

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 001.348/1998-1 (SIGILOSO)

[Aposos: TC 008.720/2003-2, TC 004.405/2001-5, TC 004.406/2001-2, TC 007.715/2000-3, TC 006.684/2004-3, TC 007.313/2002-3, TC 012.247/2000-0]

Natureza: Pedido de Reexame

Órgão: Secretaria de Transportes do Estado do Pará

Recorrente: Amaro Barreto da Rocha Klautau (038.997.802-72)

Advogados constituídos nos autos: Frederico Coelho de Souza (OAB/PA 1074), Walter Costa Porto (OAB/DF 6.098), Antonio Perilo de Sousa Teixeira Netto (OAB/DF 21.359), Guilherme Augusto Fregapani (OAB/DF 34.406) e Adale Luciane Telles de Freitas (OAB/DF 18.453)

**SUMÁRIO:** PEDIDO DE REEXAME. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIOS CELEBRADOS COM A SECRETARIA DE TRANSPORTES DO ESTADO DO PARÁ. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE NAS SITUAÇÕES DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXISTÊNCIA DA CULPA “IN ELIGENDO” E DA CULPA “IN VIGILANDO”. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL REDUÇÃO DA MULTA. ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DE ITENS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA AO RECORRENTE.

## RELATÓRIO

Adoto, como parte integrante deste relatório, a bem elaborada instrução produzida no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), pelo AUFC Paulo Roberto Wiechers Martins, vazada nos seguintes termos:

### ***“HISTÓRICO PROCESSUAL***

2. Na sessão de 25/10/2011, ao apreciar processo de denúncia relatando supostas irregularidades na execução de convênios celebrados entre o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a Secretaria de Transportes do Estado do Pará (Setran/PA), o Tribunal, dentre outras providências, deliberou no sentido de (Acórdão 2874/2011 – Plenário, peça 38, pp. 10-12):

- a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Amaro Barreto da Rocha Klautau para as irregularidades indicadas no item 6.c do voto condutor daquele Acórdão;
- b) aplicar ao referido responsável multa no valor de R\$ 38.000,00;
- c) determinar à Secex-PA que autuassem quatro processos de tomada de contas especial para apurar as irregularidades indicadas em seus itens 9.6.1 a 9.6.4, nos seguintes termos:

9.6.1. pagamento indevido a maior, no valor de R\$ 1.000.000,00, em 22/08/1997, realizado pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará para a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. por conta da 2ª medição da sub-rogação parcial do Contrato PG-144/85, para execução de obras na rodovia BR-222/PA, com recursos do Convênio PG-114/85, em desacordo com a Lei nº 4.320/1964, com o Contrato PG-144/85 e seu Termo de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações Contratuais, tendo como responsáveis solidários Amaro Barreto da Rocha Klautau, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, João Luiz Pessoa de Almeida, ex-Secretário Adjunto de Estado de Transportes do Pará, Leila Maria Nascimento Costa, ex-Diretora Administrativa e Financeira da Setran/PA, e a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda.;

9.6.2. utilização de fórmula errada no cálculo das medições de reajustamento, e, em função desse erro, pagamento indevido de R\$ 15.596,22 em 05/02/1999, realizado pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará para a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. por conta da subrogação parcial do Contrato PG-144/85, para execução de obras na rodovia BR-222/PA, com recursos do Convênio PG-114/85, contrariando a cláusula III, item 3, do Contrato PG-144/85, tendo como responsáveis solidários Amaro Barreto da Rocha Klautau, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, José Maria Amaral de Brito, Roberto Carriço Corrêa e Osvaldino Fabiano dos Santos Leite, engenheiros da Setran/PA, e a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda.;

9.6.3. pagamento indevido a maior dos itens abaixo especificados, em 17/11/1998, realizado pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará para a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda., por conta do Contrato AJUR nº 19/98, para execução de obras na rodovia BR-222/PA, com recursos do Convênio PG-114/85, descumprindo o art. 54, § 1º, c/c art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e o Contrato AJUR nº 19/98, tendo como responsáveis solidários Amaro Barreto da Rocha Klautau, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, Osvaldino Fabiano dos Santos Leite, José Maria Amaral de Brito e Iolanda Modesto de Vilhena Torres, engenheiros da Setran/PA, e a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda.:

9.6.3.1. subitem 4.4 - Imprimação CM-30: área medida de 514.796 m<sup>2</sup>, superior à área de imprimação para o trecho da rodovia objeto do Contrato AJUR nº 19/98 (35.180m de comprimento x 10m de largura = 351.800m<sup>2</sup>). A diferença de 46,33% resultou numa medição e pagamento a maior, utilizando o mesmo preço unitário da planilha, de R\$ 125.506,92;

9.6.3.2. subitem 4.7 - TSS com areia nos acostamentos: área medida de 258.540m<sup>2</sup> é superior àquela efetivamente executada (35.180m de comprimento x 2 acostamentos x 1.5m de largura =

211.080m<sup>2</sup>), resultando em uma medição e pagamento a maior de R\$ 54.579,00;

9.6.3.3. subitens de sinalização vertical: medição e pagamento, no valor de R\$ 13.414,00, de itens não executados/fornecidos; e

9.6.3.4. subitem 7.1: medição e pagamento de balanças, no valor de R\$ 280.000,00, não fornecidas;

9.6.4. pagamento de preço unitário maior que o contratado nos subitens roçada manual, instalação de canteiro e projeto final de engenharia, no valor de R\$ 25.213,51, em 07/03/1997, realizado pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará para a CMJ Construtora Ltda., por conta do Contrato AJUR nº 45/96, para execução de obras na rodovia BR-158/PA, com recursos do Convênio PG-145/96-00, resultando no pagamento

