VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau (ex-Secretário de Estado de Transportes do Pará) contra o Acórdão nº 2874/2011-Plenário, por meio do qual este Tribunal, ao apreciar denúncia sobre 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), decidiu, entre outras providências, aplicar ao ora recorrente multa no valor de R$ 38.000,00.

2. No acórdão recorrido, restou assente que a aplicação da multa teve, como supedâneo, as seguintes irregularidades constantes do item '6.c' do voto condutor daquele **decisum**:

"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 55.678m3 para 38.024m3) 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, §1°, 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.l, §1°, 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):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

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.l, §2°, 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 508.930m2, 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 n° 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. 1° e 2° da Lei na 6.496/1977;

b) medição inconsistente do subitem 4.4 - Imprimação CM-30, no montante de 514.796 m2, 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 258.540m2, 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):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

a) utilização da mesma conta-corrente para os Convênios PG-072/96, PG-145/96 e PG-l 14/85;

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, §2°, 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, §1°, 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 na 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. 8°, inciso V, da IN/STN n. 2/1993 e o art. 7°, §2°, inciso III, da Lei n. 8.666/1993;

b) ausência de projeto básico acompanhando os Planos de Trabalho, exigência prevista no art. 2°, §3°, da IN/STN n. 2/1993 e no art. 2°, §1°, 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. 7°, § 2°. inciso I, da Lei n. 8.666/1993;

d) inexistência de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) das obras, em desacordo com o art. 7°, § 2°, inciso I, c/c art. 6°, 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, consequentemente, das devidas Anotações de Responsabilidade Técnica (ART), em desacordo com os contratos e com os arts. I° e 2° 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):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

9.4.1.1. ausência do cheque de número 916.921, no valor de RS 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 RS 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 RS 11.667.706,63, quando o total dos serviços executados, a preços iniciais foi de RS 10.667.706,63:

9.4.2. relativamente à 6a medição do Contrato AJUR n° 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 19.561m3, 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'."

3. Após examinar as razões recursais carreadas aos autos, manifesto-me inteiramente de acordo com os fundamentos expendidos na percuciente instrução da Serur, adotando-os, desde já, como minhas razões de decidir, sem prejuízo de aduzir as considerações que se seguem.

4. O recorrente argumentou que não deveria ser responsabilizado por esta Corte de Contas tendo em vista que, na condição de então Secretário de Estado de Transportes do Pará, delegou tarefas a vários servidores dos diversos setores da Secretaria. Em razão disso, segundo ele, *"são os delegatários os únicos responsáveis pelos atos que praticaram"*.

5. Quanto a esse argumento específico, impende transcrever, por seus lídimos fundamentos, o seguinte excerto da instrução da unidade técnica:

"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:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

> *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.*

[...]

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'.

[...]

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

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 pairem 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****." (grifei)*

6. Apresentados 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 retratado nos presentes autos. Busca-se, em essência, 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.

7. Como bem assinalado pela Serur, da extensa lista de irregularidades que motivaram a aplicação de multa ao Sr. Amaro Barreto da Rocha Klautau, verifica-se que algumas delas encontram-se diretamente relacionadas às atividades de execução. Nesse contexto, enquadram-se as seguintes:

I) utilização de fórmulas erradas para cálculo dos reajustes contratuais;

II) realização de pagamentos indevidos;

III) ausência de publicação de extrato no Diário Oficial da União;

IV) execução de serviços em quantitativos maiores que os previstos em contratos;

V) majoração dos preços de itens, nos cálculos para pagamentos, sem amparo contratual;

VI) medições erradas/inconsistentes;

VII) erros na formalização das prestações de contas;

VIII) falhas nos termos de aceitação de obras.

8. Na esteira das conclusões do Auditor da Serur responsável pela instrução do feito, nos autos não se tem qualquer comprovação de que o recorrente tivesse ciência das sobreditas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

irregularidades, além do que a execução de tais tarefas era incumbida a servidores que detinham capacitação técnica adequada (engenheiros) e sobre os quais não se tem notícia de máculas que pairassem sobre suas condutas pessoais. Como bem arrematou a unidade técnica, não há falar na *"existência de má-escolha em relação às autoridades delegadas"*.

9. Ademais, 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"***. (grifei)

10. Cabe, portanto, o acolhimento parcial das razões recursais relativas à delegação de competência, com a consequente redução da multa originalmente aplicada (R$ 38.000,00). Levando em conta o grau de reprovação das condutas irregulares que remanesceram sem justificativa contundente – bem delineadas pela Serur –, e também à luz do princípio da proporcionalidade, materializado na dosimetria da pena, proponho redução da multa para R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais).

11. Tem-se ainda a informação de que 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"*.

12. Com efeito, 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, acrescido da atualização monetária, afasta a necessidade de instauração de processo de TCE determinada no item 9.6.4 do acórdão recorrido.

13. No que tange à irregularidade atinente ao *"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), o recorrente juntou aos autos: *"cópia do cheque n° 297790, devidamente cancelado, e respectivo canhoto, esclarecendo o imbróglio 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"*.

14. 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 – Felintho 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"*.

15. 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, acompanho a Serur no sentido de que restou descaracterizada tal irregularidade, devendo, pois, ser tornado sem efeito o item 9.6.1 do acórdão guerreado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 31 de julho de 2013.

JOSÉ JORGE
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50278218.