

VOTO

Este processo trata originariamente do acompanhamento, determinado pela Decisão nº 112/2002-TCU-Plenário, da obra de construção da Penitenciária Bangu VI, no Rio de Janeiro/RJ, apoiada com recursos do Convênio nº 004/2001, celebrado entre a União, representada pelo Ministério da Justiça, e o Estado do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 10.236.967,34, dos quais 80% são provenientes dos cofres federais.

2. Por meio do Acórdão nº 1.158/2008 – Plenário, este Tribunal determinou a audiência do Sr. João Luis Duboc Pinaud, ex-Titular da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Rio de Janeiro (SEJDH/RJ), com o seguinte teor:

9.1. determinar à Secex/RJ que proceda à audiência, nos termos e prazos regimentais, dos seguintes responsáveis, em face dos indícios de irregularidades apontados, referentes ao Convênio nº 004/2001:

9.1.1. João Luis Duboc Pinaud, ex-Secretário de Estado de Justiça e Direitos Humanos do Rio de Janeiro:

9.1.1.1. elaboração e propositura de plano de trabalho convenial baseado em projeto básico inadequado, a despeito do que dispõe o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, com o consequente desequilíbrio físico-financeiro e a paralisação da obra;

9.1.1.2. omissão relativa à formalização de instrumento regulador das ações voltadas à licitação e acompanhamento da obra, haja vista que os procedimentos licitatórios foram inaugurados em 18.06.01; o Contrato nº 048/2001 foi celebrado em 22.09.01; e o Termo de Gerenciamento e Controle nº 024/2001 foi firmado apenas em 29.11.01; a despeito do que dispõe o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93;

3. Posteriormente, pelo Acórdão nº 261/2011 – Plenário esta Corte decidiu o seguinte:

9.1. rejeitar as razões de justificativa de João Luiz Duboc Pinaud (ex-Secretário da SEJDH/RJ) e de Carlos Augusto Siqueira (ex-Diretor-Presidente da EMOP/RJ) e, em consequência, aplicar-lhes, individualmente, multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

4. Contra esse Acórdão nº 261/2011 – Plenário o Sr. João Luiz Duboc Pinaud interpôs Pedido de Reexame que foi conhecido, mas improvido pelo Acórdão nº 2.521/2011 – Plenário, de minha relatoria.

5. Em face do citado Acórdão nº 2.521/2011 – Plenário o Sr. João Luiz Duboc Pinaud opôs Embargos de Declaração que ora se analisam.

6. Quanto à admissibilidade, com fundamento no art. 34 da Lei nº 8.443/92, conheço dos presentes Embargos de Declaração, porquanto atendem aos pressupostos previstos para a espécie.

7. No mérito, entendo que assiste razão ao embargante, tendo em vista a omissão existente no julgado impugnado.

8. Para fundamentar o meu entendimento, analiso inicialmente primeira imputação feita ao ora embargante, que foi quanto à *“elaboração e propositura de plano de trabalho convenial baseado em projeto básico inadequado, a despeito do que dispõe o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, com o consequente desequilíbrio físico-financeiro e a paralisação da obra”*.

9. Desde a primeira vez que o embargante se manifestou neste processo, às fls. 1.668/1670 do volume principal, ele tem alegado que o projeto básico não foi elaborado pela Secretaria que dirigia, mas sim pela EMOP (Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro), tendo em vista que as obras que eram executadas pelas secretarias de estado passaram a ser da responsabilidade da aludida empresa desde a sua fundação, em 1975, quando passou a exercer o papel de órgão centralizador com o intuito de dar operacionalidade ao Programa Administrativo Estadual. Acrescenta ainda que, com a aprovação do Estatuto da EMOP pelo Decreto nº 15.122/1990, afastaram-se as dúvidas quanto à responsabilidade e exclusividade desta empresa pública em planejar, projetar e executar as obras de construção de prédios públicos estaduais.

