

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, previstos nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheço dos Recursos de Reconsideração interpostos pelas empresas Consepro - Consultoria para Estudos e Projetos de Engenharia Ltda., Conspe - Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., Diefra Engenharia e Consultoria Ltda., Digital Engenharia Ltda., Gepel Consultoria de Engenharia Ltda., Proceplan - Processamento, Consultoria e Planejamento Ltda. (peças 67-90), bem assim por José Roberto Paixão (peça 58, p. 174-196), Jesus de Brito Pinheiro (peça 93), Pedro Elói Soares e Rômulo Fontenelle Morbach (peça 92), contra o Acórdão 838/2011, da lavra do E. Ministro Augusto Nardes (peça 54, p. 6-7), parcialmente alterado pelo Acórdão 1.847/2011 e retificado pelo Acórdão 2.396/2011, todos do Plenário.

Fundamentos da deliberação recorrida

Conforme transcrito no relatório, a deliberação recorrida julgou irregulares as contas especiais de alguns responsáveis, entre os quais se inserem os recorrentes, condenando-os solidariamente ao ressarcimento de dano aos cofres do Tesouro Nacional. Ao mesmo tempo, sobre infligir-lhes a sanção pecuniária individual, inabilitou os agentes públicos ao exercício de cargo em comissão ou função comissionada no âmbito da Administração Pública (itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.6 do Acórdão 838/2011, parcialmente alterado pelo Acórdão 1.847/2011 e retificado pelo Acórdão 2.396/2011, todos do Plenário).

Posteriormente, diante da notícia de falecimento dos responsáveis Hélio Guimarães e José Roberto Paixão, o Tribunal excluiu as respectivas penalidades individuais. Contudo, autorizou o Ministério Público junto ao TCU a requerer à Advocacia Geral da União a adoção das providências necessárias ao arresto dos bens que integram os espólios dos falecidos, a fim de garantir futura ação executória, caso confirmada a decisão condenatória ora recorrida (Acórdão 433/2014, mantido pelo 804/2014, ambos do Plenário).

A irregularidade dessas tomadas de contas especiais teve por causa a realização de pagamentos complementares e retroativos pelo extinto DNER às empresas prestadoras de serviços de administração da operação de Postos de Pesagem de Veículos (PPV's), localizados em diversas rodovias federais. Os contratos vigoraram pelo período de 1990 a 1993 e os pagamentos, considerados indevidos, foram realizados em 1994, alusivos aos meses de outubro, novembro e dezembro de 1993, bem como em 1996 e 1997, referente aos meses de novembro de 1991 a setembro 1993.

Os pagamentos inquinados referem-se ao ressarcimento de gastos supostamente incorridos pelas empresas prestadoras dos serviços, sob a rubrica contratual denominada Despesas Gerais, as quais integram os preços unitários avençados para cada posto de pesagem. Esses dispêndios abrangem basicamente gastos com aquisição de material de expediente, uniformes, produtos de limpeza, manutenção e conservação das instalações, à exceção dos dispositivos eletromecânicos das balanças e o pavimento. Sobre tais despesas gerais eram acrescidas taxas, referentes a custo administrativo e à remuneração das empresas, tudo conforme os respectivos instrumentos contratuais.

Por problemas de limitação orçamentária, havida após um ano de vigência dos contratos, e diante da necessidade de não paralisar os serviços de controle de pesagem de veículos, foram encetadas negociações entre o DNER e as prestadoras de serviços, com vistas a reduzir os custos das avenças. Naquela oportunidade, entre outras condições de renegociação, foi acertada a exclusão do item Despesas Gerais, ressalvado o serviço de transporte de pessoal. Entretanto, apesar de as condições prévias de renegociação terem sido submetidas ao conhecimento do Conselho Administrativo da Autarquia e por ele aprovadas, não foram integralmente reduzidas a termo, por ocasião da celebração do 2º Aditivo aos ajustes contratuais. Com isso, não foram formalmente excluídas as Despesas Gerais.

O Tribunal concluiu que, a despeito da falta de formalização desses acordos antecedentes, a exclusão do item “Despesas Gerais” havia sido, de fato, concretizada. Além disso, tais dispêndios foram efetuados em momento bastante posterior à suposta prestação de serviços, não tendo sido acompanhados de prévias medições e comprovações necessárias ao atendimento dos requisitos da regular liquidação da despesa, previstos nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964. As empresas beneficiadas, ora recorrentes, foram:

- Consepro – Consultoria para Estudos e Projetos de Engenharia Ltda.;
- Digital Engenharia Ltda.;
- Gepel Consultoria de Engenharia Ltda.;
- Proceplan – Processamento, Consultoria e Planejamento Ltda.;
- Diefra Engenharia Ltda.;
- Conspel – Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.

A despesa indevida totalizou, em valores atualizados até maio de 2009, cerca de R\$ 18 milhões, segundo informação constante do voto condutor do Acórdão 838/2011-Plenário.

Consoante apurado nos autos, as empresas Consepro - Consultoria para Estudos e Projetos de Engenharia Ltda., Conspel- Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., Diefra Engenharia e Consultoria Ltda., Digital Engenharia Ltda., Gepel Consultoria de Engenharia Ltda., Proceplan - Processamento, Consultoria e Planejamento Ltda. foram condenadas por terem sido beneficiárias dos pagamentos indevidos.

Em relação aos agentes públicos ora recorrentes, Jesus de Brito Pinheiro, na condição de Diretor de Operações Rodoviárias do extinto DNER, concorreu culposamente para o dano ao ter aprovado parte dos dispêndios impugnados. José Roberto Paixão, Rômulo Fontenelle Morbach e Pedro Elói Soares, qualificados à época dos fatos, respectivamente, como Procuradores Gerais (dois primeiros) e Procurador do extinto DNER, também contribuíram culposamente para a consumação do ato ilícito ao emitirem pareceres favoráveis aos pagamentos retroativos.

II

Arguição de suspeição e de impedimento

Na petição contida na peça 337, o Sr. Pedro Elói Soares argui exceção de impedimento e de suspeição deste Relator. Alega que, nos presentes autos, a apreciação da conduta do excipiente estaria contaminada pelo viés condenatório, ante o fato de o Relator haver anteriormente presidido processo inominado de fiscalização do Tribunal, em que julgou irregular contratação direta de advogados, pelo extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), cuja dispensa de licitação contou com parecer favorável emitido pelo requerente. Afirma o responsável que, em reunião mantida com os procuradores da autarquia, antes do julgamento daquele feito, o excepto havia declarado a plausibilidade da referida contratação direta. Assim, atribui a suspeição ao fato de o suscitante estar vinculado, à época, à equipe de possível desafeto, o então Ministro dos Transportes, Eliseu Padilha.

Rejeito a exceção de suspeição. Não há nenhum motivo de foro íntimo, derivado da alegada inimizade pessoal contra o responsável, nem por pessoa por ele nominada, que pudesse, de alguma forma, comprometer a isenção do juízo. De igual forma, não foi demonstrada condição objetiva capaz de inviabilizar o julgamento imparcial da causa.

A pretensão do excipiente baseia-se em conjecturas, de natureza subjetiva, colhidas de impressão acerca de julgamento anterior, em processo por mim presidido, cujos termos teriam sido desfavoráveis ao responsável. Além de não identificar o caso concreto, o suscitante não demonstra o

alegado, mediante apresentação de prova de qualquer manifestação de desprezo pessoal por parte do julgador.

Não constituem, absolutamente, causa de impedimento ou de suspeição anteriores manifestações de magistrado, no exercício de sua regular jurisdição, que analisem teses jurídicas de forma desfavorável à pretensão de advogados ou das partes do processo.

De forma que não há razões, de natureza objetiva ou subjetiva, para afastar a condução do processo pelo Relator, nos termos do devido processo legal.

Argumentos dos recorrentes e pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público

Inconformados com o acórdão condenatório, os recorrentes protestam pelo provimento dos recursos de reconsideração a fim de serem excluídas as respectivas responsabilidades e consideradas regulares as contas especiais. Em suas razões, alinham, em síntese, os seguintes argumentos:

Consepro - Consultoria para Estudos e Projetos de Engenharia Ltda., Conspe- Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., Diefra Engenharia e Consultoria Ltda., Digital Engenharia Ltda., Gepel Consultoria de Engenharia Ltda., Proceplan - Processamento, Consultoria e Planejamento Ltda.

- legalidade da manutenção das condições contratuais originalmente pactuadas, que estabeleceram a obrigatoriedade de o DNER ressarcir às empresas os gastos por elas incorridos no item Despesas Gerais, que não foi excluído pelo 2º termo aditivo aos contratos;

- legitimidade dos pagamentos realizados pelo DNER sob a aludida rubrica contratual, haja vista:

. a essencialidade desses dispêndios para o regular funcionamento dos postos de pesagem, cuja exigência foi reproduzida em licitação posterior realizada pelo DNER, com o mesmo objeto, verificado no Edital de Concorrência 54/92 (peças 81 e 82);

. o fato de o DNER ter como presumida a assunção, pelas empresas contratadas, de gastos com despesas gerais diante da comprovação do regular estado de conservação e funcionalidade dos postos de pesagem de veículos, conforme demonstram boletins de avaliação de desempenho emitidos pela contratante (peça 343, pág. 54);

. a ausência de indícios de que a autarquia federal tenha assumido, por meios próprios, a aquisição de bens e a prestação de serviços relativos ao item Despesas Gerais dos Postos de Pesagem de Veículos;

. a declaração prestada por Engenheiro residente do DNER em relação à regular execução das despesas gerais por empresa contratada por ele fiscalizada (peça 80, páginas 4/52, e peça 81);

. o amplo acervo de elementos probatórios colacionados aos autos pelos recorrentes, tais como notas fiscais e cópias do Livro Diário de Caixa de empresa, que, embora destituídos de atestos de medições proibidas pela Administração do DNER, sinalizam para o fato de as empresas haverem assumido os gastos com despesas gerais dos contratos (peça 82, páginas 33/68; peças 83 a 90, págs 1/19);

- impossibilidade material da defesa dos recorrentes diante dos fatores a seguir descritos:

. o transcurso de mais de 20 anos desde as datas dos gastos realizados pelas empresas contratadas sob a rubrica despesas gerais, inviabilizando a guarda de todos os documentos probatórios;

- . orientação dada pelo DNER para que todos os fiscais dos contratos não mais efetuem medições do item despesas gerais, desde novembro de 1991 até o final da prestação dos serviços, ocorrido no término do exercício de 1993, o que certamente obstaculizou o atesto das medições desses dispêndios, exigido pelo Tribunal (peça 16, págs 57/58);
- . a infrutífera tentativa de obter, junto ao Grupo Executivo de Extinção do DNER, comprovantes e procedimentos internos produzidos no âmbito daquela autarquia que demonstrassem ou não o fato de a contratante realmente haver assumido os gastos relativos ao item Despesas Gerais, como presume o Tribunal (peça 90, páginas 21/30).

Jesus de Brito Pinheiro

- extinção da punibilidade e do ressarcimento de dano ao erário em decorrência de prescrição quinquenal, prevista no artigo 23, inciso I, da Lei 8.429/1992, operada pelo transcurso de prazo entre a data dos pagamentos impugnados (1996 e 1997) e a citação do recorrente (junho de 2002), entre a data em que o responsável deixou o cargo de Coordenador da Diretoria de Operações Rodoviárias do DNER (7/12/2001) e a instauração da presente TCE (2006) ou, ainda, entre a data dos fatos gerados (1996 e 1997) e a data do Acórdão condenatório (6/8/2011);
- falta de individualização da conduta e inexistência de dolo por parte do responsável;
- ausência de responsabilidade do agente pelos pagamentos inquinados, uma vez que foram aprovados pela Conselho Administrativo do DNER, foram precedidos de pareceres favoráveis da Procuradoria Jurídica e ativeram-se aos exatos termos dos contratos e respectivos aditivos;
- desproporcionalidade da pena a implicar confisco do patrimônio do responsável;
- falta de razoabilidade do pagamento de juros moratórios pois precedentes judiciais exigem, com base no artigo 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, a incidência da taxa Selic sobre débitos para com a Fazenda Pública a partir de 1º/1/1996, excluindo cumulação com outros índices de atualização monetária e de juros de mora.

José Roberto Paixão e Espólio de José Roberto Paixão

Ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente relação processual tendo vista que:

- . efetuou análise estritamente jurídica em relação ao pedido de ressarcimento das empresas prestadoras dos serviços de administração dos postos de pesagem de veículos, valendo-se das atribuições do cargo previstas no artigo 53 do Regimento Interno do extinto DNER;
- . externou entendimento no sentido de ser contratualmente devido o pagamento às empresas operadoras dos postos de pesagem de veículos, referente ao item “Despesas Gerais”, no que foi corroborado por diversos pareceres constantes dos pareceres administrativos no âmbito do DNER;
- . não exarou parecer vinculante, o que, nos termos de consolidada jurisprudência do STF, afasta sua responsabilização perante o TCU, sobretudo por versar sobre matéria jurídica de pacífico entendimento e consolidada em lei.

Rômulo Fontenelle Morbach e Pedro Elói Soares

- ausência de participação dos agentes na celebração dos contratos de administração da operação dos Postos de Pesagem de Veículos, na aprovação dos respectivos termos aditivos, bem como no levantamento, medição e autorização de pagamento de valores complementares relativos às despesas gerais, impugnadas pelo TCU;
- emissão de pareceres adstritos aos aspectos jurídicos dos pedidos formulados pelas empresas, tendo por base os contratos e respectivos termos aditivos, não lhes cabendo opinar ou

decidir pela efetiva medição, liquidação e pagamento das despesas por ventura incorridas pelas empresas contratadas;

- atuação dos responsáveis nos estritos limites de suas competências institucionais como procuradores autárquicos;

- emissão de pareceres apoiados em tese juridicamente plausível e não discrepante da doutrina e da lei;

- imunidade profissional dos recorrentes, na condição de consultores jurídicos e advogados públicos, por suas palavras, votos e opiniões, uma vez não comprovado dolo ou culpa no cometimento de ato ilícito, conforme assegura o Estatuto da Ordem dos Advogados, precedentes dos Tribunais Superiores e a própria doutrina;

- ausência de responsabilidade solidária dos procuradores autárquicos pela emissão de aconselhamento jurídico que não vincula a instância decisória, consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Após analisar as alegações deduzidas pelos apelantes, a Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao TCU propõem negar provimento aos recursos de reconsideração, mantendo incólume a deliberação vergastada.

III

Contexto dos fatos

Para melhor compreensão da matéria trazida ao deslinde do Plenário, faz-se necessário apresentar o exato contexto dos fatos que culminaram nos pagamentos ora impugnados.

Em 18 de dezembro de 1989, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) lançou o Edital de Concorrência nº 45/89, destinado à contratação dos serviços de administração dos Postos de Pesagem de Veículos (PPV's), localizados em diversos pontos das rodovias federais. A licitação, realizada sob a égide do então vigente Decreto-Lei 2.300/1986, foi dividida em lotes, cada um dos quais contendo grupos com diferentes tipologias de PPV's, definidas em função dos respectivos portes e estruturas compatíveis com as necessidades de cada rodovia onde estavam situadas. A finalidade da contratação era fiscalizar os veículos transportadores de cargas a fim de garantir a higidez e o tempo de vida normal de uso dos pavimentos, evitar os desgastes prematuros causados por excesso de peso acima dos limites técnicos de suporte das rodovias federais e, assim, manter as condições infraestruturais das estradas para segurança dos condutores.

Sagrando-se vencedoras do certame, as empresas recorrentes celebraram com o DNER, em 12 de novembro de 1990, contratos PG 52/90, PG 53/90, PG 54/90, PG 55/90, PG 56/90 e PG 57/90, com prazo de vigência de 360 dias, prorrogável por igual período. De acordo com o Edital de Concorrência nº 45/89 (peça 34, págs. 52 e seguintes), a estrutura de composição dos preços unitários mensais de cada PPV compreendia basicamente os seguintes centros de custos:

- **Pessoal** – representado pelos salários acrescidos dos respectivos encargos sociais a serem pagos a cada integrante da equipe de profissionais composta por: administrador, chefes de equipe, operadores, auxiliar de serviços gerais. A esse custo incidiam cumulativamente a taxa de 18% de custo administrativo e 30 % de remuneração da contratada. Os trabalhos avançados deveriam ser realizados ininterruptamente pelo período de 24 horas por dia, mediante vários turnos de equipes de trabalhadores;

- **Despesas Gerais** – compreendiam as despesas relativas a gastos com vestuário, material de limpeza, material de expediente, manutenção preventiva das instalações prediais (não inclusa a

manutenção dos dispositivos eletromecânicos das balanças estáticas e dinâmicas, qual era realizada por empresa especializada contratada pelo DNER, bem como a manutenção do pavimento), conservação, transporte de pessoal, tarifas (energia elétrica, gás, telefone e serviços postais) e primeiros socorros. A esses custos também incidiam cumulativamente a taxa de administração, em percentual variável conforme o tipo de PPV, e de remuneração de 30% devido à contratada.

Sobre o somatório desses centros de custos, recaíam ainda os percentuais de tributos de PIS e FINSOCIAL (1,85%) e ISS (3%).

O reajuste dos preços dos serviços era calculado por uma fórmula paramétrica que envolvia a média aritmética ponderada de índice de variação salarial oriunda de dissídios coletivos, ponderado pelo fator de 80%, e de variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INCC, com peso de 20%, todos tendo como data base do contrato o mês de dezembro de 1989.

Conforme Relatórios da Diretoria do DNER (v.g. peça 34; página 161 e seguintes), durante o primeiro ano de vigência dos contratos o Departamento verificou que a fórmula de reajustamento, apesar de justa quanto à evolução de custos de pessoal, distorcia os preços relativos às Despesas Gerais. Os preços iniciais ficaram vinculados, em sua maioria, à política salarial e, conseqüentemente, ao desempenho dos sindicatos aos quais estavam filiadas as empresas contratadas e os trabalhadores dos postos de pesagem de veículos.

Além dessa distorção, a administração dos contratos foi dificultada pela complexidade da política salarial e das constantes disputas judiciais entre a classe empresarial e os sindicatos dos trabalhadores, resultando em decisões judiciais com vigência retroativa e sujeitas à confirmação pelas instâncias superiores. Tal quadro tornou difícil a previsão orçamentária e gerou defasagens negativas nos índices de reajustamento dos contratos, se comparados à variação do INPC para mesmo período. Nessas condições, foi alterada a premissa fixada no edital em que os gastos de pessoal deveriam representar a maior parte dos custos contratuais, resultando na elevação dos custos de Despesas Gerais, cuja participação média no montante global do valor das avenças foi elevado para 45%, a preços iniciais.

Nessa conjuntura, associada às restrições orçamentárias vivenciadas pela autarquia federal, o DNER determinou a paralisação parcial das atividades a fim evitar o colapso total do Plano Diretor de Pesagem. Nesse ponto, merece destaque orientação expedida pela Diretoria de Operações Rodoviárias aos Chefes dos Distritos Rodoviários Federais, veiculada pelo Telex 005106, de 1º/11/1991, comunicando a paralisação parcial, a partir de novembro daquele ano, dos contratos operacionais em razão da falta de recursos, sendo autorizados, apenas, o faturamento das despesas de pessoal (peça 20, pág. 5):

“Comunicamos que em razão da falta de recursos os contratos de pesagem de veículos serão paralisados parcialmente a partir de novembro/91, podendo ser faturado somente os serviços relativos a pessoal.

Outrossim, informamos que o transporte de pessoal deverá ser resolvido através de passagens de ônibus ou vales-transporte, sendo tais despesas ressarcidas pelo DNER.

Atenciosamente, Eng. Márcio Lanzuerksy Brandão Barros, Diretor de Operações Rodoviárias.”

Paralelamente, entre os dias 2/10/1991 e 23/10/1991, foram encetadas negociações entre o DNER e as empresas contratadas a fim de reduzir as despesas dos contratos. Ao final, houve consenso entre as partes acerca do estabelecimento das seguintes condições de repactuação a serem formalizadas em termo aditivo:

- abertura do Preço Unitário Mensal proposto na licitação para cada tipo de PPV, separando as Despesas Gerais dos gastos relativos a Pessoal;
- manutenção dos preços unitários propostos pelas empresas à época da licitação, para cada cargo da equipe de trabalhadores, recaindo sobre os salários as mesmas taxas de encargos sociais, custo administrativo e remuneração originalmente previstas nos contratos;
- aprovação de novo preço unitário para aluguel de veículos, com motoristas, combustível e manutenção, no valor mensal de Cr\$ 41.064,94, a nível de proposta inicial;
- eliminação dos itens relativos a Despesas Gerais, à exceção do aluguel de veículos, a ser ressarcido pelo preço unitário previsto no item anterior;
- eliminação do custo administrativo e da remuneração incidentes sobre as Despesas Gerais, substituídos por taxa única de 10% a título de custo administrativo;
- pagamento de ISS, PIS e FINSOCIAL em substituição ao item tarifas;
- inclusão de cláusula que garanta ao DNER o direito de licitar ou delegar a administração de novos postos, no interesse da Administração Pública;
- previsão de reajuste contratual com base na variação do INPC, tendo por data base dezembro de 1989;
- aumento do valor global de cada contrato, prevendo as novas condições de negociação e prorrogação do período de vigência do ajuste por mais 360 dias.

Segundo cálculos realizados pelo DNER (peça 34, página 165), a implementação das novas condições de repactuação reduziria, em média, 33% os preços globais mensais de cada Posto de Pesagem de Veículos constantes das propostas das empresas operadoras, referidos à data base de dezembro de 1989.

Neste íterim, foi assinado, em 19/11/1991 e publicado no DOU de 19/12/1991, o 1º Termo Aditivo aos contratos, prevendo, apenas, a prorrogação dos prazos de vigência das avenças por igual período de 360 dias.

As novas bases de renegociação previamente ajustadas entre as partes foram submetidas pela Diretoria de Operações Rodoviárias ao conhecimento do Conselho Administrativo do DNER e aprovados por esta instância colegiada na sessão deliberativa nº 4, do dia 4/2/1992 (peça 18, págs. 23 a 37), a qual autorizou a celebração de 2º Termo Aditivo aos contratos. Os valores foram aprovados pelos seus montantes globais, incluindo preços iniciais e reajustes para todo o período de vigência dos ajustes.

Ao ser formalizado em 16/3/1992, o 2º Termo Aditivo, ressalvada as especificidades do número de cada contrato e dos respectivos valores totais de cada contrato, foi vazado o seguinte texto padrão (peça 30, págs. 28 a 30):

“2) DO FUNDAMENTO LEGAL: O presente Termo tem fundamento legal no art. 50 e art. 55, parágrafo 4º, do decreto-lei nº 2300, de 21.11.86, e na Cláusula V do Contrato PG-053/90-00. Sua formalização foi autorizada pelo Conselho de Administração, conforme consta do Processo Administrativo nº 20100.500932/90-9, em razão do que são introduzidas as seguintes alterações ao mencionado contrato:

3) DO OBJETO:

3.1) **INCLUSÃO DA PARCELA DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS** de Cr\$ 2.336.500.000,00 (dois bilhões, trezentos e trinta e seis milhões e quinhentos mil cruzeiros), permanecendo o valor a Preços Iniciais inalterado, autorizado pelo Conselho de Administração, em Sessão nº 4 datada de 4.2.92.

3.2) **INCLUSÃO DE NOVOS PREÇOS UNITÁRIOS**, para o item transporte, correspondendo ao aluguel de um veículo (com motorista, combustível e manutenção) com valor mensal de Cr\$ 41.069,94 (quarenta e um mil, sessenta e nove cruzeiros e noventa e quatro centavos) autorizado pelo Conselho de Administração, em Sessão nº 4 datada de 4.2.92.

CLÁUSULA PRIMEIRA – ADITAMENTOS/MODIFICAÇÕES: São introduzidos, no contrato original, os seguintes acréscimos, ou aditamentos em complementação ou suplementação, ou modificações às disposições contratuais vigentes:

CLÁUSULA QUINTA – Do valor do contrato – empenho e dotação.

O item (1) DO VALOR passa a vigorar com a seguinte redação:

(1) Do valor: o valor estimado do presente contrato passa a ser de Cr\$ 2.541.916.383,52 (dois bilhões, quinhentos e quarenta e um milhões, novecentos e dezesseis mil, trezentos e oitenta e três cruzeiros e cinquenta e dois centavos), a preços iniciais e Cr\$ 2.414.200.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e quatorze milhões, duzentos mil cruzeiros) como previsão para reajustamento de preços, em decorrência de acréscimo autorizado de Cr\$ 2.432.916.383,52 (dois bilhões, quatrocentos e trinta e dois milhões, novecentos e dezesseis mil, trezentos e oitenta e três cruzeiros e cinquenta e dois centavos) na parcela de preços iniciais e Cr\$ 2.414.200.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e quatorze milhões, duzentos mil cruzeiros) face a inclusão desta quantia na parcela de reajustamento de preços.

O item (2) EMPENHO E DOTAÇÃO, fica acrescido do seguinte:

(2) **EMPENHO E DOTAÇÃO/VINCULAÇÃO DE EMPENHO** – A despesa decorrente do presente Contrato correrá, também, à conta do Crédito Orçamentário do DNER/1992, Verba: 3.4.9.0.39.2426.0001.0100, devidamente empenhada conforme Nota de Empenho nº 00016, no valor de Cr\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de cruzeiros), emitida pelo Sv.Orçamento/DF, em data de 28.1.92, que fica fazendo parte integrante e inseparável do Contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA – PRAZO DE EXECUÇÃO: O prazo de execução dos trabalhos contratados, considerados eventuais prorrogações ou restituições de prazo até esta data, tem seu término previsto para a data de 15.11.92.

CLÁUSULA TERCEIRA – RATIFICAÇÃO: Ficam inteiramente ratificadas, em todos os seus termos, cláusulas e condições, as disposições contratuais originais no que não tiverem sido retificadas, alteradas ou modificadas pelo presente Termo, que fica fazendo parte integrante e inseparável do Contrato.

Com o término de vigência dos contratos, ocorrida em 15/11/1992, o Diretor Geral do DNER, considerando razões de relevante interesse público, sobretudo ante a necessidade de evitar a paralisação de atividades essenciais que poderia comprometer o patrimônio rodoviário e as condições de segurança de tráfego, autorizou a continuidade dos serviços por mais um período de 360 dias, sem

cobertura contratual, conforme Despacho nº 96/92/DCOp/DORo/DNER, até o final de 1993. A decisão do dirigente foi posteriormente ratificada pelo Conselho de Administração do DNER em 14/1/1994 (peça 40, págs 46 e 45).

Conforme depurado nos autos, a deflagração dos procedimentos administrativos que desaguarão nos pagamentos impugnados por esta Corte de Contas teve início em questionamento feito, em 4/2/1993, pelo Sr. Álvaro Lopes Neto, Chefe do Serviço de Pesagem de Veículos da Divisão de Controle Operacional, órgão integrante da Diretoria de Operações Rodoviárias do DNER (peça 15, pág. 43). Àquela ocasião, aquele agente público aventou a possibilidade de os tributos PIS e Finsocial estarem sendo pagos em duplicidade à empresa Diefra Engenharia Ltda., pois a planilha de custos da proposta desta sociedade, mesmo após a celebração do 2º Termo Aditivo, contemplava essas despesas em duas rubricas: uma, na tabela de encargos sociais e outra, no item referente a tributos. A mesma anomalia também fora verificada no contrato da empresa Digital Engenharia Ltda.

A essa indagação assomou-se nova dúvida levantada, em 13/9/1993, pelo então Chefe do Serviço de Pesagem de Veículos, José Eduardo Vaz Albanese (peça 41, págs. 45 a 46), em que aponta a superveniência da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, a qual instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), em substituição ao Finsocial, e estabeleceu nova alíquota para esse tributo e para o PIS. Assim, além dos pagamentos em duplicidade, restava esclarecer se o novo tributo deveria incidir ou não sobre as obrigações tributárias contidas nos contratos em vigor.

As discussões evoluíram para a Procuradoria Geral do DNER, ocasião em que a advogada contratada Adriana Gavazzoni emitiu, em 30/11/1993, o seguinte parecer (peça 15, pág. 55 e peça 16, pág. 1):

*“Interessado: DIEFRA
Assunto: Dúvida sobre aplicação
de tabela de encargos sociais ou
valores da L.C. nº 70/91.*

Vem a exame desta Procuradoria-Geral dúvida suscitada sobre a continuidade da aplicação de pagamento da tabela de encargos sociais no contrato PG-054/90-00, ou a sua substituição pelos valores dispostos na lei complementar nº 70/91.

O contrato em questão foi firmado entre a DIEFRA e esta autarquia em 12/11/90, com base no Edital de licitação nº 45/89. A lei complementar nº 70 só entrou em vigor em 30 de dezembro de 1991. Ora, não há que se falar em alteração dos valores de encargos sociais por causa do advento da lei, os valores pagos até então estão definidos no Edital de licitação nº 45/89, lote VI, “proposta de preços” no item 6.1 (tabelas de encargos sociais):

*“Grupo III
3.3 PIS _____ 0,35
3.5 FINSOCIAL _____ 1,00”*

É sabido por todos que o Edital vincula os contratantes, só sendo modificado por repactuação contratual, que não ocorreu no caso em questão, já que após a edição da sobredita lei não se afigurou nenhum termo aditivo sobre a hipótese.

Diante do exposto, somos pelo cumprimento das condições do contrato PG-054/90, devendo a Diretoria de Operações se cingir ao pagamento do que ali fora pactuado. Não há que se falar em aplicação da lei complementar nº 70/91 para aumento

dos valores de encargos sociais do PG-054/90, pois estar-se-ia violando os termos do edital, ao qual estão vinculados as partes desde o momento da assinatura do contrato. ”

O parecer foi aprovado pelo então Procurador-Geral do DNER, Aristarte Gonçalves Leite Júnior, em 30/11/1993.

Quando o processo administrativo referente aos questionamentos feitos no âmbito do contrato firmado com a empresa Diefra retornou à Diretoria de Operações Rodoviárias, em dezembro de 1993, houve um elastecimento do alcance dado ao parecer emanado pela procuradoria jurídica, com importantes reflexos nos pagamentos ora questionados. O que, a princípio, restringia-se ao ressarcimento pelas empresas Diefra e Digital do pagamento de despesas de PIS e Finsocial em razão de duplicidade nas respectivas planilhas de custo, e à manutenção das alíquotas desses tributos mesmo após a vigência da Lei Complementar nº 70/1991, adquiriu nova dimensão.

Esse momento coincidia com o período final de prestação dos serviços de administração da operação dos Postos de Pesagem de Veículos, oportunidade em que a Divisão de Controle Operacional da Diretoria de Operações Rodoviárias do DNER, após várias revisões de minutas, expediu orientação a todos os distritos rodoviários federais responsáveis pelas fiscalizações desses contratos para reprocessarem as últimas medições das avenças, referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 1993. Valendo-se da compreensão da procuradoria jurídica de que *“o Edital vincula os contratantes, só sendo modificado por repactuação contratual”*, a orientação dada pela Diretoria de Operações Rodoviária foi para que também fossem considerados no reprocessamento dessas medições todos os serviços contemplados em cláusulas contratuais originárias que não foram alteradas pelo 2º Termo Aditivo. Esses serviços abrangiam basicamente, além das despesas de pessoal, os gastos relativos às Despesas Gerais que não haviam sido suprimidas das avenças iniciais pelos termos aditivos.

Nesse sentido, em 14/12/1993, o Sr. Álvaro Lopes Neto, Chefe do Serviço de Controle Operacional, expediu ofícios aos distritos rodoviários federais com idêntico teor ao transcrito abaixo (peça 12, págs. 15 a 16):

“A Procuradoria Geral do DNER, esclarecendo dúvidas formuladas pelo Serviço de Pesagem de Veículos, com relação aos contratos oriundos do Edital nº 54/92” (refere-se, na verdade, ao Edital nº 45/89)”, estabeleceu que as repactuações contratuais somente serão válidas se configuradas em termo aditivo.

Considerando que durante a vigência dos contratos firmados com as empresas operadoras somente foi aditada redução do item “Transporte”, deverão ser considerados para efeito de medição de Outubro/93 todos os demais itens que compõem a propostas de preços apresentadas pelas empresas que operam os Postos de Pesagem de Veículos.

Assim, quando da elaboração da última medição contra apresentação de fatura (outubro/93) da empresa GEPEL CONSULTORIA DE ENGENHARIA LTDA., detentora do PG-057/90, deverão ser adotadas as seguintes providências especificadas no roteiro abaixo:

(...)

Solicitamos urgência no REPROCESSAMENTO decorrente das medições face ao atraso decorrente da consulta formulada à PG/DNER. ”

As últimas medições reprocessadas, alusivas aos meses de outubro, novembro e dezembro de 1993 foram pagas em janeiro e fevereiro de 1994, tendo sido previamente autorizadas, em 3/1/1994, pelo Diretor de Operações Rodoviárias (peça 22, págs. fls. 1/2, 6/7, 10/11).

Posteriormente, o Conselho Administrativo do DNER aprovou os pagamentos em 14/1/1994, uma vez que se tratavam de serviços prestados sem cobertura contratual, cuja continuidade havia sido autorizada pela autarquia, desde novembro de 1992 até outubro de 1993 (peça 16, pág. 38; peça 40, págs. 46/47).

Quanto aos pagamentos em duplicidade dos tributos PIS e FINSOCIAL, há indícios de que os referidos indébitos tenham sido ressarcidos ao DNER, conforme notícia de descontos efetuados nas faturas da empresa Diefra desde 1992 (peça 40, págs. 11 a 23).

Posteriormente, em agosto de 1994, as empresas recorrentes protocolaram novos pedidos de pagamentos complementares alusivos aos gastos com Despesas Gerais (peça 35, págs. 39 a 45), os quais não haviam sido ressarcidos pelo DNER e estavam contemplados nos contratos sem terem sido modificados pelo 2º Termo Aditivo. As diferenças referiam-se aos meses de novembro de 1991 a setembro de 1993.

Ao tramitar inicialmente por diversas instâncias do DNER com pareceres favoráveis, os pedidos das empresas foram indeferidos pelo então Diretor de Operações Rodoviárias do DNER, Sr. Ítalo Mazzoni da Silva, em 25/8/1995. Em seu Despacho denegatório, ao referir-se ao pleito de uma das interessadas - a empresa Digital Engenharia Ltda. -, aquele dirigente expôs os seguintes argumentos:

“(…) Se nos reportamos à resolução do Conselho Administrativo do DNER, aprovada na sessão nº 4 de 04/02/92, acolhendo o constante do Relatório do Diretor de Operações Rodoviárias, de 29/01/92 e compará-la com o 2º termo aditivo ao contrato de operação dos PPV’S a cargo da DIGITAL dela decorrente, podemos constatar que, embora o termo aditivo só explicitasse o novo valor para o item transporte, correspondente ao aluguel de um veículo com motorista, combustível e manutenção (Cr\$ 41.064,94), o valor global do aditivo expressou tudo o que foi pactuado nas reuniões havidas entre o DNER e as Empresas operadoras, consideradas nesse valor as reduções combinadas que, aliás, foi o principal objetivo das reuniões.

Dessa forma os Operadores, a partir da assinatura do 2º termo aditivo passaram a operar as balanças conforme acertado nas reuniões, isto é, com as reduções de custos com as quais concordaram, para não terem os serviços paralisados, por carência de recursos.

Buscava-se, na ocasião das reuniões, diminuir o valor dos contratos, sem prejudicar demasiadamente a eficácia dos serviços, a fim de se manter a operação dos equipamentos ao invés de simplesmente interromper a pesagem de veículos, por falta de recursos.”

A resposta dada pelo Chefe da Divisão de Controle Operacional (DivCop), Sr. Álvaro Lopes Neto, aos questionamentos feitos pelo Diretor de Operações Rodoviárias, Sr. Ítalo Mazzoni da Silva, confirmou o histórico das negociações prévias entabuladas entre as empresas e os dirigentes do DNER. Rememorando os fatos e consultando algumas informações documentadas, o Chefe da DivCop informou, ainda, o seguinte (peça 46, págs. 15/16; parágrafos 52/53):

“4 – Os operadores dos PPV’s após a repactuação procederam as alterações nas equipes, diminuindo-as conforme estabelecido?

R4 – O item ‘pessoal’ foi mantido, não constando da repactuação. Foi eliminado o item ‘despesas gerais’ e as respectivas incidências sobre o mesmo, relativas a ‘remuneração’ e ‘custo administrativo’. A execução das tarefas previstas neste item não foi exigida das

empresas, conforme Telex-Circular nº 05106, de 01.11.91, encaminhado aos Chefes dos Distritos Rodoviários Federais e do ofício nº 33, de 1.11.91, encaminhado à Digital.”

Ressaltou, ainda, o Sr. Ítalo Mazzoni a ausência de vinculação entre os pedidos de ressarcimento feito pelas empresas e o teor do parecer da Advogada contratada pelo DNER, Adriana Gavazzoni, emitido em 30/11/1993 e aprovado pelas instâncias superiores da autarquia. Esse parecer referia-se à manutenção dos percentuais de PIS e FINSOCIAL definidos nos contratos, sem a aplicação das alíquotas definidas pela Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991. Aqueles tratavam de alterações que não teriam sido promovidas pelo 2º Termo Aditivo aos contratos de administração de operação dos postos de pesagem de veículos (peça 46, págs. 6 a 10; parágrafos 20 a 33). Em arremate, o então Diretor de Operações Rodoviárias propôs o levantamento das quantias indevidamente pagas às empresas operadoras para que fossem providenciados os respectivos ressarcimentos.

Diante da denegação dos pedidos e da proposta de cobrança dos valores por elas recebidos, as empresas ingressaram com reclamação ao Diretor Geral do DNER, em 26/9/1995. Estabelecida a controvérsia no âmbito da autarquia, os processos novamente evoluíram por diversas instâncias do DNER. Durante esse trâmite processual, houve outros embates entre a posição contrária defendida pelo então Diretor de Operações Rodoviárias, Sr. Ítalo Mazzoni (peça 10, págs. 33 a 34), pelo Chefe do Serviço de Contabilidade, Sr. Vicente Celestino Paes de Castro (peça 42, págs. 48 e 49) e a posição favorável ao requerimento das empresas operadoras.

Em abono à tese favorável ao direito em que se fundam os pedidos de pagamentos das empresas, o Procurador Pedro Elói Soares emitiu o seguinte parecer jurídico, em 18/3/1996 (peça 12, pág. 29):

“A controvérsia dos autos foi decidida por esta Procuradoria Geral, através do Parecer nº 69/93, da lavra da Ilustre Advogada Contratada Dra. ADRIANA GAVAZZONI, cuja manifestação teve o endosso no então Procurador-Geral, à época, Dr. ARISTARTE GONÇALVES LEITE JÚNIOR.

Portanto, nada mais há para ser acrescentado.

Ademais disso, a própria Divisão de Controle Operacional da DORo, em face do parecer exarado, se pronunciou da seguinte forma, no processo nº 20100.500935/90-8, fls. 303/306, que serve como paradigma:

‘A Procuradoria Geral do DNER, esclarecendo dúvidas formuladas pelo Serviço de Pesagem de Veículos, com relação aos contratos oriundos do Edital nº 54/92, estabeleceu que as repactuações contratuais somente serão válidas se configuradas em termo aditivo.’

É o que tenho a dizer no momento, submetendo a presente manifestação à superior consideração.”

Na mesma data, o Procurador-Geral do DNER, José Roberto Paixão, concordou com o parecer do Procurador Pedro Elói Soares ao pronunciar-se nos seguintes termos (peça 12, pág. 33):

“1- Em razão do que consta dos autos, considerando ainda o pronunciamento do Procurador PEDRO ELÓI SOARES, não vejo como desacolher o pleito dos interessados.”

Finalmente, em 7/8/1996, o Diretor Geral do DNER, Maurício Hasenclever Borges, decidiu a questão ao acolher os pareceres uniformes do Procurador-Geral, Rômulo Fontenelle Morbach, e do Procurador-Chefe da Divisão de Contratos e Atos Jurídico, Sr. Hélio Guimarães (peça 12, págs. 34 a 35). Esse último agente exarou a seguinte opinião:

“Esta PG já se manifestou e esgotou a assunto no presente processo – Contrato PG-053/90-00.

2. O que se pretende é que as faturas anteriores às de outubro de 1993 sejam pagas em conformidade com o contrato, na forma em que são pagas desde aquele mês até a presente data, conforme os cálculos elaborados pelo Eng.º Chefe do Serviço de Pesagem de Veículos.

3. Não se trata, portanto, de pagamento de serviços não executados, conforme a preocupação do Sr. Diretor de Operações Rodoviárias às fls. 17/18. Somente deverão ser pagos os serviços medidos, executados e atestados pelo Setor Competente. No presente caso, verificar o despacho do Chefe do Serviço de Pesagem de Veículos.

4. Daí, não se pode dizer que as faturas anteriores a outubro de 1993 não possam ter o mesmo tratamento, já que desde aquele mês os pagamentos são feitos de acordo com o parecer desta PG e aprovados pela própria Diretoria de Operações Rodoviárias.”

O novo Diretor de Operações Rodoviárias, Jesus de Brito Pinheiro (peça 17, pág. 19), autorizou os pagamentos requeridos pelas empresas operadoras, na forma do parecer da Procuradoria Geral, aprovada pelo Diretor Geral do DNER. Os desembolsos ocorreram em ao final de 1996 e em 1997, à vista da apresentação de notas fiscais-faturas pelas empresas recorrentes (peça 43, págs. 10/11, 15/16, 19/20, 22/23, 24/25 e 26/27).

As notas fiscais relativas aos pagamentos retroativos não foram atestadas pelos chefes dos distritos, o que, a princípio, inviabiliza a averiguação da regular liquidação da despesa, nos termos dos artigos 62 e 63 do Lei 4.320/1964.

De acordo com a Unidade Técnica de origem, foi identificado nos autos exemplo único de medição em que houve o atesto de serviços com a exclusão do item Despesas Gerais pelo 2º Termo Aditivo (peça 43, págs. 4/5). Refere-se à medição dos serviços prestados pela empresa DIEFRA em janeiro de 1992.

A deliberação recorrida considerou, ainda, a existência de dois indícios de que as empresas efetivamente não incorreram em gastos relativos às despesas indiretas, as quais teriam sido assumidas pelo DNER (peça 46, págs. 16/17), quais sejam:

- Telefax nº 88/92, enviado pelo 19º Distrito Rodoviário Federal, por meio do qual encaminha solicitação da empresa Diefra, em 19/3/1992, para que a Diretoria de Operações Rodoviárias autorize o pagamento de serviço que deixou de ser realizado pela contratada a partir da repactuação:

. aquisição de 10 lâmpadas mistas para iluminação do posto – Cr\$ 116.500,00 (Obs.: valor acrescido de 10% de taxa de administração e faturado em março de 1992. A despesa foi autorizada pelo Diretor de Operações em 23.3.1992);

- Telefax nº 5945, de 10/12/1991, endereçado aos chefes do 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 19º Distritos Rodoviários Federais, poucos dias após a repactuação, no qual o Diretor de Operações autoriza a medição de energia elétrica consumida nos postos, mediante comprovação do pagamento à concessionária. Sobre a despesa incidiu taxa de administração de 10%.

IV

Entendimento do Relator

Ao compulsar o conjunto probatório em que se fundamentou a deliberação vergastada, é possível deduzir algumas conclusões.

De fato, houve efetivo concerto de negociações prévias, encetadas entre o DNER e as empresas prestadoras dos serviços de administração, concernente à operação de Postos de Pesagem de Veículos (PPV's), com o nítido objetivo de reduzir as despesas dos contratos oriundos do Edital de Concorrência 45/89 e, assim, evitar o colapso do Plano Diretor de Pesagem do DNER. A autarquia vivenciava à época (outubro de 1991) contexto de restrições orçamentárias, ocasião em que, após transcurso de um ano de vigência dos contratos celebrados em novembro de 1990, verificou distorções dos preços contratuais provocados por critérios inadequados de reajuste de custos.

Premida por essas circunstâncias excepcionais, o DNER determinou, a partir de novembro de 1991, a paralisação parcial dos serviços de pesagem, não mais exigindo das empresas operadoras o faturamento dos serviços atinentes às Despesas Gerais. Na mesma oportunidade, os Chefes dos Distritos Rodoviários Federais foram também orientados a somente realizarem a medição dos gastos com pessoal. Não há evidências nos autos de que essa orientação tenha sido posteriormente revogada.

Em paralelo, as partes, após várias reuniões, concordaram estabelecer as bases de futura repactuação contratual a ser formalizada em Termo Aditivo. Dessas condições pré negociais, destaco os seguintes pontos:

- manutenção dos preços unitários propostos pelas empresas à época da licitação, para cada cargo da equipe de trabalhadores, incidindo sobre os salários as mesmas taxas de encargos sociais, custo administrativo e remuneração originalmente previstas nos contratos;
- aprovação de novo preço unitário para aluguel de veículos, com motoristas, combustível e manutenção, no valor mensal de Cr\$ 41.064,94, a nível de proposta inicial;
- eliminação dos itens relativos a Despesas Gerais, à exceção do aluguel de veículos, a ser ressarcido pelo preço unitário previsto no item anterior;
- eliminação dos percentuais de custo administrativo e de remuneração incidentes sobre as Despesas Gerais, substituídos por taxa única de 10% a título de custo administrativo;
- previsão de reajuste contratual com base na variação do INPC, tendo por data base dezembro de 1989.

De acordo com os cálculos preliminares do DNER, a implantação dessas medidas implicaria redução média de cerca de 33% para a totalidade dos custos unitários mensais de cada Posto de Pesagem de Veículos, referidos a preços iniciais, ou seja, na data base de dezembro de 1989.

Não obstante o Conselho de Administração do DNER tenha tido plena ciência e aprovado essas premissas negociais, conforme Ata da Sessão nº 4, de 4/2/92, tais bases do acordo não foram inteiramente lavradas no 2º Termo Aditivo às avenças. Nesse passo, permito-me, novamente, transcrever o texto padrão do referido instrumento, pela relevância ao esclarecimento da matéria:

“2) DO FUNDAMENTO LEGAL: O presente Termo tem fundamento legal no art. 50 e art. 55, parágrafo 4º, do decreto-lei nº 2300, de 21.11.86, e na Cláusula V do Contrato

PG-053/90-00. Sua formalização foi autorizado pelo Conselho de Administração, conforme consta do Processo Administrativo nº 20100.500932/90-9, em razão do que são introduzidas as seguintes alterações ao mencionado contrato:

3) DO OBJETO:

3.1) INCLUSÃO DA PARCELA DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS de Cr\$ 2.336.500.000,00 (dois bilhões, trezentos e trinta e seis milhões e quinhentos mil cruzeiros), permanecendo o valor a Preços Iniciais inalterado, autorizado pelo Conselho de Administração, em Sessão nº 4 datada de 4.2.92.

3.2) INCLUSÃO DE NOVOS PREÇOS UNITÁRIOS, para o item transporte, correspondendo ao aluguel de um veículo (com motorista, combustível e manutenção) com valor mensal de Cr\$ 41.069,94 (quarenta e um mil, sessenta e nove cruzeiros e noventa e quatro centavos) autorizado pelo Conselho de Administração, em Sessão nº 4 datada de 4.2.92.

CLÁUSULA PRIMEIRA – ADITAMENTOS/MODIFICAÇÕES: São introduzidos, no contrato original, os seguintes acréscimos, ou aditamentos em complementação ou suplementação, ou modificações às disposições contratuais vigentes:

CLÁUSULA QUINTA – Do valor do contrato – empenho e dotação.

O item (1) DO VALOR passa a vigorar com a seguinte redação:

(1) Do valor: o valor estimado do presente contrato passa a ser de Cr\$ 2.541.916.383,52 (dois bilhões, quinhentos e quarenta e um milhões, novecentos e dezesseis mil, trezentos e oitenta e três cruzeiros e cinquenta e dois centavos), a preços iniciais e Cr\$ 2.414.200.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e quatorze milhões, duzentos mil cruzeiros) como previsão para reajustamento de preços, em decorrência de acréscimo autorizado de Cr\$ 2.432.916.383,52 (dois bilhões, quatrocentos e trinta e dois milhões, novecentos e dezesseis mil, trezentos e oitenta e três cruzeiros e cinquenta e dois centavos) na parcela de preços iniciais e Cr\$ 2.414.200.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e quatorze milhões, duzentos mil cruzeiros) face a inclusão desta quantia na parcela de reajustamento de preços.

O item (2) EMPENHO E DOTAÇÃO, fica acrescido do seguinte:

(2) EMPENHO E DOTAÇÃO/VINCULAÇÃO DE EMPENHO – A despesa decorrente do presente Contrato correrá, também, à conta do Crédito Orçamentário do DNER/1992, Verba: 3.4.9.0.39.2426.0001.0100, devidamente empenhada conforme Nota de Empenho nº 00016, no valor de Cr\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de cruzeiros), emitida pelo Sv.Orçamento/DF, em data de 28.1.92, que fica fazendo parte integrante e inseparável do Contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA – PRAZO DE EXECUÇÃO: O prazo de execução dos trabalhos contratados, considerados eventuais prorrogações ou substituições de prazo até esta data, tem seu término previsto para a data de 15.11.92.

CLÁUSULA TERCEIRA – RATIFICAÇÃO: Ficam inteiramente ratificadas, em todos os seus termos, cláusulas e condições, as disposições contratuais originais no que não tiverem sido retificadas, alteradas ou modificadas pelo presente Termo, que fica fazendo parte integrante e inseparável do Contrato.”

(grifei)

Não há dúvidas de que o Termo Aditivo incluiu, apenas, novo preço unitário para o item transporte, correspondente ao aluguel de veículo (com motorista, combustível e manutenção), no valor mensal de Cr\$ 41.069,94, o qual foi aprovado pelo Conselho de Administração do DNER na Sessão nº 4, de 4/2/1992. Porém, o instrumento não estampou de forma expressa as demais condições previamente acordadas entre as partes e aprovadas pelo Conselho Administrativo da autarquia, sobretudo quanto à exclusão do item Despesas Gerais e à previsão de reajuste pelo INPC. Nos estritos

lindes da Cláusula Terceira do Aditivo, por não terem sido modificadas ou retificadas, tais condições originais foram mantidas.

Poder-se-ia questionar o fato de o valor global do termo de aditamento haver contemplado todas as alterações anteriormente negociadas, as quais foram placitadas pela instância máxima do DNER. De fato, as empresas operadoras, em diversas reuniões mantidas com a Diretoria de Operações Rodoviárias do DNER, tiveram plena ciência da necessidade inadiável de reduzir os custos dos contratos sob pena de paralisação total das atividades. Optaram, em comum acordo com a contratante, estabelecer novas bases de repactuação, incluindo a supressão do item Despesas Gerais, às quais manifestaram expresso assentimento, como se depreende das respostas dadas pelas operadoras àquela Diretoria.

Soma-se a isso o fato de as prestadoras de serviço, durante o período de dois anos da celebração do 2º Termo Aditivo, não haverem protocolado qualquer oposição escrita perante o DNER, em que tivessem reclamado a ausência de formalização, no corpo daquele instrumento, das premissas negociais anteriormente consertadas. Diante desse quadro circunstancial, haveria de se considerar válidas as condições preliminares ainda que não reduzidas integralmente a termo. Nessa linha, poderia ser invocada a diretriz da interpretação dos contratos, aplicável subsidiariamente aos enlaces administrativos e consagrada nos arts. 112 e 113 do Código Civil (artigo 85 do CC/1916), segundo a qual, presumida a boa fé dos contratantes, nas declarações de vontade em negócios jurídicos se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Mesmo assim, identifico algumas perplexidades. Primeiro porque é extrema de dúvidas que as empresas operadoras, durante a vigência dos contratos, continuaram obrigadas a manter as condições operacionais e a conservar os Postos de Pesagem de Veículos, para os quais os gastos com o item Despesas Gerais eram imprescindíveis e não foram expressamente suprimidos pelo 2º Termo Aditivo. Por força da Cláusula Terceira do referido aditamento, vincularam as empresas as seguintes condições previstas no Edital de Concorrência nº 45/1989, que formalmente permaneceram inalteradas:

Obrigações da Contratada, previstas no Escopo Básico do anexo I ao Edital de Concorrência 45/1989 (peça 34, págs. 75 a 78)

- *administração (...) e de materiais, considerados de apoio e indispensáveis à boa execução dos serviços (1.1.2);*
- *elaboração e execução de programa anual de manutenção preventiva dos móveis e utensílios instalados no PPV (1.1.6);*
- *elaboração e execução de programa anual de conservação básica dos prédios que compõem cada PPV, inclusive posto de interceptação de fugas (1.1.7);*
- *operação ininterrupta, durante 24 horas por dia, exceto na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, que será objeto de imediata e obrigatória comunicação à fiscalização ((1.6);*
- *adotar os procedimentos necessários à guarda, conservação rotineira dos equipamentos e bens integrantes do PPV (itens 1.9, 1.14).*

Instruções para apresentação da proposta de preços e respectivos formulários, previstas no Anexo nº 06 ao Edital de Concorrência nº 45/1989 (peça 34, págs. 98 a 101)

- *Inclusão no preço unitário de cada tipo de PPV de custos (item 6.11) referentes a:*

(...)

c) *Todo e qualquer material de expediente necessários, inclusive formulários legais;*

d) *Todo e qualquer material de limpeza necessário à conservação diária e rotineira das instalações;*

e) *manutenção preventiva dos móveis, utensílios e equipamentos instalados em cada PPV, exceto dos equipamentos eletro eletrônicos de pesagem, cuja manutenção específica é realizada por empresa especializada. A manutenção incluirá grupo gerador, combustível, óleo lubrificante, eletrobombas, aparelhos de ar condicionado, para-raios e sistemas de aterramento, máquinas de escrever, máquinas de calcular e todos os outros equipamentos considerados indispensáveis para o bom funcionamento do Posto de Pesagem de Veículos;*

f) *Conservação das instalações internas e externas incluindo as instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias. A conservação inclui pintura, áreas verdes, luminárias, inclusive com troca de lâmpadas, análise periódica de potabilidade da água e demais atividades indispensáveis à boa apresentação e funcionalidade do PPV;*

(...)

i) *Gêneros de subsistência e alimentação de pessoal, a critério da empresa;*

j) *material de primeiros socorros, a critério da empresa”*

Dessa forma, mesmo que o valor global da despesa fosse limitado pelo *quantum* definido no 2º Termo Aditivo, as empresas permaneciam juridicamente jungidas a honrar os compromissos contratuais que não foram expressamente modificados, podendo, inclusive, terem sido responsabilizadas à época, por eventuais inadimplementos dessas obrigações. Seguindo esse raciocínio, surgiria ainda outra indagação do ponto de vista estritamente jurídico: supondo que o montante geral dos gastos definido no termo aditivo fosse destinado, apenas, aos dispêndios de pessoal, transporte e às respectivas taxas de custo administrativo e de remuneração, tal qual definido nos acordos prévios, poderia o DNER deixar de ressarcir os gastos efetivamente incorridos pelas empresas sob a rubrica Despesas Gerais se a estas obrigações permaneciam contratualmente vinculadas? Tal questionamento poderia gerar inúmeras demandas perante o Poder Judiciário, podendo ser alegado, inclusive, enriquecimento sem causa por parte da Administração.

A plausibilidade dessa interpretação é reforçada pelo indício de as Despesas Gerais também serem essenciais à manutenção das condições operacionais dos Postos de Pesagem de Veículos. As mesmas obrigações de prestação de serviços definidas no Edital de Concorrência nº 45/89, relativas ao item Despesas Gerais, também foram exigidas em licitação posterior realizada pelo DNER por meio do Edital de Concorrência nº 54/1992. Nesse sentido, ver os documentos: peça 81, páginas 11 a 50 – ver alínea “f” do escopo básico à página 48; peça 82: – previsão de despesas gerais no item 44.7 à pág. 7, Modelo XII – Preços Unitários Mensais das Despesas Gerais à página 31, Modelo XIII, resumo da composição do preço global, à página 32. Assim, admitida a hipótese de supressão da rubrica Despesa Gerais pelo 2º Termo Aditivo, haveria contradição entre as condições e exigências dos referidos editais, os quais destinam-se a regular a prestação de serviços de idêntica natureza.

Discussões à parte sobre o real alcance do 2º Termo Aditivo aos contratos de administração da operação dos PPV's, o fato é que a deliberação vergastada, apesar de reconhecer a falha na formalização do aditamento, assentou a causa do débito na ausência de comprovação dos

gastos efetivamente incorridos pelas empresas operadoras a título de Despesas Gerais, o que exigiria a prévia medição dos serviços e atesto das notas fiscais. Aqui, reside outro ponto que, a meu ver, é imponderável.

Consoante transcrito neste voto, orientação expedida pela Diretoria de Operações Rodoviárias aos Chefes dos Distritos Rodoviários Federais, veiculada pelo Telex 005106, de 1º/11/1991 (peça 20, pág. 5), comunicou a paralisação parcial da prestação dos serviços de administração da operação de Postos de Pesagem de Veículos em razão da falta de recursos, pelo que autorizou, a partir daquele mês, o faturamento e medição, apenas, dos gastos com pessoal. Portanto, antes mesmo da celebração do 2º Termo Aditivo, deixou de ser exigida a verificação dos gastos porventura incorridos pelas contratadas sob a rubrica Despesas Gerais. Segundo depreendo dos autos, não há evidências de que tal medida tenha sido posteriormente revogada durante toda vigência dos contratos.

Na prática, tal orientação teve por reflexo a ausência de lançamento de registro, pelos fiscais dos contratos, dos serviços efetivamente prestados pelas empresas operadoras à conta da rubrica Despesas Gerais, desde novembro de 1991 até o término da administração dos PPV's, ocorrida ao final de 1993. Com efeito, como exemplificam os boletins de medição constantes da peça 67, páginas 51/52; peças 68 a 79, não houve atesto desses serviços simplesmente porque a direção do DNER impôs aos engenheiros residentes que as atividades abrangidas pela Despesa Geral não fossem medidas.

Nesse estágio processual, exigir das empresas operadoras a apresentação de faturas e notas fiscais correspondentes à referida rubrica contratual equivaleria atribuir-lhes a produção de prova materialmente impossível, porquanto a própria Administração contratante vedou a medição desses serviços desde novembro de 1991 até o termo final das avenças. Tanto é assim que o amplo acervo de elementos probatórios posteriormente colacionados aos autos pelas empresas recorrentes, tais como notas fiscais e cópias do Livro Diário de Caixa (peça 82, páginas 33/68; peças 83 a 90, págs 1/19), apresentam-se destituídos de atesto emitido pelos fiscais e de prévia medição, situação essa que inviabiliza a possibilidade de os defendentes demonstrarem o liame causal entre a despesa e o objeto do contrato.

Agrega-se a isso a impossibilidade material da defesa dos recorrentes diante do transcurso de mais de 20 anos desde as datas dos gastos realizados pelas empresas contratadas, inviabilizando a guarda de todos os documentos probatórios e ausência de qualquer elemento probante adicional coligido junto ao DNER. No intuito de contribuir para o esclarecimento dos fatos, as empresas recorrentes diligenciaram o Grupo Executivo de Extinção do DNER a fim de obter os seguintes documentos, sem, no entanto, lograrem sucesso em seus intentos (peça 90, páginas 21/30):

- processos administrativos relativos a eventuais providências para compra e aplicação dos insumos nos Postos de Pesagem à época questionada pelo Tribunal de Contas da União, ou seja, no período compreendido entre novembro de 1991 e dezembro 1993;

- contabilidade do extinto DNER também do mesmo período acima.

Da mesma forma, a Unidade Técnica de origem realizou inspeção no referido Grupo Executivo de Extinção do DNER com o propósito de agregar novas informações e documentos àqueles já disponíveis neste processo, de posse dos quais pudesse sanear as questões debatidas nos autos. Reconheceu também aquela unidade produtiva haver esgotado a possibilidade de obter novos elementos probantes em vista da desorganização documental provocada pela extinção daquela autarquia. Quanto aos gastos supostamente assumidos pelo DNER a título de Despesas Gerais após a sua supressão pelo 2º Termo Aditivo, a deliberação hostilizada valeu-se das poucas informações obtidas pela equipe de fiscalização do Tribunal para identificar apenas dois indícios de que a autarquia teria arcado com os referidos gastos. São eles:

- Telefax nº 88/92, enviado pelo 19º Distrito Rodoviário Federal, por meio do qual encaminha solicitação da empresa Diefra, em 19/3/1992, para que a Diretoria de Operações Rodoviárias autorize o pagamento de serviço que deixou de ser realizado pela contratada a partir do 2º Termo Aditivo, qual seja: aquisição de 10 lâmpadas mistas para iluminação do posto – Cr\$ 116.500,00 (A despesa foi autorizada pelo Diretor de Operações Rodoviárias do DNER em 23.3.1992);

- Telefax nº 5945, de 10/12/1991, endereçado aos chefes do 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 19º Distritos Rodoviários Federais, poucos dias após a repactuação, no qual o Diretor de Operações autoriza a medição de energia elétrica consumida nos postos, mediante comprovação do pagamento à concessionária. Sobre a despesa incidirá taxa de administração de 10%.

A meu ver, tais indícios revelam-se insuficientes para firmar convicção de que as empresas operadoras não tenham assumido os gastos relativos às Despesas Gerais. Ao contrário, indicam que as prestadoras continuavam na administração desses custos, porém deles eram ressarcidas mediante autorização do DNER, o que corrobora as limitações impostas pela autarquia na medição desses serviços.

Com relação ao primeiro indício, a autorização dada pelo Diretor de Operações Rodoviárias ao 19º Distrito Rodoviário Federal, por meio do Telefax nº 88/92 (peça 40, pág. 9) para aquisição de lâmpadas mistas pela empresa Diefra não é prova da assunção de despesas gerais pelo DNER. Na verdade, tal documento comprova que a contratada arcava com as Despesas Gerais, na medida em que menciona pedido de autorização de pagamento ou reembolso de compra de bens por ela realizada, destinada ao funcionamento das instalações do posto de pesagem de veículos;

O segundo indício evidencia que a responsabilidade pelo pagamento de energia elétrica era das empresas contratadas, cuja medição foi autorizada pelo Diretor de Operações via Telefax nº 5945, de 10/12/1991 (peça 43, pág. 2). Ademais, a energia elétrica compunha o item tarifas, mantido pelo 2º Termo Aditivo. Nesse contexto, inserem-se algumas medições ressarcidas às empresas Gepel, Proceplan e Conspel (peça 67, páginas 51/52; peças 68 a 79).

Compulsando os autos também não verifiquei elementos de prova que demonstrem o fato de o DNER haver instaurado procedimentos administrativos para aquisição de bens e serviços destinados aos gastos abrangidos pelo item Despesas Gerais. É bastante provável que a ausência de indícios não seja casual, pois não é crível a hipótese de a autarquia haver provido todas as necessidades materiais para a administração e a operação diárias dos postos de pesagem de veículos. Na verdade, tal premissa seria um contrassenso à própria lógica de delegação dos serviços às empresas contratadas e ao princípio da eficiência, dado que a logística de fornecimento de bens e de gerenciamento diuturno e centralizado da operacionalidade dos postos de pesagem situados em pontos das rodovias federais, em grande parte distantes das sedes dos distritos rodoviários, seria um grande obstáculo para satisfatória prestação dos serviços avençados.

Mesmo diante das limitações de produção de prova da defesa, as empresas recorrentes sustentam haverem assumido os gastos alusivos ao item Despesas Gerais, durante o período em que suas medições foram suprimidas, ao arguirem, ainda, o seguinte:

- a comprovação da efetiva realização de gastos com “Despesas Gerais” nos postos de pesagem de veículos não era propriamente efetuada pela medição da quantidade de bens e serviços, mas pelo regular funcionamento dessas unidades operacionais ante a verificação, pelo DNER, dos níveis de regularidade da prestação dos serviços mediante a emissão de boletins de desempenho;

- Declaração prestada pelo então Chefe do Serviço de Operações Rodoviárias do extinto DNER (peça 80, páginas 4/52, e peça 81), no qual relata que a empresa Proceplan efetivamente arcou com os gastos relacionados à rubrica Despesas Gerais, mas que, em razão de alteração no Sistema de

Medição realizada pela referida autarquia, não era possível lançar tais gastos no período compreendido entre outubro de 1991 e dezembro de 1993.

Em relação ao primeiro argumento, não assiste razão à defesa. A considerar o regime de execução contratual por preços unitários, a verificação da liquidação da despesa não era presumida pelo simples desempenho dos postos de pesagem de veículos. As Disposições Particulares sobre medições, faturamentos e reajustamentos, previstas no anexo nº 2 ao Edital de Concorrência 45/1989 (peça 34, págs. 80 a 82) indicam haver exigência de comprovação de realização de serviços e aquisição de bens pela contratada para medição dos trabalhos avençados, à qual se somam as inspeções periódicas e as avaliações de desempenho dos postos de pesagem de veículos:

- obrigatoriedade de medição dos serviços pelo Engenheiro Residente sob cuja jurisdição esteja localizado o respectivo Posto de Pesagem de Veículos, a serem pagos por meio de faturas mensais, elaboradas pela empresa, à vista dos valores indicados nas medições (item 2.1);

- obrigatoriedade de aposição de “visto” sobre cada fatura pelo Engenheiro Chefe do Distrito Rodoviário Federal (2.2);

- substituição de peça em decorrência de desgaste natural quando da execução preventiva prevista no item 1.1.6 do Anexo nº 1: inclusão na mediação, acompanhada de nota fiscal e da autorização da fiscalização local, contendo a quantidade, o preço e a sua identificação técnica, bem como o código patrimonial do equipamento onde foi instalada (item 2.7);

- realização de 4 inspeções de rotina por mês, atestadas pelo Engenheiro Residente sob cuja jurisdição encontra-se o PPV, os quais deverão ser anexados às medições mensais (item 2.8);

- avaliação de desempenho da empresa administradora da operação do PPV contendo graus de conceitos, emitidos pelo Engº Residente e pela Chefia do Serviço de Engenharia e Segurança de Trânsito, com visto do Engº Chefe do respectivo Distrito Rodoviário Federal (item 2.9).

Quanto ao segundo argumento, o Engenheiro Milton Rattacaso, Superintendente Regional do DNIT em Recife, à época fiscal do Contrato nº PG-052/90, prestou a seguinte declaração solicitada pelo Diretor da empresa Proceplan Ltda., Daniel de Souza Portella:

“Assunto: Contrato PG-052/90 — Empresa PROCEPLAN LTDA. Postos de Pesagem de Veículos

Senhor Diretor,

Reportando-nos à sua Carta DIR/001/2011, constante do processo 50604.000878/20011-85, de 11 de maio de 2011, temos a informar que:

1. Consultando algumas medições do período de 1991 a 1993, cujas cópias seguem em anexo, constatamos que de fato a PROCEPLAN LTDA. responsável pela administração e operação em Posto de Pesagem de Veículos - PPV's, relativo ao Contrato nº PG-052/90 (processo nº 20.100.50934/90-1), sempre efetuou o pagamento das despesas gerais constantes do referido Contrato.

2. No entanto, tendo em vista a mudança de critérios de medição, pactuada verbalmente à época, não foi possível lançar as despesas gerais no sistema.”

Os documentos de medição apontados pelo declarante constam das peças 80, páginas 5/52, e 81, os quais confirmam a supressão dos levantamentos dos serviços abrangidos pela rubrica Despesas Gerais, porém não demonstram o fato de a empresa operadora haver assumido integralmente todos os custos desse item contratual de dispêndios após a celebração do 2º Termo Aditivo.

Provavelmente as mesmas conclusões seriam obtidas se fossem colhidas provas testemunhais, com base em declaração, dos fiscais dos demais contratos.

Conclusão

Após minucioso escrutínio da extensa prova produzida nestes autos, sou levado a crer que não há como este Tribunal aferir a existência, o grau e a extensão do dano que tenha sido provocado aos cofres federais.

Diante das considerações expendidas, é possível que os gastos relativos às Despesas Gerais para os Postos de Pesagem de Veículos tenham sido realizados pelas empresas operadoras, porém não se pode quantificá-los, nem aferir a regularidade das respectivas liquidações de despesa que, aliás, deveriam ter sido feitas à época das prestações dos serviços. De igual forma, não está descartada a hipótese de ocorrência de dano ao erário pois tais dispêndios podem não ter sido executados nos limites máximos de valores previstos nos contratos e respectivos termos aditivos.

Não há como estimar, por meios confiáveis, a existência, o grau e a extensão do débito. Isso por que a restrição imposta pela própria Administração do DNER à medição dos serviços abrangidos pela rubrica Despesas Gerais, dadas as circunstâncias excepcionais havidas em novembro de 1991 e que se protraíram até o término das atividades delegadas de administração dos Postos de Pesagem de Veículos, aliada ao fato de o 2º Termo Aditivo às avenças haver mantido a obrigação contratual de as operadoras honrarem os serviços relativos àqueles gastos, torna duvidosa a plena caracterização do evento danoso.

Aplica-se, aqui, o brocardo jurídico *in dubio pro reo* para declarar a absolvição dos acusados ante a não caracterização plena do evento danoso pois, exaurida a instrução probatória, não subsistem fundamentos de fato e de direito que possam corroborar a condenação imposta pela instância *a quo*. Também não há de se invocar inversão do ônus da prova para, diante ausência da regular comprovação da correta aplicação da despesa pelos increpados, presumir irregulares as respectivas contas especiais. Em sua origem, o caso vertente trata de típica relação contratual entre a Administração e empresa privada e não obrigação de prestação de contas decorrentes de transferências voluntárias da União, a exemplo dos convênios.

Assim, dou provimento aos recursos de reconsideração e, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, julgo regulares com ressalva as contas, expeço-lhes quitação e estendo os mesmos efeitos deste decisório aos demais responsáveis condenados pela instância *a quo* que se encontram em idênticas circunstâncias objetivas.

Comentários adicionais

Por derradeiro, gostaria de acrescentar algumas considerações sobre as condutas dos responsáveis Pedro Elói Soares e José Roberto Paixão.

Na condição respectiva de Procurador e Procurador Geral do extinto DNER, esses agentes exararam pareceres em que consideram lícitos os pleitos das empresas operadoras de serem ressarcidos pelos serviços que não haviam sido derogados das avenças pelo 2º Termo Aditivo. Para tanto, valeram-se de parecer anteriormente emitido pela Advogada contratada pela autarquia, Adriana Gavazzoni, endossada pelo então Procurador Geral, Aristarte Gonçalves Leite Júnior.

Naquela manifestação anterior, analisava-se a superveniência da Lei Complementar nº 70/91, a qual instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e estabeleceu nova alíquota para o PIS. A controvérsia residia em saber se o novo regramento tributário incidia ou não sobre condições dos contratos de prestação de administração da operação dos Postos de Pesagem de Veículos, no caso específico, sobre as obrigações do Contrato PG-054/90-00, firmado com a empresa Diefra Engenharia e Consultoria Ltda. Consoante parecer da Advogada Adriana Gavazzoni, deveriam ser mantidas as cláusulas e condições estabelecidas da avença e vinculadas ao edital de licitação, as quais não tinham sido alteradas por termos aditivos.

Embora o parecer da Advogada padeça de consistência técnica ao não considerar a possibilidade jurídica de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de álea extraordinária, caracterizada pela superveniência de fato príncipe não previsto pelas partes e com impacto nos custos do ajuste negocial, conforme assegurava o artigo 55, inciso II, alínea “d”, do Decreto- Lei 2.300/1987, à época vigente, o fato é que os Procuradores autárquicos Pedro Elói Soares e José Roberto Paixão, em momento posterior, tomaram como premissa a orientação de que “*as repactuações contratuais somente serão válidas se configuradas em termo aditivo*”. Apenas com base nesse pressuposto teórico e sem qualquer vinculação com a situação concreta tratada naquele precedente, esses recorrentes exprimiram opinião estritamente jurídica quanto à manutenção das condições contratuais originalmente avençadas entre o DNER e as empresas operadoras que não tinham sido modificadas pelo 2º Termo Aditivo.

Em princípio, a tese sustentada pelos apelantes não discrepa da doutrina, da jurisprudência e da Lei no exato contexto em que foi proferida: manutenção das condições contratuais não modificadas pelo 2º Termo Aditivo. Por esse motivo, seria de excessivo rigor atribuir-lhes conduta culposa a ensejar punição. Mesmo porque, não havendo erro grosseiro, a opinião por eles emitidas não vinculava instâncias superiores do DNER por ausência de previsão legal de sua obrigatoriedade, o que lhes afasta o pressuposto de punibilidade. Nesse sentido, manifestou-se Pretório Excelso ao apreciar o Mandado de Segurança 24361/DF (Relator Min. Joaquim Barbosa; Plenário; Julgamento: 9/8/2007)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.”

Contudo, ao exararem opinião favorável pedido das empresas, os consultores jurídicos não ressalvaram a necessidade de prévia liquidação das despesas antes da realização dos pagamentos, conforme exige os artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964. Obviamente, tal proceder era de competência

dos setores técnicos encarregados da fiscalização, do atesto e do pagamento das faturas das contratadas. Mesmo assim, a opinião dos procuradores não poderia ter o condão de afastar a obrigação de os demais agentes públicos do DNER avaliarem a efetiva realização dos serviços para a realizarem a contraprestação pecuniária.

Ante o exposto, Voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de novembro de 2014.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator