentos sob sua guarda exatamente para caso chamados usarem o seu direito constitucional de contraditar e fazer prova em contrário de eventual ilegalidade.

81. Destarte, **data vênia**, como já afirmado, não se visualiza prejuízo à defesa plena e, portanto, não merecem ser acolhidas as razões do recorrente.

III.2.3. Do cerceamento de defesa ante a ausência de exame das teses defensivas apresentadas nas alegações de defesa.

Argumentos:

82. Após discorrer em extenso arrazoado sobre a inexistência de prejuízos ao erário, a recorrente alega a necessidade de anulação do acórdão condenatório, uma vez que não se procedeu, por ocasião de sua defesa, a uma análise fundamentada.

83. Aduz que seus cálculos e sua linha de raciocínio não foram refutados, nem mesmo esclarecido o argumento central da defesa.

84. Dessa forma, se não anulado o **decisum** condenatório ofender-se-ia o sagrado direito à defesa insculpido na Constituição Federal de 1988.

Análise:

85. De início, é de bom alvitre esclarecer que a tese de inexistência de prejuízos por ocasião do reajustamento do Contrato 16/1994/PJ/DER/RO será examinada em item subsequente desta instrução, priorizando, neste item, a tese aludida acerca do cerceamento de defesa.

86. De forma resumida, o recorrente afirma a inexistência de prejuízos ao erário, defende a forma de cálculo adotada pelo DER/RO e o avanço de datas para cálculos do reajustamento. Do contrário, se adotada a metodologia proposta pelo TCU e se utilizado os índices da FGV, corretos na opinião do recorrente, os valores calculados pelo Tribunal seriam muito superiores aos encontrados pela Entidade.

87. A tese do cerceamento de defesa está sustentada na premissa de que, por ocasião de sua defesa, os argumentos e a linha de raciocínio do então defendente e seus cálculos não foram rechaçados pelo Tribunal o que afrontaria a Constituição Federal.

88. A defesa do recorrente se mostra de difícil entendimento e de certa forma contraditória, pois, inicialmente, defende a técnica usada pelo DER/RO, o que foi amplamente discutida e refutada pelo Tribunal (Peça 48, p.26, itens 16-30; 33).

89. Logo, neste ponto não há nenhuma omissão, foi definido o entendimento adotado pelo Tribunal acerca da correta interpretação da norma que não autorizava os reajustes antes de um ano.

90. Num segundo momento, depreende-se da defesa que o recorrente quis dizer que se os técnicos desta Corte usassem os índices setoriais da FGV e não do DNER, conforme feito, os valores dos contratos a serem reajustados seriam muito superiores aos efetivamente adotados. Alega que o uso dos índices da FGV seria mais adequado porque estes refletiam o aumento dos custos de mão de obra, entre outros, sendo que os índices usados pelo Tribunal não continham tais efeitos em sua composição.

91. Neste ponto, não se visualiza nenhuma omissão na análise do Tribunal, veja que o uso de índices do DNER foi justificado (Peça 48, p.25, item 21) por ter sua previsão no edital (Peça 1, p.36, item 24). Entende-se acertada a premissa adotada pelo TCU e devidamente explicada na peça instrutória que avaliou as alegações de defesa.

92. Também não merecem ser acolhidas as afirmações de que o argumento central da defesa não foi analisado e sua linha de raciocínio desconsiderada. A nosso sentir, conforme exposto acima, o Tribunal afastou, justificadamente, a interpretação dada pelo DER/RO acerca dos cálculos usados e, ainda, fundamentou a utilização dos índices setoriais do DNER no próprio edital da licitação. Dessa forma, teria afastado o argumento de uso de índices setoriais da FGV e a suposta correta conduta do DER/RO.



93. Superadas tais premissas e revalidados os cálculos não se vislumbra a omissão tão enfatizada na peça recursal e a suposta desconsideração das teses defensivas.

94. Assim, não há razão para anulação do arresto condenatório e devem ser rejeitas as razões recursais quanto o cerceamento de defesa.

III.3. Das diferenças de pagamento decorrentes de conversão dos preços iniciais das propostas para obras de construção da RO-470, data base março 1994, de CR\$ (Cruzeiro Real) para R\$ (Real), pela URV (Unidade Real de Valor) de 15/3/1994 (755,52), e não a de 31/3/1994 (931,05).

95. Os recorrentes foram citados no Acórdão 2.192/2005 – Plenário para que apresentassem defesa quanto às diferenças de pagamento decorrentes da conversão dos preços iniciais das propostas para obras de construção da RO-470, data base março 1994, de CR\$ (Cruzeiro Real) para R\$ (Real), pela URV (Unidade Real de Valor) de 15/3/1994 (755,52), e não a de 31/3/1994 (931,05).

96. Após os exames, as alegações de defesa não foram aceitas e os recorrentes condenados pelos valores constantes do Acórdão 2.205/2012 – TCU – 1ª Câmara (Peça 53, p. 51-54).

97. Irresignados com a condenação, os Srs. Homero Raimundo Cambraia (R002), Wilson Nicolau Caculakis Filho (R003), e as Empresas Planurb Planejamento e Construções Ltda. (R004) e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. (R007) apresentam recursos em relação à irregularidade discutida.

III.3.1. Da legalidade da utilização da URV do dia 15/3/1994.

Argumentos:

98. Em relação à legalidade da conversão, os argumentos dos recorrentes podem ser sintetizados abaixo:

a) Após fazerem considerações iniciais sobre a inflação do período (758,59% no primeiro semestre de 1994), alegam que a licitação foi marcada para o dia 24/3/1994, logo, as propostas, por óbvio, foram elaboradas em data anterior, assim não há que se supor que os preços das propostas tiveram a data-base de 31/3/1994. Concluem, afirmando que a data-base das propostas seria o dia 16/2/1994 (data do comunicado da comissão de licitação aos concorrentes), ou como adotado pelo DER/RO a URV média do mês de março de 1994 que corresponderia a URV do dia 15/3/1994.

b) Os gestores, Srs. Homero Raimundo Cambraia e Wilson Nicolau Caculakis Filho, também em apertada síntese, asseveram que agiram de boa-fé, que os pagamentos e as decisões dos diretores foram respaldados por pareceres jurídicos que opinaram pela conversão da moeda na data de 15/3/1994, ademais, a referida conversão também foi analisada por técnicos da Auditoria Geral do Poder Executivo, que não encontraram quaisquer irregularidades. Por fim, sustentam que naquela época havia dúvidas e o Poder Judiciário foi fortemente demandado a se manifestar sobre o assunto. Fazem considerações sobre o Princípio da Boa-Fé, dos contratos administrativos, da inexistência de dolo ou culpa e requerem a exclusão ou redução dos débitos e(ou) da multa a eles aplicados.

Análise:

99. O ponto fulcral para o deslinde da questão está relacionado a qual URV deveria o DER/RO ter utilizado para a conversão de cruzeiros reais em reais.

100. De forma bastante resumida, é importante rememorar os acontecimentos.

101. No dia 16/2/1994 foi lançado o Edital de Concorrência Pública Internacional 001/94, as propostas foram apresentadas em cruzeiros reais e se referiam ao mês de março, até aí não há

controvérsia. Contudo, a proposta em cruzeiros reais poderia se referir ao dia 1/3/1994, data mais favorável aos licitantes, pois a URV a ser utilizada seria a menor no mês em referência, ou a do dia 31/3/1994, data mais favorável ao DER/RO, atual DEVOP/RO, pois a URV seria a maior do mês de março. De qualquer forma, vale salientar que as propostas deveriam permanecer válidas, em cruzeiros reais, até o período de 60 dias.

102. Após a avaliação das propostas abertas por ocasião da 3ª Reunião (Ata à Peça 2, p. 28-36), de 2/5/1994, a Comissão Especial de Licitação de Obras e Materiais – Celom verificou discrepância entre o orçamento do DER/RO e das propostas (Peça 2, p.37), diga-se, apresentadas em cruzeiros reais pelas licitantes. Por isso, entendeu a Celom prudente diligenciar as empresas vencedoras com o intuito de que estas ratificassem suas propostas.

103. Por meio dos ofícios – todos de 19/5/1994 – enviados as empresas Concic Engenharia S/A (Ofício 103/94, Peça 2, p. 43 – Lote 1), Terpav Construtora Ltda. (Ofício 102/94, Peça 2, p.42 – Lotes 2 a 4) e Construtora Bandeira de Melo Ltda. (Ofício 104/94, Peça 2, p. 44 – Lotes 5 a 7), foi solicitado a ratificação das propostas, anteriormente, ofertadas em cruzeiros reais. Nada se disse acerca da URV da data de conversão.

104. Conforme já noticiado nos autos, a Concic Engenharia S/A ratificou todos os termos da proposta no dia 25/5/1994 (Peça 2, p. 45) e prorrogou a proposta em 5/8/1994 (Peça 3, p.11), a Terpav Construtora Ltda. (Peça 2, p. 48) no dia 6/6/1994, bem como a Construtora Bandeira de Melo Ltda. no dia 31/5/1994 não teriam ratificado as propostas anteriormente apresentadas.

105. Diante disso, a Celom desclassificou as Empresas Terpav Construtora Ltda. e a Construtora Bandeira de Melo Ltda. (Peça 3, p. 1-4), contudo, o Ex-Diretor do DER/RO, Sr. Ari Antônio Cagol, em 22/7/1994, entendeu que a desclassificação não atendia o interesse público e que as propostas eram exequíveis, assim homologou a licitação com os valores definidos em cruzeiros reais (Peça 3, p. 7-8).

106. Ato contínuo, a assessoria jurídica, em 3/8/1994, encaminha ao Ex-Diretor do DER/RO a proposta de conversão de cruzeiros reais para reais utilizando, sem maiores justificativas, a URV média do mês de referência (março/1994) que seria a do dia 15/3/1994, no valor de 755,52. Em seguida, a proposta acatada pelo Ex-Diretor do DER/RO é enviada à Auditoria Geral do Estado para pronunciamento.

107. De acordo com o noticiado nos autos não houve manifestação contrária da auditoria e os contratos na forma proposta, ou seja, com a URV média, foram celebrados, no dia 18/8/1994, com a Empresa Concic Engenharia S/A (Peça 3, p. 12-24) e com a Terpav Construtora Ltda. (Peça 8, p.19-24) e no dia 27/10/1994 com a Construtora Bandeira de Melo Ltda. (Peça 13, p. 10-15).

108. A Terpav ratificou sua proposta, após se negar a fazê-lo, em 5/8/1994 (Peça 8, p.18).

109. Nota-se que as empresas que, inicialmente, não ratificaram suas propostas não declinaram da assinatura dos contratos. Não é difícil perceber que num primeiro momento não aceitaram os termos de sua proposta inicial, e, somente depois de terem conhecimento da posição do DER/RO de adotar a URV do dia 15/3/1994, optaram por contrariar seu posicionamento anterior e celebrar os pactos para execução dos lotes do certame que sagraram vencedores.

110. Feito o breve histórico, passa-se ao exame da questão basilar questionada.

111. A nosso sentir, agiu de forma acertada o TCU ao adotar a URV do dia 31/3/1994 e não a URV média mensal correspondente ao dia 15/3/1994. Embora as propostas tenham sido elaboradas em datas que antecederam o dia 31/3/1994, os valores em cruzeiros reais foram ratificadas para a data-base do mês de março, o que aqui alinhado ao entendimento do acórdão recorrido, entende-se ser o último dia do mês.

112. Veja que a empresa Concic Engenharia S/A ratificou todas as condições da proposta em cruzeiros reais no dia 25/5/1994, nesta data o valor da URV de 31/3/1994 já era conhecido, e, ainda assim, a licitante confirmou proposta em cruzeiros reais e a data-base de março. Por ser a data-base de março, nada mais natural que se ter como referência o último dia do mês. Até este momento, nada se cogitou de adotar a URV média, tal possibilidade somente veio a tona, de forma equivocada, posteriormente, nada constando do questionamento realizado pela Celom. Assim, entende-se que a proposta foi ratificada em cruzeiros reais para o mês base de março e tendo-se em conta a URV do dia 31/3/1994.

113. Com a relação às outras duas empresas, não as socorrem o fato de não terem ratificado suas propostas iniciais. Estas empresas somente teriam o direito de celebrar o contrato se mantidas as condições do edital e das leis de implantação do plano real. Tais condições, conforme discutido acima, implicaria na adoção da URV do dia 31/3/1994 e não do dia 15/3/1994. Caso viessem a celebrar contratos com premissas diversas das disposições legais, e, por consequência, obtivessem benefícios indevidos deveriam ser chamadas a promover os devidos ressarcimentos. É o que se observa no caso sob exame. Tanto é assim que num primeiro momento se recusaram a celebrar os contratos, contudo ao obter vantagem indevida, qual seja a conversão de cruzeiros reais para reais, aderiram e celebraram os pactos com o DER/RO.

114. Dessa forma, não merece prosperar os argumentos dos recorrentes no sentido de se entender corretos os procedimentos de conversão de cruzeiros reais para reais adotados pelo DER/RO.

115. A tentativa do Sr. Homero Raimundo Cambraia e do Sr. Wilson Nicolau Caculakis Filho de afastar as responsabilidades de seus antecessores, por terem praticado os atos de aprovação da conversão e do reajustamento com base em pareceres do corpo técnico e jurídico, que indicariam a regularidade dos procedimentos, não merece prosperar.

116. A aprovação foi o ato que ratificou os procedimentos, conferindo-lhes eficácia para que produzissem os efeitos jurídicos necessários. Quem ratifica, antes deve certificar-se da legalidade dos atos praticados. Logo, os atos dos gestores representaram verdadeira validação dos procedimentos realizados e alegações com este fundamento não merecem ser acatadas.

III.3.2. Da ausência de nexos entre a conversão equivocada de cruzeiros reais para reais e as atuações das Empresas Planurb Planejamento e Construções Ltda. (R004) e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. (R007).

Argumentos:

117. A Empresa Planurb – Planejamento e Construções Ltda. argumenta que, após examinar o acórdão condenatório, não vislumbrou as razões das sanções de ordem pecuniária impostas

118. A seguir, asseveram as empresas que ao assumirem os contratos os valores já haviam sido convertidos em reais, dessa forma não praticaram nenhum ato ilícito. Apenas teriam exercido seu direito constitucional de peticionar perante a Administração Pública e ter seu pleito admitido. Argumentam que a mera presunção de legitimidade e boa-fé da Administração, que decidiu amparado em pareceres técnicos e jurídicos, serviu como subsídio para acreditar na legalidade do pedido.

119. Trazem a lume o Acórdão 767/2005 – 1ª Câmara, relatando que “*embora a situação não seja análoga, por não haver sub-rogação, naquele caso, é idêntica em seu cerne: a não participação do jurisdicionado na conversão de URV para reais - R\$.*”

120. Conclui que se a conversão foi indevida, é cabível a apuração da conduta dos servidores, jamais do particular, não devendo prosperar a apenação fundada em ato de terceiro.

Análise:

121. Sobre a ilegitimidade passiva da recorrente, entende-se que as alegações não merecem prosperar. De imediato, percebe-se que não se sustenta a alegação de que as empresas não podem responder solidariamente por benefícios obtidos de forma indevida.

122. É de se anotar que a atuação deste Tribunal no julgamento de contas alcança não só agentes públicos, mas também responsáveis privados, solidários ou não, que, indiretamente (por exemplo, por via de um contrato), se beneficiem com o emprego de recursos públicos.

123. O ato de ter se beneficiado dos pagamentos realizados a maior possibilita seu enquadramento no art. 16, § 2º, alínea "b" da Lei 8.443/92. É certo que a solidariedade e a responsabilidade não se estabelecem mediante mera presunção desprovida de indícios robustos o suficiente para atrair a responsabilidade do contratado que, de alguma forma, tenha concorrido para o cometimento do dano apurado e que, nesta situação, integra a relação jurídica processual no âmbito de um processo de contas.

124. Quanto ao aludido precedente deste Tribunal, a própria recorrente admite que se trata de questão diversa. A nosso sentir naquele julgado a empresa foi instada pela Administração, neste houve sub-rogação de uma empresa a outra. Ao assumir os contratos administrativos, os sub-rogados (empresas recorrentes) arcam com todos os deveres e obrigações do contrato.

125. A condenação das empresas e a determinação da devolução decorreram do recebimento de valores indevidos e enriquecimento sem causa. As empresas auferiram benefícios que, no entendimento do TCU, foram irregulares, logo devem ser compelidas a ressarcir os valores. A jurisprudência deste Tribunal já se assentou neste sentido (v.g. Acórdãos 708/2011, 488/2010, 1991/2007, 1075/2007, todos do Plenário; Acórdãos 4040/2009, 3087/2009, todos da 1ª Câmara; Acórdãos 4626/2010, 1084/2010 e 626/2010, 3907/2008, 1005/2007, todos da 2ª Câmara)

126. Os sub-rogados sujeitam-se à jurisdição do Tribunal de Contas da União, submetem-se a todos os controles próprios das avenças públicas, aí se inclui o dever de responder por ilícitos existentes e dos quais venham a obter proveito. Por consequência, se alguma irregularidade for detectada nos pactos originais e o sub-rogado venha a se beneficiar, como o que ora se observa, é dever dele devolver os pagamentos de valores superiores àqueles devidos, sob pena de enriquecimento sem causa.

127. Dessa forma, a relação de causalidade é notória, os recorrentes assumiram os direitos e obrigações dos pactos originalmente firmados, se neles existiam vícios e destes defeitos obtiveram benefícios, não há como se negar a obrigação de ressarcir o prejuízo.

128. Logo, não há como acatar as razões expostas pelos recorrentes.

III.4. Da indevida repactuação em URV de preços no período de mar-1994/jun-1994.

129. As empresas contratadas apresentaram propostas com data base de março de 1994 e os contratos foram firmados em agosto e outubro de 1994, a partir da conversão dos valores apresentados em CR\$ para URV do mês de março de 1994. Por volta de um ano após a celebração dos ajustes, as contratadas solicitaram, e tiveram o pleito acolhido, que os preços dos contratos fossem revistos de março a junho de 1994, mesmo já em vigor a URV e o real. O DER/RO concedeu a revisão dos preços de março a junho de 1994, período imediatamente anterior à implantação do real, por entender que teria havido "fato da administração".

130. Após o exame pelo TCU, o reajuste descrito no parágrafo anterior foi considerado irregular e imputado débito e multa às empresas beneficiárias e aos gestores tidos por responsáveis.

Argumentos:

131. Os recorrentes de forma geral fazem um histórico dos fatos e apresentam os argumentos abaixo sintetizados:

a) afirmam que a diferença de datas apurada não pode ser usada para demonstrar a existência de prejuízos, uma vez que a obra teria sido concluída em período de transição e incertezas.

b) argumentam que, com fulcro no seu direito constitucional de peticionar perante a Administração, somente requereram os valores que entenderam devidos em face das condições mercadológicas, e, por isso, tiveram o pleito atendido pela Administração. Dessa forma, não haveria como atribuí-las qualquer conduta que afronte às normas vigentes;

c) a Empresa GM Engenharia alega que somente ingressou no pacto em 30/4/1998 para executar 28,62% da obra (R\$1.306.441,10 do Contrato 16/94/PJ/DER/RO – Lote 1), e que o contrato se tornaria manifestamente inexequível (25,68% inferior ao pactuado), e, por consequência, não teria aceito a sub-rogação, se adotadas as premissas ora encampadas pela Corte de Contas. Nesse diapasão, defende a conversão feita pelo DER/RO (art. 38, da Lei 8.880/94 e Parecer 262/PJ/DER/RO) e que a promulgação da Lei 8.880/94 em 28/5/1994 caracterizou “Fato do Príncipe”, o que ensejaria a modificação das cláusulas dos contratos das entidades públicas;

d) a Empresa GM aduz ainda a impossibilidade de aplicação do art. 15, §3º, da Lei 8.880/94 como realizado pela Corte de Contas, uma vez que os preços unitários a serem convertidos, também, compunham-se de outros custos. Assevera, que o TCU desconsiderou a instabilidade econômica e jurídica vivida à época por ocasião das edições das diversas medidas provisórias e da Lei 8.880/94 e mais uma vez defende que o DER/RO atuou amparado em antecedentes objetivos, legais e dentro do contexto da época de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Defende, ainda, a correção do avanço da data de reajustamento para maio/1994 e dos procedimentos do DNER e caso adotado o critério sugerido pelo TCU a Administração desembolsaria um valor 337,15% superior ao efetivamente efetuado;

e) afirma a existência de erro nos cálculos desta Corte, especialmente no uso de índices do DNER, atual Dnit, e não das tabelas da Fundação Getúlio Vargas trazidas aos autos por ocasião da defesa, uma vez que as primeiras não incluíam a carga inflacionária da época. Ademais, teria havido negligência com a “farta comprovação trazida aos autos”, e reafirma a inexistência de qualquer prejuízo, pois os valores estavam abaixo dos preços de mercado;

f) por fim, alega a GM, que ainda que existissem tais erros “não significaram, nem significam, prejuízos automáticos, como dá a entender o v. acórdão recorrido. Demonstrou-se a saciedade que a aplicação do critério adotado nesta Corte geraria valores muitíssimo maiores do que os efetivamente praticados”;

g) na mesma linha, os recorrentes Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços Ltda., Planurb – Planejamento e Construções Ltda, GM Engenharia e Construções Ltda. e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. afirmam que não há que se falar em prejuízo, pois os serviços foram prestados e os preços dos contratos estavam defasados em relação ao mercado. Alegam que tal defasagem era conhecida antes mesmo da celebração dos pactos originais. Traçam comparativos dos preços e as estimativas do DER/RO, e requerem o reconhecimento da inexistência de dano, pois os preços assumidos, por ocasião das sub-rogações, eram bem inferiores aos de mercado;

h) asseveram que, ainda que houvesse incorreção na conversão da URV e fosse indevida reequilíbrio, não se pode falar em superfaturamento, sobrepreço, ou prejuízo, tal argumento fundou-se na premissa de preços inferiores aos de mercado.



i) a Empresa Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços e o Sr. Renato Antônio Lima afirmam que a implementação do reajuste de valores pode ser procedida considerando o período do marco inicial identificado no edital e a data de assinatura do contrato, e em seguida fazendo-se os reajustes com periodicidade de um ano. Cita o Acórdão 1563/2004 – Plenário.

j) A empresa Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços alegam que, com fulcro nos arts. 40, XI, 55, III, e 65, §8º, da Lei 8.666/93 e no art. 3º, da Lei 10.192/2001, é possível o reajuste de preços de propostas de licitações que se alongaram por mais de um ano, com base em índices setoriais ou específicos estabelecidos no instrumento convocatório, desde que os valores do objeto atendessem o interesse da Administração. Continuam o raciocínio afirmando que presentes tais requisitos deve haver manifestação formal dos licitantes acerca do seu interesse, uma vez que por disposição do art. 64, §3º, da Lei 8.666/93, eles somente se vinculam à proposta por sessenta dias;

k) aduz, com supedâneo no art. 28º, §1º, da Lei 9.069/95, nos arts. 2º e 3º, da Lei 10.192/2001 e de posição assentada do TCU, que a implementação do reajuste dos valores, considerando o período entre o marco inicial (data de apresentação de propostas ou data do orçamento) e data de assinatura do contrato e que se assina o contrato com a proposta original vencedora da licitação para em seguida se celebrar o termo aditivo. Dessa forma, o art. 28, §1º, da Lei 9.069/95 c/c arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001 e o Acórdão 1.563/2004 – Plenário dariam suporte a implementação do reajuste de valores, aplicando-se o índice apurado no período do marco inicial e a data da assinatura. Cita que o instituto jurídico do reequilíbrio contratual tem sede constitucional e faz referências aos dispositivos legais que o regulamentaram, bem como lições doutrinárias sobre sua aplicação;

l) destaca, ainda, que a obra executada não refletia as condições para as quais foi apresentada a proposta pela empresa sub-rogante (Bandeira de Melo Ltda.). De acordo com a empresa houve aumento dos serviços, materiais e preços previstos no projeto básico, inclusive atestados pela empresa responsável pela supervisão e fiscalização das obras (Peça 13, p. 28-29). A seguir, aduz que a equação financeira restou desequilibrada em razão da alteração do objeto, e, portanto, nos termos do art. 65, da Lei 8.666/93, justificada a recomposição nos moldes efetuados;

m) por sua vez, a Empresa Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. e o Sr. Renato Antônio Lima alegam que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro independe de previsão contratual e lapso temporal, bastando que sobrevenha fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequência incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução da avença, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito, ou fato do príncipe. Destarte, não teria havido pagamento algum a título de reajuste, mas apenas para assegurar o reequilíbrio contratual e repete os argumentos de execução da obra em época de incertezas, da procedência de boa-fé do gestor e da presunção de legalidade dos atos, uma vez que os pagamentos somente foram autorizados após pareceres jurídicos;

n) a Empresa Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. argumenta que o TCU, no acórdão recorrido, teria reconhecido a formulação do pleito de reequilíbrio, porém decidido pela sua improcedência sob “o pálio da falta de exame pelo DER/RO.” Assevera, assim como outros recorrentes, que o reequilíbrio econômico-financeiro não está adstrito ao princípio da anuidade, mas a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Volta à carga para justificar que a equação econômica se viu prejudicada ante a inflação de 758,59% nos primeiros seis meses de 1994 o que, por si, já caracteriza fato ensejador do reequilíbrio.

Análise:

132. No tocante aos argumentos sintetizados na alínea “a” acima, entende-se que eles devem ser avaliados em conjunto com os argumentos das alíneas “m” e “n”, pois seriam os fatores justificadores do reequilíbrio econômico-financeiro ajustados.

133. Quanto aos argumentos da alínea “b”, não se nega o direito constitucional de peticionar, contudo, conforme já exposto no subitem III.3.2. Da ausência de nexos entre a conversão equivocada de cruzeiros reais para reais e as atuações das Empresas Planurb Planejamento e Construções Ltda. (R004) e Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda. (R007), não se pode admitir que os petionários venham a receber valores indevidos e, caso ocorra, sob pena de enriquecimento sem causa, devem ser compelidas a ressarcir os valores. Foi o que se observou neste processo. Logo, não prosperaram os argumentos.

134. No que se refere à alínea “c”, a conversão já foi devidamente analisada nesta instrução, e alegação de ter ocorrido fato do príncipe será avaliada juntamente com as alíneas “k” e “l”. Com relação à sub-rogação, vale dizer que ao assumirem os contratos administrativos, as empresas se comprometeram com todos os direitos e obrigações decorrentes dos pactos, inclusive a submissão à jurisdição deste Tribunal e eventuais correções de desvios encontradas, assim não há que se alegar perante a esta Corte eventuais prejuízos que decorram da sub-rogação. Nada impede a busca de regresso, na via judicial, de seus supostos prejuízos contra a empresa que lhe sub-rogou o contrato anteriormente pactuado com a Administração.

135. Acerca do uso dos índices, alíneas “d” e “e”, corrobora-se, **in totum**, o exame empreendido nas peças instrutórias do acórdão recorrido, no sentido de que o uso dos índices do DNER foi justificado (Peça 48, p.25, item 21) por ter expressa previsão no edital (Peça 1, p.36, item 24), não havendo em se falar de qualquer outro índice mais favorável aos recorrentes. Sobre a ausência de exame das teses defensivas, o argumento foi analisado no subitem III.2.3. Do cerceamento de defesa ante a ausência de exame das teses defensivas apresentadas nas alegações de defesa.

136. Quanto às alíneas “f”, “g” e “h”, entende-se que a condenação decorreu da conversão com a utilização de URV indevida de cruzeiros reais para reais e de reequilíbrio irregular. Ora, se a conversão e o reequilíbrio oneraram o contrato de forma a trazer prejuízo aos cofres públicos, o dano é iminente, não se admite majoração de valores contratuais, ainda que estes permaneçam adequados aos valores de mercado, sem fato jurídico que a justifique.

137. No presente processo identificou-se atos que oneraram os contratos de forma indevida e irregular, logo, entende-se que o prejuízo se consolidou ao se atuar de forma não autorizada em lei.

138. Para o deslinde das questões postas nas alíneas “i” a “n”, torna-se necessário discorrer sobre entendimentos do TCU a respeito dos institutos do reajuste, atualização financeira, revisão (reequilíbrio ou recomposição) e repactuação, diferenciando este dos demais institutos previstos na legislação e, associando-os ao caso sob exame.

139. Para tanto, utilizar-se-ão os Acórdãos 1.309/2006 – 1ª Câmara; 1105/2008 – Plenário; e 1.827/2008 – Plenário. Este último acórdão sinaliza o entendimento atual do TCU sobre o assunto, uma vez que determinou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que, ao prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação, oriente a Administração Pública na gestão dos seus contratos, considerando as determinações e recomendações contidas na decisão.

140. Os institutos foram assim definidos no Acórdão 1.309/2006 – 1ª Câmara:

[...] **10.1. Reajuste (ou reajustamento)** é o instituto que se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento dos custos de execução do contrato causado pela

inflação. Está autorizado pelas disposições do arts. 40, inciso XI, 55, inciso III e 65, § 8º, da Lei n. 8.666/93 e pelos arts. 2º e 3º da Lei n. 10.192/01. Baseia-se no estabelecimento prévio, no edital, de índices que reflitam a variação dos custos de execução do contrato. A estipulação de reajuste é admitida exclusivamente para os contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. A periodicidade mínima de concessão é um ano.

10.2. Atualização financeira (ou correção monetária) é o instituto previsto nos arts. 5º, § 1º, e 40, Inciso XIV, itens "c" e "d", ambos da Lei n. 8.666/93 e destina-se à preservação do valor dos créditos, por critérios previstos no ato convocatório. Utiliza índices gerais de preços, por serem esses os que melhor refletem a perda do poder aquisitivo da moeda e demanda previsão expressa, bem como delimitação de seus índices correcionais no edital e no instrumento contratual.

10.3 Revisão de preços (ou reequilíbrio ou recomposição) é o instituto previsto no Inciso II, item "d", §§ 5º e 6º, todos do art. 65 da Lei n. 8.666/93. Tem por objeto o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração pactuados inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis bem como nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração.

10.4. O direito à revisão independe de previsão em edital ou contrato ou de transcurso de prazos. As alterações de preços estão autorizadas sempre que ocorrerem fatos imprevisíveis que desequilbrem significativamente as condições originalmente pactuadas e devem retratar a variação efetiva dos custos de produção.

10.5. Repactuação, diferentemente dos demais institutos mencionados, não tem sede na Lei n. 8.666/93, ao menos de forma expressa. Foi previsto pelo art. 5º do Decreto n. 2.271/97, na esteira de uma série de medidas adotadas pelo governo para desindexar a economia. O aludido Decreto n. 2.271/97 dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal Direta, vedando a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais.

10.6. A melhor forma de interpretar a repactuação é como uma espécie do já mencionado instituto de reajuste, pois a repactuação também se destina a compensar o desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação.

10.7. A diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua.

10.8. Entendido como espécie de reajuste, o instituto da repactuação encontra fundamento legal no art. 40, inciso XI, que já dispunha que o critério de reajuste deveria retratar a variação efetiva do custo de produção, (...) desde a data prevista para a apresentação da proposta, ou do orçamento que a proposta se referir (...). Ao criar o instituto da repactuação, o art. 5º do Decreto n. 2.271/97 regulamenta o aludido art. 40, nos casos de contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, quando expressamente prevista essa espécie de reajuste no edital.

10.9. Mister salientar que a repactuação não contraria a disciplina prevista nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 10.192/01 nem no art. 25 da Lei n. 9069/95, pois aqueles dispositivos proíbem reajustes com base em índices de preços em contratos cujo prazo de duração é inferior a um ano, bem como periodicidade de aplicação inferior a um ano, ao passo que a repactuação não se baseia em índices de preços, e sim demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do

contrato. Além disso, a repactuação só se aplica a contratos cuja duração estenda-se por mais de um exercício financeiro e deve observar o interregno mínimo de um ano (vide itens 10.10/10.11, abaixo).

141. Já no Acórdão 1.827/2008 – Plenário, no voto condutor, os institutos foram assim apresentados, **verbis** :

25. A Lei nº 8.666/93 prevê que o valor pactuado inicialmente entre as partes pode sofrer três espécies de alterações: reajuste (artigo 40, inciso XI), atualização financeira em decorrência de atraso no pagamento (artigo 40, inciso XIV, alínea "c") e reequilíbrio econômico-financeiro (artigo 65, inciso II, alínea "d").

26. O reajuste de preços, conforme previsto pelo artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, tem como idéia central a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo.

27. O reequilíbrio econômico-financeiro **stricto sensu**, por sua vez, trata do reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, desde que a alteração tenha sido provocada por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado. Instituto previsto no artigo 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93, é concedido ao contratado pela Administração, desde que se verifique a ocorrência das hipóteses específicas de sua admissibilidade apontadas pela lei.

28. Especificamente para os contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal, o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa MARE nº 18, de 1997, apresentam a repactuação de preços como mecanismo para manter a relação econômico-financeira do contrato.

29. Vedada a inovação normativa por meio de decreto, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, a repactuação contratual poderia, a princípio, ser considerada inconstitucional, sob o argumento de que o instituto não poderia ter sido criado por norma inscrita em decreto.

30. Entretanto, ao meu ver, por força da supremacia constitucional e da presunção de constitucionalidade das leis, é norma de hermenêutica constitucional que os atos normativos sejam interpretados conforme a Constituição. Nada obsta que o mesmo tipo de esforço possa ser feito para preservar a legalidade de atos regulamentares. Nesse sentido, a repactuação de preços não teria sido editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

31. Essa linha de raciocínio baseia-se no contorno dado a esses institutos pelos dispositivos legais que os fundamentam. Consoante se mencionará de forma mais detalhada adiante, a repactuação de preços tem como requisitos, para a sua concessão, a necessidade de previsão contratual e interregno temporal mínimo (artigo 5º, caput, do Decreto nº 2.271/97 e item 7 da IN MARE 18/97), requisitos estes também presentes no reajuste de preços (artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e artigo 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01). Ambos os institutos se destinam a recompor o desequilíbrio causado pelo aumento dos custos de execução do contrato causado pela inflação.

32. Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU-1ª Câmara, ‘a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua’.

33. Diante do exposto, o instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93, verbis:

Lei nº 8.666/93

‘Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;’

‘Art. 50. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;’

34. Contudo, o normativo que trata expressamente da repactuação contratual, como já dito, é o Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Senão vejamos:

Decreto nº 2.271/97

‘Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.’

35. Ao prever o instituto da repactuação, o artigo 5º do Decreto nº 2.271/97 regulamenta os citados artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93, nos casos de contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, quando expressamente prevista essa espécie de reajuste no edital.

142. Veja-se que os conceitos para os institutos dos dois precedentes são semelhantes e se complementam. No Acórdão 1.309/2006 – 1ª Câmara foi discutido que a repactuação, de forma expressa, não teria sede na Lei 8.666/93, estaria prevista pelo art. 5º do Decreto 2.2271/97. Já o Acórdão 1.827/2008 – Plenário, complementou o entendimento ao afirmar que “o *instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93*”, ainda que implicitamente, e que o art. 5º do Decreto 2.2271/97 veio a regulamentar os dispositivos legais citados.

143. Nas alíneas “j” e “k” afirmam os recorrentes acerca da possibilidade de reajustes contratuais, com fulcro nos arts. 40, XI, 55, III, e 65, §8º, da Lei 8.666/93 e no art. 3º, da Lei 10.192/2001.

144. Da leitura do relatório do acórdão recorrido (Peça 52, p. 33), depreende-se que o Tribunal não condenou o reajuste, mas considerou ilegal a memória de cálculo utilizada para promoção do reajuste, senão vejamos:

92 Caso o algoritmo adotado para essa revisão tivesse sido correto tal procedimento ainda poderia ser aceito, entendendo-se que, na data de aniversário dos contratos, essas correções de

qualquer forma aconteceriam; na prática, haveria apenas uma antecipação do primeiro reajuste e mudança da data base já que os contratos perpassaram vários exercícios (de fato, os reajustes começaram a surgir a partir de jun/1995).

93 Ocorre que, conforme fls, 75 v.p. e 42 v.2, para se fazer a atualização de mar/1994 para jun/1994, o então DER/RO utilizou o Io de fev/1994 (correto), o II de mai/1994 (correto) e a URV no valor de CR\$ 1.875,82, de 31/05/1994 (errado). Se os preços estavam sendo trazidos para jun/1994, o correto seria a utilização da URV de 30/06/1994 que era de CR\$ 2.750,00. Tal procedimento onerou todos os contratos em 46,60% (2.750,00/1.875,82).

145. Percebe-se que o problema central a ensejar o dano, não foi, embora vedado por lei, o reajuste antes de um ano, mas, essencialmente, a forma como calculado o reajuste pelo DER/RO que onerou de forma irregular os contratos celebrados.

146. Assim, os argumentos aduzidos, da possibilidade de se reajustar contratos, não impugnaram a forma como calculado os valores pelo Tribunal e não elidem os fundamentos da condenação.

147. As alegações sintetizadas na alínea “l” da empresa pela empresa Maq-Serv Máquinas, Terraplenagem, Pavimentação e Serviços Ltda. fazem referência a um suposto aumento dos serviços, materiais e preços previstos no projeto básico. Ora, se tal fato fosse confirmado, o que não verifica-se nos autos, os fundamentos para os aditivos não poderiam ser os analisados e aprovados pelo DER/RO, o que se deveria realmente ter sido feito é apurado as diferenças e com estes dados solicitar a revisão contratual. Tal questão foi abordada com propriedade pelo MP-TCU e transcrito no relatório do acórdão recorrido, **verbis**:

Neste feito, não há notícia de que os fatos concretos suscitados pelas referidas empresas, como supostamente motivadores dos desequilíbrios (tempo de paralisação da obra; custo de desmobilização e de remobilização, custos de serviços não previstos na planilha de preços ...), tenham sido objeto de análise pelo então DER/RO. Os já mencionados Pareceres 271/PJ/DER/RO e 262/PJ/DER/RO passam ao largo do exame destas questões fáticas. Se não foram objeto de devido exame, não poderiam dar causa às alterações contratuais.

148. Nota-se que para ensejar a alteração contratual, o suposto aumento de serviços deveria ter sido examinado e ratificado sua ocorrência o que não se verificou, logo, também não justifica o reajuste indevido.

149. No caso sob comento, verifica-se que de acordo com a jurisprudência do Tribunal, assiste razão aos recorrentes acerca das afirmações sintetizadas na alínea “m” acima descrita. De fato, o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro independe de previsão contratual e lapso temporal, bastando que sobrevenha fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequência incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução da avença, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da administração.

150. Contudo, a nosso sentir, a alegação de ter sido a enorme inflação do período o fato imprevisível a dar ensejo ao pleito de reequilíbrio não merece prosperar.

151. O instituto do reajuste já previsto nas normas de regência do plano real foi exatamente o preconizado para evitar as distorções contratuais, e todos os rearranjos deveriam ter sido feito conforme preceituado na lei. No caso **sub examine**, as normas não foram seguidas e oneraram de forma indevida a avença.

152. Depreende-se dos autos que em nenhum momento, o TCU teria reconhecido a formulação do pleito de reequilíbrio e decidido pela sua improcedência sob “o pálio da falta de exame pelo DER/RO”, conforme assevera o recorrente, o que o TCU ponderou é que não haveria sentido em conceder o reequilíbrio sem se analisar os fatores ensejadores do instituto, logo se constata que não se tratou de reequilíbrio, mas de reajuste calculado de forma indevida.

153. Por fim, vale lembrar que as empresas revalidaram as propostas em agosto, pouco antes da assinatura dos contratos, o que corrobora a ausência de desequilíbrios insuportáveis pelas contratadas.

154. Ante o exposto, entende-se que os argumentos apresentados não tem o condão de modificar a decisão desta Corte de Contas, a qual deve ser mantida e prestigiada.

III.5. Das razões recursais, de natureza subjetiva, do Sr. Homero Raimundo Cambraia (R002).

Argumentos:

155. Alega o recorrente que ao assumir o Departamento de Viação e Obras Públicas de Rondônia – DEVOP/RO tanto a conversão dos valores de cruzeiros reais para reais utilizando a URV do dia 15/3/1994, quanto à repactuação dos Contratos 16/94 (lote 1) e 13/94 (lote 2) com a Empresa Termac Terraplenagem e Pavimentação Ltda. já haviam sido realizadas e homologadas. O recorrente se limitou a realizar os pagamentos tidos por regulares.

Análise:

156. Vale ressaltar que análise a seguir empreendida aproveitará os demais gestores nas mesmas circunstâncias e, por isso, a proposta a eles será estendida.

157. De início, é importante salientar que a conduta que ensejou a condenação do Sr. Homero Raimundo Cambraia se deveu aos pagamentos efetuados em consequência da conversão da URV. Não foi ato da conversão, mas os pagamentos decorrentes do ato anterior. É o que se extrai da análise das alegações de defesa da Unidade Técnica (Peça 48, p. 37, subitem 37.4):

O fato dos agentes anteriores terem ratificado os valores convertidos não é suficiente para tornar legal um procedimento efetuado à margem da lei. O responsável permitiu o pagamento com base nos preços convertidos erroneamente. Sua responsabilidade não é em virtude do ato de conversão, mas pelos pagamentos realizados em consequência.

158. Com a devida **vênia**, entende-se que o acórdão merece reforma. As irregularidades identificadas pelo Tribunal foram a conversão de cruzeiro real para real utilizando a URV indevida e o reajustamento dos contratos também de forma irregular.

159. Nota-se que o responsável não deu causa a nenhuma das irregularidades apontadas, tanto a conversão indevida como o reajuste apontado não foram efetivados durante a sua gestão. Não há documentos nos autos que indiquem a participação dos atos jurídicos que deram ensejo ao dano ao erário, quais sejam, a conversão utilizando a URV indevida e o reajustamento dos contratos.

160. A época dos fatos (26/6/1996 e 27/9/1996) e no momento em que assumiu a gestão do departamento não havia qualquer questionamento acerca das irregularidades apontadas. A auditoria deste Tribunal, somente, teve início em 2003.

161. É importante ressaltar o fato de na época dos pagamentos não haver questionamentos sobre a ilicitude dos contratos, ao contrário, verifica-se que os pactos foram submetidos ao rito ordinário previsto na legislação em vigor. Não se está a defender que a ausência de identificação de irregularidades na época implique na sua inexistência, mas que não se pode imputar a responsabilidade pelas ilicitudes a agente diverso do que deu causa ao prejuízo.

162. Além disso, deve-se ter em mente que os contratos, **a priori**, não continham quaisquer dúvidas acerca de sua licitude, já se encontravam na esfera jurídica da empresa contratante. O recorrente agiu nos limites usuais do exercício de suas funções, como Diretor-Geral do DER/RO, tendo se limitado a atestar o pagamento e a realização da obra nos moldes contratados, quando da

realização das medições. Com relação aos pagamentos efetuados, durante o seu mandato, entende-se que não era conduta esperada do gestor, considerando as circunstâncias do presente caso concreto, rediscutir ou analisar preços de serviços expressos em planilha de contrato que vinha sendo executado desde 1994, ou seja, antes de ele assumir o cargo.

163. Exigir conduta diversa da praticada pelo Sr. Homero Raimundo Cambraia importa em obrigar a todo administrador público que assume a gestão de órgãos e entidades a feitura de auditoria e revisão de todos os contratos em vigor, pois, caso, posteriormente, sejam detectadas quaisquer irregularidades ele será o agente responsável, pois na sua gestão ocorreu o pagamento decorrente de vício. Tal exigência, a nosso sentir, poderia trazer incontáveis transtornos a gestão, prejudicar os serviços públicos essenciais e, por consequência, colidir com o princípio da continuidade dos serviços públicos.

164. **In casu**, depreende-se que os agentes responsáveis pelos prejuízos são aqueles que aprovaram a conversão indevida (responsabilidade atribuída ao Sr. Ari Antônio Cagol) e o que admitiu o reajustamento irregular (responsabilidade atribuída ao Sr. Petrônio Ferreira Soares), tais eventos foram realizados fora do período de gestão do recorrente. Os reflexos das irregularidades podem ter perpassado o período de gestão do agente causador, mas a origem das irregularidades e todos os eventuais prejuízos devem a ele ser atribuídos. A nosso sentir, o gestor sucessor somente seria alcançado de forma solidária, diga-se, se ele tivesse ciência ou se houvesse indícios ou questionamentos de ilicitudes existentes nos instrumentos. Nesse sentido decidiu o TCU no Acórdão 946/2013 – Plenário.

165. Ademais, não há registro de inexecuções de serviços ou de descumprimentos contratuais advindos dos pagamentos realizados no período da gestão do Sr. Homero Raimundo Cambraia.

166. Dessa forma, entende-se que não se pode atribuir responsabilidade a gestor sucessor por atos viciados praticados por seus antecessores, estes sim geradores dos prejuízos. Nessa perspectiva, deve o acórdão ser reformado no que se refere ao recorrente.

167. Caso acatado o exame e excluída a responsabilidade do Sr. Homero Raimundo Cambraia, constata-se que remanesceria como responsável pelo débito, indicado no subitem 9.1.4 do acórdão recorrido, apenas a empresa Termac Terraplenagem e Pavimentação Ltda., pessoa jurídica não vinculada à Administração, que, no entanto, não produziu argumentos a alterar a sua responsabilização.

168. A exclusão da responsabilidade do Sr. Homero Raimundo Cambraia implica na responsabilização do particular sem a presença do agente público, por isso é necessário abordar tal questão.

169. Em recente julgado desta Corte, qual seja o Acórdão 946/2013 – Plenário, após aprofundado esforço hermenêutico, concluiu o relator, acompanhado pelo Plenário, pela possibilidade de condenação em débito de pessoa jurídica privada por danos cometidos ao erário sem a imputação de solidariedade com agentes da Administração Pública.

170. Por oportuno e relevante, transcreve-se a conclusão exposta no voto condutor do acórdão da lavra do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, **verbis**:

69. Em suma, pode-se concluir que, quando a norma determina que cabe ao TCU ‘fixar responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado’, ela está a firmar o procedimento a ser adotado quando houver fundamentos jurídicos para a fixação da solidariedade. Não se vislumbra aqui, repito, qualquer limitação ao alcance de jurisdição, no sentido de que terceiros que tenham lesado o erário sem a coparticipação de agentes públicos não se submetem a esta Corte de Contas.

171. O caso **sub examine** possui a mesma moldura fática do julgado no Acórdão 946/2013 – Plenário, tanto a conversão indevida quanto o reajustamento irregular foram realizados fora da gestão do responsável. O agente público tanto no julgado citado como no que ora se examina atuou na fase de liquidação das despesas. Naquele julgado o Tribunal excluiu o recorrente da relação processual e manteve condenado somente o particular beneficiário dos recursos. Ademais, não se propôs a anulação do acórdão para chamar o agente que efetivamente deu causa ao dano.

172. Antes de se propor solução similar ao presente caso concreto, entende-se, ainda, pertinente algumas breves considerações, sobre a desnecessidade da citação solidária.

173. Entende-se que a ausência de citação de um ou mais responsáveis solidários não implica, necessariamente, a nulidade do acórdão. Dessa forma, ainda que se entenda que o agente público deva integrar a relação estabelecida, não há razão processual para se anular todos os atos válidos praticados em relação às empresas condenadas. Nesse sentido cita-se trecho do Acórdão 1.014/2003-1ª Câmara, **in verbis** :

20. Quanto à participação da Construtora, se por hipótese considerarmos que existe uma possível solidariedade entre ambos, ou co-autoria, concluímos, ainda assim, que não é suficiente para anular o processo. O Código de Processo Civil (arts. 77-80) prevê o instituto do chamamento ao processo, pelo qual o réu deve chamar ao processo o devedor solidário para que o juiz declare, na mesma sentença, as responsabilidades dos obrigados, sob pena de precluir esse direito (impossibilidade de alegar a solidariedade no mesmo processo em momento posterior). No processo penal, o conhecimento posterior de que o crime tenha sido praticado em co-autoria não anula o processo findo, no qual condenou definitivamente o primeiro indivíduo processado. Ademais, não há que se falar em declarar a nulidade em favor da parte que a provoca, assim como quando não a alega tempestivamente.

21. Quanto ao aspecto processual, ainda invocamos o princípio segundo o qual não se declara a nulidade sem prejuízo. O não-chamamento da Construtora não gerou prejuízo na defesa do recorrente, pois este teve todos os meios e recursos a sua disposição para comprovar a efetiva aplicação dos recursos públicos. O fato de não ter havido condenação solidária não eiva o processo de vício, haja vista que a solidariedade é um benefício do credor, e não do devedor.

174. Tal entendimento também foi adotado pelo TCU no Acórdão 516/2003-1ª Câmara ao reconhecer a não incidência do princípio da indivisibilidade do processo e a aplicação do princípio da indisponibilidade, conforme descrito em trechos do relatório e do voto do aludido acórdão

Trecho do Relatório

[...] entendo que a inclusão de responsáveis solidários não pode servir de prêmio para o gestor já regularmente julgado pelo Tribunal, sob pena de incentivar-se o benefício da própria torpeza, ao se permitir que o responsável condenado pela Corte seja agraciado com a rescisão de seu julgado, por ter alegado, em fase recursal, e convencido o Tribunal da existência de outros responsáveis que devem, solidariamente, responder pelo débito. É de se notar que a solidariedade passiva é instituto que busca beneficiar o credor e não o devedor.

Malgrado, há que se reconhecer a existência de alguns precedentes que, acolhendo inclusive proposta desta Secretaria, tornaram insubsistentes os acórdãos condenatórios, a fim de que fossem incluídos outros responsáveis solidários, tudo em respeito ao princípio da indivisibilidade do processo. Não obstante, entendo que a matéria merece reflexão mais aprofundada.

O princípio da indivisibilidade consta expressamente do art. 48 do Código de Processo Penal, no sentido de que ‘A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade’. A razão de tal comando não é outra senão a de evitar que o Estado-Juiz seja usado para satisfazer a vingança privada, pois, o direito de ação traduz-se pelo direito de o cidadão pedir ao Estado que faça justiça e puna os

culpados, não se podendo admitir que a vítima recorra ao Poder Judiciário pedindo ao Estado que puna este ou aquele culpado e não a todos os autores do crime, o que seria pura vingança.

Ocorre que o princípio da indivisibilidade aplica-se somente à ação penal privada, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RHC 57.223-SP, HC 74.661-6-RS, HC 74.333-1-RJ, entre outros) e também do Superior Tribunal de Justiça (RHC 11.454-SP, HC 12.056-SP, RHC 8.866-PR, entre outros), pois, quanto à ação penal pública, aplica-se o princípio da indisponibilidade, ou seja, o Ministério Público, havendo provas, deve oferecer ação contra todos, ainda que em tempos distintos. Por essa razão, eventual inobservância ao princípio da indivisibilidade, no caso da ação penal pública incondicionada, não gera a nulidade do processo. Assim já decidiu tanto o STJ quanto o STF, verbis:

‘I - A eventual inobservância ao princípio da indivisibilidade da ação penal não gera nulidade quando se trata da ação penal pública incondicionada (Precedentes).’ (STJ, RHC 11.238-RS, 5ª Turma, Ministro Felix Fischer, DJ de 10.09.2001, p. 400)

‘O princípio da indivisibilidade da ação penal, art. 48 do CPP, refere-se aos crimes de ação privada, não alcançando os de ação pública, eis que o Ministério Público pode denunciar posteriormente os demais autores do crime.’ (JSTF 157/340)

No que concerne ao TCU a situação é idêntica, ante o comando imperativo do art. 71, inciso II, da Constituição Federal, in fine, de modo que esta Corte tem o dever constitucional de julgar as contas de todos aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Não pode, portanto, dispor desse dever e escolher entre os autores do ilícito danoso ao erário aquele cujas contas irá julgar, sob pena de grave afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público e ao princípio da igualdade. A única hipótese de dispensa do julgamento tem expressa previsão legal (art. 93 da Lei n. 8.443/1992) e alcança, indistintamente, a todos os responsáveis arrolados no processo.

Portanto, identificados outros responsáveis que deram causa a dano ao erário, cabe ao Tribunal julgar as suas contas e condená-los solidariamente ao pagamento do débito apurado. A exemplo, porém, do que ocorre com a ação penal pública, entendo que não é necessário tornar insubsistente o Acórdão condenatório, bastando, para tanto, que sejam referidos responsáveis citados e julgados.

Considerando que a solidariedade passiva é um benefício do credor e não do devedor, creio que, a rigor, sequer seria preciso recurso do Ministério Público junto ao TCU, pois poderia a Corte apurar a responsabilidade dos demais envolvidos em processo apartado. Eventual futura condenação de todos os demais responsáveis ao pagamento do mesmo débito ao qual já fora condenado o gestor anteriormente julgado, sem que se tenha declarado a solidariedade, resolver-se-ia na fase de execução dos referidos acórdãos pela Advocacia-Geral da União.

[...]

Proposta de Decisão

[...]

9. No tocante à inclusão de outros responsáveis solidários no processo, a exemplo da construtora contratada e dos engenheiros responsáveis pela elaboração do projeto e por sua aprovação no âmbito do MMA, manifesto minha concordância com a tese defendida pelo Secretário da Serur, no sentido de ser desnecessário declarar-se a insubsistência do Acórdão que condenou o ex-Gestor.

10. Com efeito, tendo-se em vista a constatação inequívoca da responsabilidade do Sr. Cândido Soares Sobrinho em relação às irregularidades verificadas, cuja condenação se deu em estrita observância às regras processuais aplicáveis à espécie, bem como ante à possibilidade de averiguação de uma eventual responsabilidade de terceiros em processo apartado ou mediante a interposição de recurso de revisão pelo MP/TCU, parece-me inapropriada a decretação de

insubsistência do Acórdão em tela, cujo único intuito seria atingir a um fim que pode ser alcançado de outras formas.

175. Feitas estas breves considerações, entende-se adequado a adotar o mesmo entendimento do aludido Acórdão 946/2013 – Plenário pelos seguintes motivos:

176. A um, porque a eventual ausência de citação dos responsáveis solidários que efetivamente, a nosso sentir, deveriam responder pelos ilícitos, **in casu**, Srs. Ari Antônio Cagol (conversão indevida) e Petrônio Ferreira Soares (reajustamento irregular) com as empresas beneficiárias dos recursos recebidos a maior, Termac Terraplenagem e Pavimentação Ltda., Planurb - Planejamento e Construções Ltda. e GM Engenharia e Construções Ltda., não causa a nulidade do acórdão, tampouco dos atos válidos praticados em relação às empresas.

177. A dois, porque já se passaram quase vinte anos da data dos fatos e eventual citação dos Srs. Ari Antônio Cagol (conversão indevida) e Petrônio Ferreira Soares (reajustamento irregular) para se defenderem dos demais débitos imputados a outros gestores poderia trazer prejuízo às defesas.

178. A três, porque, após intensa reflexão e aprofundada exegese acerca da necessidade de condenação de agente público em solidariedade com o particular, a nova jurisprudência do Tribunal, nos parece, caminhar no sentido de inexigir a solidariedade antes imprescindível.

179. Ante o exposto propõe-se a adoção da mesma solução adotada no Acórdão 946/2013 – Plenário e excluir do rol de responsáveis o Sr. Homero Raimundo Cambraia, subitem 9.1.4.

180. Adotado tal entendimento, por questão de coerência, deve-se estender o raciocínio aos demais gestores condenados que não deram causa as irregularidades, quais sejam, os Srs. Renato Antônio de Souza Lima, subitem 9.1.5; e Isaac Bennesby, subitens 9.1.8 e 9.1.9 do acórdão recorrido.

181. Contudo, caso se entenda de forma diversa, deixa-se registrado o entendimento pela desnecessidade de citar novamente as empresas condenadas, aproveitando-se todos os atos processuais praticados em relação a elas, bastando, neste momento, para perfeição de nova decisão, a anulação do item 9.1 e a citação dos Srs. Ari Antônio Cagol (conversão indevida) e Petrônio Ferreira Soares (reajustamento irregular).

III.6. Das razões recursais, de natureza subjetiva, do Sr. Wilson Nicolau Caculakis Filho (R003).

III.6.1. Da atuação do recorrente sustentado em pareceres técnicos e jurídicos.

Argumentos:

182. Alega o recorrente que agiu de boa-fé ao atuar sustentado por parecer da assessoria jurídica que opinou pela conversão da moeda na data de 15/3/1994. A firma que naquela época havia dúvidas e o Poder Judiciário foi fortemente demandado a se manifestar sobre o assunto.

183. A seguir, faz considerações sobre o Princípio da boa-fé e dos contratos administrativos e requer a exclusão ou redução da multa a ele aplicada.

Análise:

184. Inicialmente, cabe ressaltar que o recorrente foi apenado somente com a multa do art. 58, da Lei 8.442/93. Não é difícil perceber dos exames dos autos que o Sr. Wilson Nicolau Caculakis Filho foi ouvido em audiência por ter assinado o Contrato 16/1994/PJ/DER/RO, e não pelos atos administrativos que possibilitaram a conversão usando URV indevida o que possibilitou a assinatura dos Contratos 13, 16, 49 e 50/1994/PJ/DER/RO.

185. Dessa forma, entende-se que o simples fato de ter assinado o contrato em eventual substituição ao Diretor-Geral não caracteriza sua responsabilidade, também para este contrato tem-se a compreensão que os atos irregulares foram cometidos pelo Sr. Ari Antônio Cagol, o que justificaria, a nosso sentir, a exclusão da multa aplicada ao recorrente.

III.7. Das razões recursais, de natureza subjetiva, do Sr. Renato Antônio Lima (R005).

III.7.1. Da ilegitimidade passiva do recorrente.

Argumentos:

186. Informa que o recorrente que foi Diretor do DEVOP/RO, antigo DER/RO, no período de 12/1/2000 a 12/9/2000 e teria realizado pagamentos de saldo devidos às empresas que executaram as obras na rodovia RO-470. Nos termos do item 9.1.5 os valores originais foram de R\$49.265,06 e R\$25.422,92.

187. Alega que “os pagamentos autorizados pelo recorrente, enquanto Diretor do DEVOP/RO, se deram com base em parecer dos técnicos do DEVOP/RO, oriundos da gestão do Dr. Ari Antônio Cagol, o qual estava à frente no Órgão no ano de 1994, e nessa esteira, se estendeu até a gestão do recorrente, na medida em que pleiteadas as diferenças pelas empresas que executaram a obra.”

188. Dessa forma, não deu causa e nem teve qualquer conduta relacionada às irregularidades que originaram os prejuízos detectados e requer a exclusão do seu nome do rol de responsáveis da presente tomada de contas especial.

Análise:

189. Os argumentos sobre a ilegitimidade passiva do recorrente foram devidamente analisados no item III.5, que tratou das responsabilidades daquele recorrente, análogas do Sr. Renato Antônio Lima. Naquele item foi proposta, inclusive, a exclusão do ora recorrente. Assim entende-se já examinado os argumentos e proposta a reforma do **decisum** condenatório.

190. Os demais argumentos foram tratados no corpo desta instrução, e também poderiam ser dispensados, uma vez proposto o afastamento da responsabilidade do recorrente.

IV. DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

191. Isto posto, tendo em vista as alegações e os documentos carreados pelos recorrentes, bem como as análises de admissibilidade empreendidas, submetem-se os autos à consideração superior, propondo a esta Corte de Contas:

a) com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/92 c/c o art. 285, **caput**, do RI-TCU, dar provimento parcial aos recursos interpostos pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia, Wilson Nicolau Caculakis Filho, Renato Antônio Lima e pelas Empresas e Empresa Termac Terraplanagem e Pavimentação, e reformar o Acórdão 2.205/2012 – 1ª Câmara, nos seguintes termos:

a.1) dar a seguinte redação aos subitens 9.1.4, 9.1.5, 9.1.8 e 9.19:

9.1.4. Responsável: Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda.

Data Evento	D/C	Valor (R\$)
26/6/1996	D	29.449,09
27/9/1996	D	70.194,49

9.1.5. Responsável: Termac Terraplanagem e Pavimentação Ltda.

Data Evento	D/C	Valor (R\$)
12/1/2000	D	49.265,06



12/9/2000	D	25.422,92
-----------	---	-----------

9.1.8. Responsável: Planurb - Planejamento e Construções Ltda.

Data Evento	D/C	Valor (R\$)
1/8/1997	D	96.343,72
22/8/1997	D	58.271,60
4/9/1997	D	8.929,28

9.1.9. Responsável: GM Engenharia e Construções Ltda.

Data Evento	D/C	Valor (R\$)
1/6/1998	D	59.954,94
17/6/1998	D	201.855,35
22/6/1998	D	37.120,63
11/9/1998	D	157.238,57

- a.2) dar ao item 9.2 a seguinte redação:
- 9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b”, 19, *caput*, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, julgar regulares as contas do Sr. Wilson Nicolau Caculakis Filho;
- a.3) excluir os subitens 9.3.2, 9.3.3, 9.3.5, 9.3.6, 9.3.7 e 9.3.8 ante os motivos de fato e direito expostos na peças recursais;
- b) manter os demais itens do Acórdão 2.205/2012 – 1ª Câmara inalterados;
- c) dar conhecimento aos órgãos/entidades interessados, às partes e ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de Rondônia, da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 7/6/2013.

Giuliano Bressan Geraldo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5
(Assinado eletronicamente)