10. Não obstante essa realidade, a condenação do ora embargante foi imposta e mantida sob o argumento de que foi a SEJDH/RJ que recebeu os recursos do convênio e seu titular representou o Estado do Rio de Janeiro na celebração do citado ajuste (parágrafo 16 do voto condutor do Acórdão nº 261/2011 – Plenário).

11. No voto-vista que apresentou no julgamento do MS 24.268, o Ministro Gilmar Mendes observou que a pretensão à tutela jurídica contempla o direito da parte à informação sobre os atos do processo, à manifestação no processo e a ver seus argumentos considerados pelo órgão julgador. Sobre esse último direito, o ministro fez ainda as seguintes considerações:

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).

12. No presente caso, entendo ter havido omissão do acórdão embargado, porquanto a reiterada alegação do embargante quanto à responsabilidade da EMOP pela elaboração do projeto básico não recebeu a devida atenção. Não há nos autos, até o momento, a necessária demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do embargante e os vícios do projeto básico. É omissa o acórdão embargado, assim como os que o antecederam, em demonstrar também qual seria a conduta diversa a ser exigida do embargante, na condição de Titular da SEJDH/RJ.

13. Com as devidas vênias, o fato de o embargante ser o Titular da SEJDH/RJ e de ter representado o Estado do Rio de Janeiro da celebração do convênio me parecem absolutamente insuficientes para lhe imputar a responsabilidade pela falha do projeto básico elaborado pela EMOP, pois não me parece razoável que se pudesse exigir do homem médio, em idênticas circunstâncias, conduta diversa da que foi adotada pelo embargante.

14. Ou seja, o homem médio, no lugar do embargante, também teria celebrado o convênio, valendo-se do mesmo projeto básico, tendo em vista que a SEJDH/RJ não foi a autora do aludido projeto nem tinha condições de questionar o que foi feito, por ausência de pessoal qualificado para tanto. Aliás, nessas circunstâncias, o que se espera do agente público é que, de fato, pratique os atos inseridos na sua competência alicerçado nas manifestações das áreas técnicas especializadas. E isso foi exatamente o que fez o embargante.

15. Lembro que em diversos Estados brasileiros e também em diversos municípios é hoje muito comum a distribuição de tarefas como a que fez o Estado do Rio de Janeiro, isto é, centralizando em uma unidade administrativa ou empresa estatal o desempenho de algumas atividades específicas, como, por exemplo, a elaboração de projetos de engenharia.

16. Desse modo, a prática de um ato posterior por um dirigente de outra unidade administrativa – no caso uma secretaria de estado – com base nas análises técnicas da unidade

especializada não me parece que possa autorizar a responsabilização desse dirigente por eventuais erros cometidos pelos especialistas.

17. A jurisprudência do TCU sobre o assunto é farta. Cito, como exemplo, o seguinte trecho do voto do Ministro José Jorge, que fundamentou o Acórdão nº 1.054/2011 – Plenário:

20. Os Srs. Rodrigo Antonio Ribeiro da Costa, Superintendente do Dnit/RJ no período de 03/5/2006 a 14/1/2009, e Marcelo Cotrim Borges, Superintendente do Dnit/RJ a partir de 14/1/2009, foram instados a se manifestar acerca da ausência de “projeto de canteiro de obras”, de “detalhamento” e de “critérios de medição” para os serviços de instalação de canteiro e mobilização/desmobilização pelo fato de terem, respectivamente, assinado as três primeiras e a quarta erratas do Edital n.º 518/08-07.

21. Primeiramente, discordo da conclusão da unidade instrutiva de que o simples fato de os responsáveis terem assinado as erratas aos editais da licitação permitiria concluir que eles tinham pleno conhecimento das irregularidades mencionadas, especialmente sabendo que tratavam de questões pontuais do edital, de cujas erratas assinadas não versaram especificamente.

22. A rigor, conforme alegou o Sr. Marcelo Cotrim Borges, considero que realmente não competia ao Superintendente do Dnit analisar orçamentos e projetos, mas sim a área técnica da autarquia constituída com esse fim, ou mesmo os membros da Comissão Permanente de Licitação – CPL, mais precisamente seu presidente, que, de fato, foi quem assinou e visou o edital da licitação. Registro, no entanto, que tanto os servidores da área técnica responsável quanto os membros da CPL não foram chamados em audiência quanto a essa ocorrência.