*indevido de R\$ 25.213.51, descumprindo o art. 54, §1º, c/c art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e o Contrato AJUR nº 45/96, tendo como responsáveis solidários Amaro Barreto da Rocha Klautau, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, José Maria Amaral de Brito. Fernando Augusto Reis e Silva e Jorge Antonio Rodrigues da Silva, engenheiros da Setran/PA, e a CMJ Construtora Ltda.*

3. *Para melhor compreensão do assunto, transcreve-se as irregularidades constantes do mencionado item 6.c do voto, as quais conduziram à aplicação de multa:*

*c) rejeitar as razões de justificativa de Amaro Barreto da Rocha Klautau para as seguintes irregularidades:*

*c.1. Convênio PG-114/85 (BR-222/PA): elaboração de planos de trabalho em total desacordo com as instruções normativas da Secretaria de Tesouro Nacional;*

*c.2. Contrato com a empresa Andrade Gutierrez (BR-222/PA):*

*a) inexistência de projetos fundamentando as alterações contratuais dos termos aditivos de Rerratificação AJ-026/1996, de 21/08/96, e s/n, de 29/08/1997, que embasassem as planilhas de abril/1996;*

*b) inexistência de projeto visando comparar com o mercado os preços das planilhas de abril/1996;*

*c) inexistência do termo de rescisão do aditivo de re-ratificação do contrato de empreitada PG-144/85, de 29/09/1997, que alterou o valor contratual para R\$ 44.428.400,84;*

*d) inexistência de termo aditivo ao contrato que refletisse as alterações de projeto formuladas pela Maia Melo Engenharia que modificaram os itens das planilhas de abril/1996;*

*e) execução de serviços de terraplenagem 477,88% a mais que o previsto, acarretando um aumento de valores em R\$ 576.093,49;*

*f) inexistência de termo aditivo ao contrato que visasse ao reequilíbrio econômico-financeiro em virtude da redução substancial no volume de CBUQ utilizado (de 55.678m<sup>3</sup> para 38.024m<sup>3</sup>) devido à diminuição da largura da pista de rolamento de 8,20m para 7,00m, haja vista que os insumos envolvidos com transporte e produção de CBUQ representam para esta obra cerca de 64,04%, o que reduziria o valor das obras e serviços em R\$ 5.830.200,72, em desacordo com o art. 59 do Decreto n. 73.140/1973 e com a cláusula V.1, §1º, alínea "a", do Contrato PG-144/85;*

*g) inexistência de aditivo contratual com o objetivo de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro em virtude da distância real do trecho contratado com a Andrade Gutierrez ser de 122,55km e não 135,8 km como previsto inicialmente, o que reduziria o valor das obras e serviços em R\$ 2.801.623.12, em desacordo com o art. 59 do Decreto n. 73.140/1973 e com a cláusula V.1, §1º, alínea 'a', do Contrato PG-144/85;*

*h) utilização de fórmula errada nos cálculos das medições de reajustamento, resultando num valor a maior de R\$ 205.699.36, em desacordo com a Cláusula 3 do Contrato PG-144/85; e*

*i) pagamento indevido de R\$ 60.157,36, em virtude da utilização dessa fórmula errada de reajustamento;*

*c.3. Sub-rogação para a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. (BR-222/PA):*

*a) ausência de publicação no DOU do termo de sub-rogação, nos termos do art. 54 do Decreto 73.140/1973;*

*b) inexistência de projetos fundamentando as alterações contratuais dos termos de aditivos de Re-ratificação AJ-026/96, de 21.08.96, e s/n, de 29.08.97, que embasassem as planilhas de abril/1996 às fls. 25-A/28-A, em desacordo com a Cláusula V do Contrato PG-144/85;*

*c) execução de serviços de terraplenagem 865,60% a mais que o previsto, acarretando um aumento em valores de R\$ 1.141.173,42, sem amparo contratual e em desacordo com o art. 59 do Decreto 73.140/1973 e com a Cláusula V.I, §2º, do Contrato PG-144/85;*

*d) majoração do preço unitário medido e pago do subitem Imprimação, sem amparo contratual, quando comparado com o preço da planilha de abril/1996 (R\$ 0,53 contra R\$ 0,13), acarretando um valor a maior de R\$ 203.572,00 para a área da 5ª medição final de 508.930m<sup>2</sup>, contrariando a Cláusula 3 do Contrato PG-144/85;*

*e) execução dos serviços e obras em apenas 51 km, quando o acertado por ocasião da sub-rogação era a realização dos serviços no subtrecho de 81 km, entre Rondon do Pará e D. Elizeu, em desacordo com o Termo de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações Contratuais;*

*f) inexistência de termo aditivo ao contrato que visasse refletir as alterações de projeto formuladas pela Maia Melo Engenharia, que modificaram os itens das planilhas de abril/1996;*

*g) inexistência de termo de rescisão da sub-rogação, tendo em vista que o objeto pactuado não foi executado integralmente; e*

*h) utilização de fórmula errada no cálculo das medições de reajustamento, e, em função desse erro, pagamento indevido de R\$ 15.596,22, contrariando a Cláusula 3 do Contrato PG-144/85;*

*c.4. Contrato AJUR nº 19/98 firmado com a Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda. (BR-222/PA):*

*a) projeto básico não contém nome do engenheiro responsável nem a ART no CREA. Em desacordo com os arts. 1º e 2º da Lei nº 6.496/1977;*

*b) medição inconsistente do subitem 4.4 - Imprimação CM-30, no montante de 514.796 m<sup>2</sup>, portanto, muito superior à área real de imprimação no subtrecho de 35,18km e acarretando um valor a maior de R\$ 125.506,92;*

*c) medição inconsistente do subitem 4.7 - TSS com areia nos acostamentos, no montante de 258.540m<sup>2</sup>, portanto, muito superior à área real de imprimação no subtrecho de 35,18 km e acarretando um valor a maior de R\$ 54.579,00;*

*d) medições realizadas para itens não executados ou entregues: R\$ 13.414,00 de sinalização vertical e R\$ 280.000,00 das balanças;*

*e) assinatura de aditivo contratual, alterando o contrato original para R\$ 7.438.643,57 (acréscimo de 24,01%), quando a rodovia já estava quase 100% concluída, com o objetivo de acrescentar itens de serviços já concluídos fisicamente (terraplenagem, base, sub-base. etc.) e ainda sem que estivessem computados nas medições, contrariando o art. 66 da Lei das Licitações;*

*f) inexistência de publicação no DOU do termo aditivo, citado na alínea anterior;*

*c.5. Prestações de Contas do Convênio PG-114/85 (BR-222/PA):*

*a) utilização da mesma conta-corrente para os Convênios PG-072/96, PG-145/96 e PG-114/85;*

*b) Relação de Bens preenchida de forma genérica:*

*c) não preenchimento do formulário Relação de Bens referente à 2ª Parcial de Prestação de Contas;*

*d) termo de aceitação da obra generalista e incompleto;*

*c.6. Convênio PG-072/96 (BR-158/PA): aditivo para acréscimo de contrato celebrado após a conclusão da obra;*

*c.7. Convênio PG-145/96 (BR-158/PA):*

*a) realização de licitação de obra sem projeto básico, em desobediência ao art. 7º, §2º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993;*

*b) pagamento de preço unitário maior que o contratado, resultando num pagamento indevido de R\$ 25.213,51, descumprindo o art. 54, §1º, c/c art. 55, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;*

*c) inconsistências entre os quantitativos contratados e os serviços medidos, infringindo o art. 66 da Lei n. 8.666/1993;*

*d) sub-rogação total de contrato aprovada pela Setran/PA sem consulta prévia ao DNER e em desacordo com o disposto nos arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei n. 8.666/1993;*

*e) medições superiores aos serviços executados;*

*c.8. Outras irregularidades:*

*a) assinatura de contrato para execução de obras atribuindo ônus ao DNER sem que existisse convênio prevendo esse encargo, contrariando o art. 8º, inciso V, da IN/STN n. 2/1993 e o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;*

*b) ausência de projeto básico acompanhando os Planos de Trabalho, exigência prevista no art. 2º, §3º, da IN/STN n. 2/1993 e no art. 2º, §1º, da IN/STN n. 1/1997;*

*c) ausência de projeto básico nos seguintes processos licitatórios: Tomadas de Preços n. 028, 029 e 030, em desacordo com o art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993;*

*d) inexistência de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) das obras, em desacordo com o art. 7º, § 2º, inciso I, c/c art. 6º, inciso IX, da Lei n. 8.666/1993 e a Resolução CONAMA n. 001, de 23.01.86;*

*d) inexistência de registro dos contratos no CREA e, conseqüentemente, das devidas Anotações de Responsabilidade Técnica (ART), em desacordo com os contratos e com os arts. 1º e 2º da Lei n. 6.496/1977;*

*c.9. questões referentes aos subitens 9.4.1 e 9.4.2 do Acórdão n. 3022/2009 - Plenário:*

*"9.4.1.1. relativamente às contas do Convênio PG-114/85 (BR-222/PA):*

*9.4.1.1. ausência do cheque de número 916.921, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), emitido a favor da empresa Mecominas, nos extratos da conta-corrente 764.890-1, do Banco do Brasil;*

*9.4.1.2. existência de outro cheque, emitido em 22/8/1997, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a favor da empresa Mecominas, contra a conta-corrente 739.737-2, do Banco do Brasil, elevando o total de pagamentos realizados para a aludida empresa, em função da sub-rogação do Contrato PG-144/85, para R\$ 11.667.706,63, quando o total dos serviços executados, a preços iniciais foi de R\$ 10.667.706,63:*

*9.4.2. relativamente à 6ª medição do Contrato AJUR nº 19/98, celebrado com a empresa Mecominas (BR-222/PA):*

*9.4.2.1. medição de execução de serviços de sub-base no montante de 19.561m<sup>3</sup>, quando a rodovia já estava totalmente asfaltada na 5ª medição:*

*9.4.2.2. majoração do preço unitário dos subitens '4.2- Sub-base' e '4.3- Base' em relação ao contratado;*

*9.4.2.3. aplicação do preço unitário a maior dos subitens '4.2- Sub-base' e '4.3- Base' sobre todo o volume, inclusive sobre aquele que já havia sido medido até a 5ª medição;*

*9.4.2.4. ausência da assinatura do fiscal do DNER na medição."*

*4. Inconformado, o Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, apresentou Pedido de Reexame contra o Acórdão 2874/2011 – Plenário (peça 162).*

#### **ADMISSIBILIDADE**

*5. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade anteriormente efetuado no âmbito desta Secretaria de Recursos (peça 138), ratificado pelo Exmo. Ministro-Relator José Jorge (peça 140), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo os efeitos dos subitens 9.4 e 9.5 do Acórdão 2874/2011 – Plenário em relação ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.*

#### **MÉRITO**

*6. Passa-se à síntese dos argumentos recursais e respectivas análises.*

*Irregularidade: não especificada pelo recorrente.*

*Argumento*

*7. O recorrente, ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará, delegou tarefas aos vários funcionários dos diversos setores da Secretaria. "Por conseqüência, são os delegatários os únicos responsáveis pelos atos que praticaram".*

*Análise*

8. *O argumento já foi apresentado pelo recorrente por ocasião do atendimento à audiência que lhe foi originalmente dirigida. Naquela oportunidade, assinalou a Secex-PA, em tese acolhida pelo Relator:*

*146. A responsabilidade do responsável está perfeitamente definida, pois ele, no cargo de Secretário de Estado, era o responsável pela execução do convênio e dos contratos referentes às obras na BR-222/PA e na BR-158/PA.*

*147. A delegação de competência não exime o delegante das suas responsabilidades, haja vista as figuras de culpa “in eligendo” e “in vigilando”, bem como, frise que o Secretário de Estado era o responsável perante a União pelos convênios assinados.*

*148. O conjunto de irregularidades noticiadas no Relatório de Inspeção não permite concluir que os atos eram praticados de forma isolada, sem conhecimento da administração da SETRAN/PA, pois permeavam todas as fases da execução dos convênios e dos contratos. Partiam desde a celebração e alteração irregular dos convênios, sem a anuência do DNER, e terminavam nas alterações de contratos de obras, com os pagamentos indevidos por serviços não realizados.*

9. *De início, em face do posicionamento então apresentado pela Secex-PA, torna-se pertinente tecer algumas considerações acerca da figura da delegação de competência.*

10. *A delegação de competência constitui-se em princípio fundamental das atividades da Administração Federal, nos termos do Decreto-lei 200/67. Consoante o art. 12 daquele Diploma, será “utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender”.*

11. *É certo que esta Corte de Contas tem inúmeras deliberações no sentido de que se delega a competência, mas não a responsabilidade. Veja-se, nesse sentido, o excerto do voto condutor do Acórdão 1619/2004 – 2ª Câmara, que bem exemplifica essa linha de pensamento:*

*É entendimento pacífico no Tribunal que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, visto que remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (v.g. Acórdão 56/1992 - Plenário, in Ata 40/1992; Acórdão 54/1999 - Plenário, in Ata 19/1999; Acórdão 153/2001 - Segunda Câmara, in Ata 10/2001). Cabe, por conseguinte, à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, diante da culpa “in eligendo” e da culpa “in vigilando”.*

12. *Sem pretender discordar de tal posicionamento, entende-se, contudo, que a responsabilidade da autoridade delegante deve ser examinada de forma cautelosa, atentando-se para as situações fáticas presentes em cada caso concreto.*

13. *Tanto a doutrina como a jurisprudência ensinam que o pressuposto inicial deve ser exatamente o contrário: se é o delegado quem pratica o ato, em princípio não compete ao delegante responder por erros ou ilegalidades cometidas por aquele. Consoante adverte Caio Tácito:*

*Embora atuando em consequência da delegação recebida, o delegado age, autonomamente, segundo seu próprio entendimento. A delegação não se confunde com a representação. O delegado não age em nome e em lugar do delegante, mas atua por força de competência legal que lhe foi transferida (“Delegação de Competência”, in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. XV, pp. 155-156).*

14. *Nessa esteira, assinalou Odete Medauar que a autoridade delegada fica “responsável pelo exercício ou prática das atividades delegadas, pois seria absurdo que o delegante transferisse*

atribuições e continuasse responsável por atos que não praticou” (“Delegação Administrativa”, in *Revista Forense*, vol. 178, p. 26).

15. *Firmino Ferreira, em artigo intitulado “Delegação de Competência” igualmente assinalava que “a delegação de competência para a prática de atos de qualquer natureza exclui, da autoridade delegante, a autoria da prática de tais atos” (in Revista de Direito Administrativo nº 91, pp. 420-423).*

16. *Em memorável voto, o então Ministro do STF Themístocles Cavalcanti assinalou, nos autos do MS 18.555/DF:*

*transferida a competência nenhuma reserva é feita à autoridade delegante, ficando o delegado responsável pela solução administrativa e a aplicação da Lei.*

17. *O MS 18.555/DF ensejou a edição da Súmula 510 do STF, nos seguintes termos:*

*Praticado o ato da autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.*

18. *A Súmula 510 tem sido frequentemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que demonstram os autos do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 24.044-0/DF, ementado nos seguintes termos:*

*MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO POR DELEGAÇÃO ADMINISTRATIVA. SÚMULA 510 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

*Havendo o ato impugnado sido editado pelo Secretário-Geral de Administração do Tribunal de Contas da União, no exercício de competência delegada pelo Presidente da Corte, patente a incompetência do STF, nos termos da mencionada súmula.*

*Agravo regimental desprovido.*

19. *Extrai-se, ainda da Excelsa Corte, a lição constante do Mandado de Segurança 23.411-3/DF, nos termos de sua ementa:*

*EMENTA: I. Mandado de segurança: praticado o ato questionado mediante delegação de competência, é o delegado, não o delegante, a autoridade coatora.*

*II. Ato administrativo: delegação de competência: sua revogação não infirma a validade da delegação, nem transfere ao delegante a responsabilidade pelo ato praticado na vigência dela.*

20. *Aquela súmula tem sido aplicada, também de forma ampla, no âmbito do STJ. Veja-se a ementa constante do Recurso Especial 699.074/PA:*

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DELEGADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE DELEGANTE. SÚMULA 510/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.*

*I. O ato praticado por autoridade no exercício de competência delegada é a ela imputável, motivo por que eventual mandado de segurança deve ser contra ela impetrado. Inteligência da Súmula 510/STF.*

21. *É esse o entendimento constante, também, do Parecer AGU/LA-02/99, adotado pelo Parecer GQ 191, de 12.04.1999, do Advogado-Geral da União, ao afirmar que “Na delegação de competência, o delegante não é responsável pelos atos praticados pelo delegado”.*

22. *Delimitando o escopo do que poderia ser entendida como delegação de competência, para fins de definição de responsabilidade, e confrontando-a com a denominada delegação de serviços, assinalou o STF no voto condutor do Recurso Extraordinário 113.350-3:*

*Como se vê, não houve propriamente uma delegação de competência à Fundação Escola de Serviço Público RJ, para realizar o concurso e selecionar candidatos. Houve, sim, uma delegação de serviços, visando ao procedimento do concurso, cujos resultados eram sujeitos à homologação pelo Secretário de Estado de Administração.*

*O que tem relevo, pois, para efeito da definição da competência, é o ato de homologação do concurso, pelo qual a autoridade administrativa controla a legalidade dos atos praticados pela entidade encarregada de procedê-lo, a fim de conferir eficácia aos resultados obtidos.*

*Como definia Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, homologação é o ato administrativo unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma a sua validade (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, p. 509).*

*Se o ato ou, como no caso em exame, o procedimento, uma vez realizado, depende de homologação para ter validade e eficácia, não se pode cuidar de delegação de competência. E não se pode, porque, como advertiu o saudoso Ministro Themístocles Cavalcanti, no voto líder do acórdão que embasa a Súmula 510, “transferida a competência, nenhuma reserva é feita à autoridade delegante, ficando o delegado responsável pela solução administrativa e a aplicação da lei”.*

23. *Tem-se, pois, como corolário, que o ato de delegação de competência transfere à autoridade delegada a responsabilidade pela execução do ato. No entanto, essa escusa da responsabilidade do delegante, no que tange aos atos praticados pelo delegado, não pode ser entendida como absoluta. Há que se verificar se existem condutas desabonadoras em relação à autoridade delegante. Enumeram-se, a seguir, três condutas que podem conduzir à responsabilidade da autoridade delegante: a) o comprovado conhecimento da ilegalidade cometida pelo delegado; b) a má escolha daquele a quem confiou a delegação; c) a falta de fiscalização dos procedimentos exercidos por outrem.*

24. *O primeiro dos fatores constitui-se em questão bastante objetiva: se restar comprovado que a autoridade delegante, de alguma forma, participou da gestão do ato irregular – ainda que esse não seja de sua autoria – ou dele tinha ciência, existirá a responsabilidade solidária.*

25. *A segunda das questões assinadas dá origem à denominada culpa “in eligendo”. Diz-se que há culpa “in eligendo” quando a irregularidade origina-se pela inépcia daquele a quem foi conferida a delegação de competência. Veja-se que nem todos os eventuais atos irregulares provocados por autoridades delegadas poderão ser imputados à responsabilidade da autoridade delegante sob a condição de culpa “in eligendo”, mas somente aqueles que tenham sido praticados por pessoas desqualificadas para o exercício do ofício que lhe foi confiado. A inépcia da autoridade delegada tem, portanto, que ser demonstrada.*

26. *Para que reste configurada a culpa “in eligendo” é necessário que se evidencie que o delegado não possuía os requisitos necessários para a missão que lhe atribuiu o delegante. Tais requisitos podem ser técnicos ou pessoais, relacionados à conduta moral do servidor. Existirá culpa “in eligendo”, portanto, se for delegada tarefa complexa a servidor que não possui qualificação profissional para executá-la ou sob o qual parem processos administrativos e/ou judiciais ou, ainda, existam fundadas suspeitas quanto a sua idoneidade moral.*

27. *A falta de fiscalização sobre os procedimentos exercidos por outrem, por seu turno, origina a denominada culpa “in vigilando”. Não é possível, contudo, que a totalidade dos atos*

*exercidos sob o manto da delegação de competência seja controlada, pois se o exercício da supervisão fosse irrestrito, a delegação de competência perderia, por completo, seu sentido.*

28. *A esse respeito, o voto condutor do Acórdão 372/2001 – 2ª Câmara já assinalava:*

*Esta Corte de Contas também já entendeu que em algumas situações essa presunção de responsabilidade do ordenador em relação a todos os atos que compõem sua gestão não deve subsistir, sob o fundamento de que não se deve exigir dos dirigentes máximos da entidade que sua atividade de supervisão seja tão profunda a ponto de tornar sem sentido o instituto da delegação de competência.*

29. *É difícil determinar-se, portanto, quais, dentre os atos praticados pelos agentes delegados, devem ser, obrigatoriamente, supervisionados pela autoridade delegante. Como parâmetros, devem ser observados os aspectos da materialidade, relevância, grau de intensidade dos possíveis impactos deles advindos, probabilidade de ocorrência de erros e grau de risco.*

30. *Delineados os aspectos jurisprudenciais e doutrinários relacionados à responsabilidade da autoridade delegante em relação aos atos praticados sob o manto da delegação de competência, passa-se ao tratamento do caso concreto vislumbrado nos presentes autos. Busca-se verificar a existência de alguma das seguintes condutas que podem conduzir à responsabilidade da autoridade delegante: a) o comprovado conhecimento da ilegalidade cometida pelo delegado; b) a má escolha daquele a quem confiou a delegação; c) a falta de fiscalização dos procedimentos exercidos por outrem.*

31. *Da extensa lista de pontos que conduziram à aplicação de multa ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, transcritas no item 3 desta instrução, verifica-se que diversos deles encontram-se diretamente relacionados às atividades de execução. Nesse sentido enquadram-se as questões relacionadas à(s) /ao(s):*

- a) utilização de fórmulas erradas para cálculo dos reajustes contratuais;*
- b) realização de pagamentos indevidos;*
- c) ausência de publicação de extrato no Diário Oficial da União;*
- d) execução de serviços em quantitativos maiores que os previstos em contratos;*
- e) majoração dos preços de itens, nos cálculos para pagamentos, sem amparo contratual;*
- f) medições erradas / inconsistentes;*
- g) erros na formalização das prestações de contas;*
- h) falhas nos termos de aceitação de obras.*

32. *Não se verifica a participação direta do recorrente, portanto, nas questões descritas nos seguintes itens, transcritos no item 3 desta instrução:*

- “c.2”: alíneas “e”, “h” e “i”;*
- “c.3”: alíneas “a”, “c”, “d” e “h”;*
- “c.4”: alíneas “b”, “c”, “d” e “f”;*
- “c.5”: alíneas “a”, “b”, “c” e “d”;*
- “c.7”: alíneas “b”, “c” e “e”;*
- “c.9”: itens 9.4.1 e 9.4.2*

33. *Em relação a tais questões, não se tem qualquer comprovação, nos autos, de que o recorrente delas tivesse ciência. Veja-se, nesse sentido, que somente se tem prova da ciência dos*

fatos, por parte daquele ex-Secretário, a partir da remessa, pelo DNER, do Relatório de Auditoria 010/97, encaminhado por meio do Ofício DG/DNER 666/97, de 17/07/1997 (peça 1, p. 26), quando então os fatos já haviam ocorrido.

34. Por outro lado, a execução das tarefas era incumbida a servidores que detinham capacitação técnica adequada (engenheiros) e sobre os quais não se tem notícias de máculas que pairassem sobre suas condutas pessoais. Não há que se falar, portanto, na existência de má-escolha em relação às autoridades delegadas.

35. Por fim, a existência de atestos e boletins de medição devidamente assinados, reduzia, em tese, a probabilidade de ocorrência de erros, reduzindo o grau de risco associado aos procedimentos, não sendo exigível de um homem médio que ele buscasse exercer detalhada supervisão sobre tais procedimentos.

36. Em relação aos fatos mencionados no item 32 dessa instrução entende-se, portanto, que podem ser aceitos os argumentos recursais relativos à delegação de competência, não se verificando as hipóteses de autoria do recorrente, da culpa “in eligendo” ou da culpa “in vigilando”.

37. Veja-se, no entanto, que o mesmo não se aplica em relação ao fato descrito no item “c.3”, alínea “e” (item 3 desta instrução). O Termo de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações Contratuais feito pela empresa Andrade Gutierrez S/A, em favor da empresa Mecominas Mecanização e Empreendimentos Ltda., com a interveniência e anuência da Setran, atribuía à Mecominas responsabilidade pela execução dos serviços e obras de terraplenagem, pavimentação, drenagem, obras de arte correntes e obras complementares, relativos à construção da BR-222/PA, no trecho situado entre as cidades de Marabá/PA e Felinho Muller/PA, em uma extensão total de 86 km.

38. Não consta, dos autos, o referido Termo para que se possa verificar se foi assinado pelo recorrente – o que é de se presumir. De qualquer forma, considerando a relevância (a BR-222/PA “forma o principal eixo de integração do Estado”, consoante descrito no site mantido pela Setran/PA junto à internet) e materialidade do empreendimento (as obras do trecho destacado eram estimadas em mais de R\$ 10 milhões), os termos daquela cessão não poderiam ser desconhecidos do Secretário de Estado de Transportes, ainda que se tratasse de questão delegada a terceiros. Assim, mesmo que se tratasse de questão constante de delegação de competência (e, registre-se, disso o recorrente não fez prova), deveria estar sujeita à fiscalização, ao menos em um nível mais gerencial.

39. Considerando, então, que era prevista a construção de 86 km e foram realizadas obras em apenas 51 km, a supressão de 35 km (40,36% do originalmente pactuado) não poderia passar despercebida, não se podendo argüir que fosse defeito de difícil percepção.

40. O argumento da delegação de competência também não socorre o recorrente no que se refere aos demais itens transcritos no item 3 desta instrução, os quais conduziram o Tribunal a aplicar-lhe multa. As ocorrências neles apontadas indicam irregularidades diretamente atribuíveis ao recorrente, em função de sua ação ou omissão, uma vez que não se tratam de procedimentos exercidos mediante delegação de competência.

41. Ensejam a responsabilização, em decorrência de sua ação direta, as assinaturas de aditivos contratuais sem que existissem projetos que os suportassem, a assinatura de termos aditivos quando as obras já se encontravam concluídas e a realização de licitação sem a existência de projeto básico. No que se refere a essa última, reportamo-nos uma vez mais ao voto condutor do Recurso Extraordinário 113.350-3, do STF, transcrito no item 22 desta instrução, especificamente no que se refere ao procedimento de homologação.

42. *Em outra esfera, a responsabilidade decorrente da omissão do recorrente pode ser caracterizada pela inexistência de aditivos que refletissem as alterações efetuadas em projetos e que modificaram itens da planilha de custos e pela ausência de termos de rescisão de sub rogações não cumpridas integralmente.*

*Irregularidade: pagamento de preço unitário maior que o contratado, no âmbito do Convênio PG-145/96 (BR-158/PA), resultando em um pagamento indevido de R\$ 25.213,51, em favor da Construtora CMJ (irregularidade “c.7”, alínea “b”, descrita no item 3 desta instrução)*

#### Argumento

43. *O recorrente juntou aos autos “cópia do Ofício SETRAN 633/2003-GAB e recibo de depósito, que comprova a devolução ao Erário da quantia de R\$ 25.213,51 pela Construtora CMJ por meio de depósito do valor atualizado monetariamente, perfazendo o valor total de R\$ 34.471,91, elucidando de uma vez por todas o disposto no item 9.6.4 do Acórdão aqui rechaçado”.*

#### Análise

44. *Conforme assinalou o próprio recorrente, os documentos por ele juntados, constantes da peça 162, pp. 12-20, se propõem a elidir questões relacionadas aos itens 9.6.1 a 9.6.4 do Acórdão 2874/2011 – Plenário, os quais se referem a supostos débitos que ensejariam a instauração de processos de tomadas de contas especiais.*

45. *De fato, a devolução, por parte da Construtora CMJ, da quantia de R\$ 34.471,91, que corresponde ao valor de R\$ 25.213,51, apontado como indevido pelo TCU, acrescida da atualização monetária, afasta a necessidade de instauração de processo de TCE determinada no item 9.6.4 do Acórdão recorrido.*

46. *É de se ver, contudo, que a devolução dos recursos afasta a existência de débito, mas não da irregularidade originalmente apontada, qual seja a realização de pagamento de itens constantes do Contrato AJUR 45/96, para execução de obras na rodovia BR-158/PA, com recursos do Convênio PG-145/96-00, por valores superiores àqueles contratados.*

47. *Vale dizer, nesse sentido, que o dano já havia se concretizado e somente foi revertido em face da atuação deste Tribunal, não se podendo dizer da inexistência da materialidade.*

48. *Não obstante, na linha de entendimento defendido nos itens 9-30, 34-36 desta instrução, pode-se entender que o pagamento irregular decorreu de medição indevidamente assinada por engenheiros que detinham competência técnica para fazê-lo, sem o envolvimento direto do recorrente, não se podendo exigir que a supervisão hierárquica por ele exercida se desse nesse nível de detalhamento. Destarte, entende-se que a irregularidade não possa ser a ele imputada.*

49. *Acrescente-se a existência de expediente datado de 19/6/2000, de autoria do recorrente, que noticiou seu sucessor acerca do débito em questão, nos termos comunicados por este TCU, para que aquele adotasse as providências necessárias com vistas ao ressarcimento das importâncias indevidamente despendidas.*

*Irregularidade: pagamento da quantia de R\$ 1.000.000,00, relativamente ao Convênio PG-114/85 (BR-222/PA), em duplicidade (irregularidade “c.9”, subitens 9.4.1.1 e 9.4.1.2, descrita no item 3 desta instrução)*

#### Argumento

50. *O recorrente juntou aos autos: “cópia do cheque n° 297790, devidamente cancelado, e respectivo canhoto, esclarecendo o imbróglgio descrito no item 9.6.1 do acórdão ora atacado”; “cópia do canhoto do cheque n° 916921, que foi debitado”; e “cópia do extrato da Conta Corrente n° 739.737-2, atinente ao Convênio PG 145/96”.*

### Análise

51. Em sua análise inicial, a Secex-PA havia apontado a existência de pagamento a maior, efetuado em favor da empresa Mecominas, pelas obras efetuadas na BR-222/PA, no subtrecho Rondon do Pará – Felinho Muller, numa extensão de 86 km (sub-rogação do contrato PG-144/85). O pagamento a maior, segundo aquela análise, estaria configurado pela emissão do cheque 297790, da conta corrente 739.737-2, do Banco do Brasil, no valor de R\$ 1.000.000,00, em favor daquela empresa. Esse cheque não se encontrava listado nas prestações de contas daquela sub-rogação, que demonstravam a existência de pagamentos no valor total de R\$ 10.667.706,63, equivalentes ao total de serviços físicos executados. Concluiu a Secex/PA, então, que “pelos documentos acostados aos autos, houve um pagamento a maior de R\$ 1.000.000,00 para a empresa MECOMINAS por conta dos serviços prestados em razão da sub-rogação” (a análise completa efetuada pela Secex/PA encontra-se à peça 33, pp. 11-13, itens 69-95).

52. Considerando, então, que o “pagamento a maior” havia sido caracterizado exclusivamente em função da existência do cheque 297790 e que o recorrente comprovou que aquele cheque havia sido anulado, motivo pelo qual não constou da prestação de contas respectiva, entende-se descaracterizada a irregularidade, devendo ser tornado sem efeito o item 9.6.1 do Acórdão atacado.

### Argumento

53. A ocorrência de longo lapso de tempo desde a ocorrência dos supostos ilícitos faz com que tenha ocorrido a prescrição administrativa.

### Análise

54. É pacífico o entendimento neste Tribunal de que não se aplicam aos processos de controle externo os prazos estabelecidos na Lei 9873/99. Mencione-se, nesse sentido, o voto condutor do Acórdão 78/2005 – Plenário, que abordou adequadamente a questão:

12. O instituto da decadência a que se refere o art. 54 da Lei 9.784/1999 já foi examinado por este Plenário, que, por meio da Decisão nº 1.020/2000, firmou o entendimento de que a citada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo art. 71 da Constituição Federal. A não-incidência da Lei nº 9.784/1999 e, portanto, do prazo decadencial previsto em seu art. 54, sobre os atos de controle externo a cargo do TCU repousa no entendimento de que a natureza desses atos não é tipicamente administrativa, mas especial, porquanto inerente à jurisdição constitucional de controle externo.

13. Ademais, consoante a tese sustentada na aludida Decisão 1.020/2000, a processualística aplicável aos processos de controle externo está delineada na Lei nº 8.443/1992, portanto, não é o caso de se adotar as regras da Lei nº 9.784/1999. A propósito, o art. 69 da Lei nº 9.784/1999 excepcionaliza os processos administrativos específicos, os quais continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

55. O argumento, portanto, não socorre ao recorrente, ressaltando-se, entretanto, que o débito de R\$ 1.000.000,00 restou descaracterizado ante o acolhimento dos argumentos discutidos nos itens 50-52 retro.

Irregularidade: pagamento de itens relativos à sinalização vertical, no valor de R\$ 13.414,00, não executados/fornecidos (item 9.6.3.3 do Acórdão recorrido)

### Argumento

56. *As placas foram fornecidas. Se não existiam em momento posterior, isso decorreu das ações de roubo e vandalismo.*

Análise

57. *O recorrente não juntou qualquer elemento capaz de reforçar seu argumento, não sendo ele passível, portanto, de aceitação.*

58. *Contudo, considera-se que ao pagamento dos referidos itens devam ser aplicadas as considerações relacionadas à delegação de competência, explicitadas nos itens 9-30 e 34-36 desta instrução, excluindo-se a responsabilidade do recorrente.*

Irregularidade: medição e pagamento de balanças, no valor de R\$ 280.000,00, não fornecidas (item 9.6.3.4 do Acórdão recorrido)

Argumento

59. *As balanças, incluídas na 5ª medição, foram estornadas na 6ª medição, em decorrência de problemas relacionados à sua entrega, ocorridos junto aos fornecedores.*

Análise

60. *O recorrente vem se utilizando desse mesmo argumento desde o início do processo. Não obstante, a Secex-PA, em sua análise, frisou que o TCU havia determinado, por meio do item 8.1.2, alínea “c”, da Decisão 535/2000 – Plenário, que fosse rescindido o aditivo contratual celebrado ao Contrato AJUR 19/98. Segundo aquela unidade técnica, com a anulação do Termo Aditivo “deixa de ter sustentação a 6ª medição discutida” e, “com a anulação da 6ª medição, a 5ª medição passa a ser aquela que efetivamente mediu os serviços executados pela empresa MECOMINAS na BR-222/PA em razão do contrato AJUR nº 19/98” (item 121 da instrução constante da peça 33, p. 17).*

61. *Ocorre que não se tem, nos autos, qualquer comprovação de que a 6ª medição tenha sido tornada nula, como pressupôs a Secex-PA. Não se tem, por conseguinte, certeza da existência de débito.*

62. *Considerando-se, todavia, que o Acórdão 2874/2011 – Plenário, ora recorrido, determinou a instauração de tomada de contas especial, sugere-se que essa questão seja mais bem averiguada no âmbito daqueles autos, quer mediante a realização de inspeção ou da promoção de diligências complementares.*

63. *De qualquer forma, no que se refere especificamente ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, entende-se pertinente proceder-se à exclusão de sua responsabilidade, em face da existência de delegação de competência e das considerações expendidas nos itens 9-30 e 34-36 desta instrução.*

## CONCLUSÃO

64. *Ante todo o exposto, manifesto-me no sentido de que sejam os autos submetidos ao gabinete do Exmo. Sr. Ministro José Jorge, relator do recurso, com a proposta de que o Tribunal:*

a) *com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/92, conheça do pedido de reexame apresentado pelo Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;*

b) *alterar a redação do item 9.3 do Acórdão 2874/2011 – Plenário, nos seguintes termos:*

*9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas por Amaro Barreto da Rocha Klautau para as seguintes irregularidades indicadas no item 6 do voto que fundamenta este Acórdão:*

- a) subitem “c.2”, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “f” e “g”;
- b) subitem “c.3”, alíneas “b”, “e”, “f” e “g”;
- c) subitem “c.4”, alíneas “a” e “e”;
- d) subitem “c.6”;
- e) subitem “c.7”, alíneas “a” e “d”;
- f) subitem “c.8”, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”;

c) alterar a redação do item 9.4 do Acórdão 2874/2011 – Plenário para reduzir o valor da multa aplicada ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, em decorrência da aceitação de parte dos argumentos recursais por ele apresentados;

d) tornar sem efeito o item 9.6.1 do Acórdão 2874/2011 – Plenário;

e) excluir o nome do Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau das tomadas de contas especiais a serem instauradas em decorrência da determinação constante dos itens 9.6.2 e 9.6.3 do Acórdão 2874/2011 – Plenário;

f) tornar sem efeito o item 9.6.4 do Acórdão 2874/2011 – Plenário;

g) comunicar o teor da deliberação que vier a ser proferida:

g.1) ao Ministério dos Transportes;

g.2) ao Grupo Executivo instituído no âmbito do Ministério dos Transportes para cuidar da liquidação do extinto DNER;

g.3) à Procuradoria da República no Município de Marabá/PA, com a finalidade de subsidiar o Procedimento Administrativo nº 1.23.001.000199/2003-67;

g.4) à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério dos Transportes, em complementação às informações requeridas por meio do Ofício nº 144/2011/SAAD/SE-MT;

g.5) à Secretaria de Transportes do Estado do Pará;

g.6) ao recorrente.”

2. A Diretora da 2ª DT e o Secretário da Serur manifestaram-se de acordo com a instrução.

É o relatório.