18. No mesmo sentido, entre outros: Acórdãos nºs 1.464/2013 – Plenário, relator Ministro José Múcio Monteiro, 6.787/2012 – Primeira Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 2.373/2008 – Segunda Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz, 2.098/2007 – Primeira Câmara, relator Ministro Augusto Nardes.

19. Portanto, entendo que os embargos merecem ser providos neste ponto.

20. A segunda imputação feita ao embargante foi a seguinte: “*omissão relativa à formalização de instrumento regulador das ações voltadas à licitação e acompanhamento da obra, haja vista que os procedimentos licitatórios foram inaugurados em 18.06.01; o Contrato nº 048/2001 foi celebrado em 22.09.01; e o Termo de Gerenciamento e Controle nº 024/2001 foi firmado apenas em 29.11.01; a despeito do que dispõe o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93*”.

21. Sobre o assunto houve também omissão no acórdão embargado e nos que o antecederam, tanto em relação à matéria de fato quanto em relação à vasta jurisprudência do TCU acerca desse tema.

22. No tocante à matéria de fato, é de se ressaltar que referido Termo de Gerenciamento era instrumento interno do Estado do Rio de Janeiro, de caráter formal, celebrado entre órgãos pertencentes à própria estrutura daquele Estado, que não implicou sequer a realização de despesa e cujo atraso foi de apenas cinco meses.

23. O acórdão embargado e os que o antecederam também foram omissos em relação ao documento constante à fl. 1.384 do volume principal, assinado pelo Diretor-Presidente da EMOP, Sr. Carlos Augusto Siqueira, no dia 18/06/2001, no qual autorizou a abertura de licitação para a realização das obras de construção da penitenciária de Bangu VI, com base na transferência de recursos da União, mediante o Convênio nº 4/2001. No parágrafo seguinte desse documento, o citado Diretor-Presidente da EMOP diz o seguinte: “Cabe ressaltar que a liberação dos referidos recursos traduz a aprovação da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos”. Essa afirmação apenas reforça o que afirmei o parágrafo anterior.

24. Relativamente à jurisprudência desta Corte de Contas, cito parte da ementa do Acórdão nº 1.604/2008 – Plenário, relator Ministro Augusto Nardes, sobre o assunto, que deixou de apenar os responsáveis:

1. O Tribunal de Contas da União tem perfilhado entendimento no sentido de que, no caso das obras rodoviárias emergenciais do PETSE:

1.1 a ausência de instrumento de contrato, desde que reste comprovada a não-ocorrência de atos lesivos ao erário, é irregularidade que permite a continuidade da obra mediante o saneamento do vício original;

25. No mesmo sentido há inúmeros outros precedentes desta Corte de Contas que, nas hipóteses em que não se verifica prejuízo ao Erário, deixou de apenar o responsável. Nesse sentido: Acórdãos nºs 1.801/2008 – Plenário, relator Ministro Guilherme Palmeira, 1.178/2007 – Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler, 1.811/2007 – Plenário, relator Ministro Valmir Campelo.

26. Com mais razão ainda no presente caso deve incidir a aludida jurisprudência, pois, no caso dos precedentes citados, tratava-se de contratos celebrados entre o Poder Público e o particular, empresa privada. Por outro lado, no caso analisado neste processo, trata-se de relação entre uma secretaria de estado e uma empresa estatal, ambas do Estado do Rio de Janeiro.

27. Além disso, em vários precedentes citados, houve a realização de despesas antes da formalização da avença, ocorrida, às vezes, muito tempo depois. No presente caso, porém, não houve a realização de despesas antes da formalização do Termo de Gerenciamento e o atraso foi de apenas cinco meses.

28. Desse modo, entendo que também quanto a este ponto os embargos merecem ser providos.

29. Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à consideração do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de agosto de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator