

VOTO

O presente processo cuida de tomada de contas especial constituída em atendimento ao subitem 9.3 do Acórdão 1.146/2014-Plenário, devido ao indício de superfaturamento identificado no Contrato 0067-EG/2004/0023, cujo escopo abrangia as obras e os serviços de engenharia de construção do novo terminal de passageiros (TPS), dos sistemas de acessos viários, do estacionamento de veículos, do pátio de aeronaves, da segunda pista de pouso e decolagem (PPD), da torre de controle (TWR) e grupamento de navegação aérea (GNA), da seção contra incêndio (SCI), da central de utilidades (CUT) e da elaboração dos projetos executivos do Aeroporto de Vitória.

2. Em 22/12/2004, o aludido ajuste foi celebrado entre a Infraero e o Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon, no valor de R\$ 337.438.781,17 (data-base em setembro/2004). Com o primeiro termo de aditamento, o seu valor passou para R\$ 370.788.484,82, sendo pagos R\$ 135.391.763,29 até a paralisação definitiva da execução da obra, em 30/7/2008, por ato unilateral do consórcio contratado, o que ensejou a rescisão contratual.

3. Considerando tratar-se de processo de elevada complexidade, tenho por pertinente tecer um histórico acerca da atuação do TCU no empreendimento, bem como sobre a quantificação do débito e a identificação dos responsáveis.

4. As obras do Aeroporto de Vitória foram fiscalizadas no âmbito do Fiscobras nos exercícios de 2006 a 2010. Na primeira auditoria, objeto do TC 013.389/2006-0 (em apenso) foram apontados diversos indícios de irregularidade relacionados aos preços contratados e ao caráter restritivo do processo licitatório que deu origem ao Contrato 0067-EG/2004/0023, assim como a deficiências dos projetos básico e executivo.

5. Após uma análise conclusiva da unidade técnica, foi apurado sobrepreço de R\$ 43.946.951,95, em valores históricos, numa amostra que totalizava R\$ 176.598.808,87, ou seja, havia um percentual de 33,13% de sobrepreço na parcela do contrato examinada. Tal fato ensejou a expedição de medida cautelar de retenção dos valores sobre cada pagamento que seria efetuado.

6. No âmbito do Fiscobras/2007, objeto do TC 012.904/2007-9 (em apenso), verificou-se que na celebração do primeiro termo de aditamento ao Contrato 067-EG/2004/0023, que elevou seu valor para R\$ 370.788.484,85, houve ausência de formalização da troca da solução estrutural do TPS, ocorrida em 2006, a qual preconizou o uso de peças pré-moldadas de concreto em vez da concepção original, com concreto moldado **in loco**. Dessa forma, muitos serviços estavam sendo executados sem amparo contratual.

7. Posteriormente, na fiscalização ocorrida em 2008 (TC 016.090/2008-4, apensado ao presente processo), constatou-se o agravamento de tal situação, com pagamentos sendo realizados por “química” e com a extrapolação dos quantitativos originalmente contratados, os quais foram medidos sem a prévia celebração dos termos de aditamento.

8. No voto condutor do Acórdão 1.606/2008-Plenário, o Ministro Raimundo Carreiro, com a lucidez que lhe é peculiar, assim sintetizou a execução do empreendimento:

29. A obra real baseada em um projeto diferente do licitado, inacabado e sem se ter, ainda, a noção exata de seus custos, estava sendo paga de forma irregular, com faturamento de serviços da obra licitada, como constatado pela Unidade Técnica do TCU. Tal prática, conhecida no jargão da engenharia como "química" consiste em realizarem-se pagamentos de serviços novos, sem cobertura contratual, fora do projeto originalmente licitado, utilizando-se para faturamento outros serviços, estes sim, constantes da planilha de preços original, sem a respectiva execução destes últimos, para futura compensação. Trata-se, evidentemente, de irregularidade gravíssima.



9. Assim, não se tinha noção exata de qual seria o objeto que se encontrava em execução, bem como dos custos esperados e do prazo de conclusão do empreendimento.
10. Em 30/7/2008, a execução contratual foi definitivamente paralisada por iniciativa unilateral do consórcio, sob a alegação de que houve o rompimento da segurança jurídica e do equilíbrio econômico-financeiro da avença.
11. No Fiscobras/2009 (TC 011.186/2009-2), diante da paralisação da obra, a auditoria do TCU centrou-se no exame das providências tomadas pela Infraero quanto à solução da situação de paralisação do empreendimento.
12. Em março de 2009, o Contrato TC 0067-EG/2004/0023 foi rescindido de comum acordo entre as partes, o que levou à necessidade de se promover um encontro de contas, baseado em laudo pericial, para apurar os saldos da obra e do contrato. Em junho daquele ano, por meio do Acórdão 1.394/2009-Plenário, este Tribunal determinou à Infraero que não realizasse pagamento decorrente de encontro de contas e não restituísse as garantias citadas no termo de rescisão contratual, até decisão de mérito. Determinou também à estatal que apresentasse relatório técnico indicando expressamente quais serviços ainda restariam ser executados para a conclusão do empreendimento, juntamente com a estimativa dos respectivos custos.
13. A referida perícia técnica foi realizada pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), contratado pela Infraero. Paralelamente, a Polícia Federal periciou as obras, mediante o Laudo 354/2009-INC/DITEC/DPF, produto da Operação "Caixa Preta", documento que se encontra autuado à peça 309 do TC 013.389/2006-0.
14. O Contrato TC 0067-EG/2004/0023 é discutido entre o consórcio e a Infraero no âmbito do Poder Judiciário. Em deliberações anteriores deste Tribunal, foi constatada a existência de quatro processos em curso, a saber: 2008.34.00.024285-2 (ação cautelar de produção antecipada de provas), 2008.34.00.0032993-8 (ação ordinária) e 2008.34.00.034518-9 (ação cautelar inominada incidental), todos na 9ª Vara Federal do Distrito Federal, e 2008.34.00.0035054-7 (ação ordinária), na 16ª Vara Federal do Distrito Federal.
15. Prosseguindo com a contextualização dos fatos, a então Secob-1 produziu instrução de mérito datada de outubro/2011 (peça 44 do TC 013.389/2006-0) propondo a constituição de processo apartado de tomada de contas especial para o ressarcimento do superfaturamento apontado no contrato em tela, com a correspondente citação dos responsáveis.
16. Outrossim, na oportunidade, foi proposto constituir, nos termos do art. 37 da Resolução-TCU 191/2006, apartado para o monitoramento e o acompanhamento do encontro de contas objeto das ações em curso na 9ª e na 16ª Vara de Justiça Federal, mediante a extração de cópias de documentos relacionados ao cálculo de quantidades de serviços, com o fito de acompanhar as ações promovidas pela Infraero para o ressarcimento dos valores pagos indevidamente que foram apontados naquele exame técnico.
17. O citado exame de mérito, realizado no bojo do TC 013.389/2006-0, não chegou a ser apreciado pelo Tribunal, pois, em 2012, foi apresentado pela Infraero termo de acordo preliminar entre a estatal e o consórcio, com vistas à retomada das obras por meio do próprio Contrato 067-EG/2004/0023, ou seja, sem nova licitação, o que foi considerado juridicamente inadequado pelo Ministério Público junto ao TCU em Parecer de 14/9/2012 (TC 013.389/2006-0, peça 53, p. 18 a 27).
18. O **Parquet** especializado concluiu, em síntese, que o acordo em questão se baseava em atos que não encontravam guarida no Direito Público, tais como a suspensão condicional da eficácia da rescisão do Contrato 0067-EG/2004/0023, a qual operou a extinção contratual, e a reativação, igualmente condicional, do mesmo ajuste mediante distrato, instituto de direito privado previsto no art. 472 do Código Civil. No entanto, caso o TCU viesse a assentir à composição proposta, deveria determinar à Infraero que considerasse o expurgo, nos trabalhos de complementação e atualização dos

projetos executivos, dos sobrepreços e inadequações de quantitativos detectados pelo Tribunal na execução do ajuste, bem como as retenções parciais determinadas nos pagamentos que seriam realizados em favor do consórcio.

19. Ante a possibilidade do distrato da rescisão já assinada entre a Infraero e o Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon, prosseguiu-se com a elaboração dos projetos executivos e do orçamento do empreendimento, os quais foram apresentados pela Infraero ao TCU em 10/2/2014, no valor total de R\$ 958.608.547,83. Como a Infraero não havia se manifestado quanto aos valores constantes do orçamento elaborado pelo consórcio, em atendimento ao despacho do relator do feito, a Infraero apresentou o posicionamento da entidade "relativamente ao orçamento apresentado pelo consórcio para retomada das obras", considerando aceitável o limite de R\$ 869.608.547,83.

20. Foi prolatado o Acórdão 1.146/2014-Plenário, que acolheu voto por mim proferido no sentido de acatar o posicionamento do MP/TCU pela impossibilidade da reativação de um contrato que foi extinto. Em virtude do sobrepreço de cerca de R\$ 248 milhões observado no orçamento apresentado para a retomada das obras, o citado **decisum** determinou que a Infraero realizasse novo procedimento licitatório para a conclusão do empreendimento.

21. Em relação ao superfaturamento identificado anteriormente, foi instaurada a presente TCE e determinada a citação solidária dos responsáveis.

22. No que tange à conclusão do Aeroporto de Vitória, a medida adotada pelo Acórdão 1.146/2014-Plenário se demonstrou acertada, tendo em vista que a Infraero realizou, em 20/11/2014, nova licitação por meio do RDC Eletrônico 007/DFLC/SBVT/2014, adjudicando o objeto pelo valor de R\$ 523.500.000,00.

23. Por fim, insta salientar que outras irregularidades identificadas na obra do Aeroporto de Vitória, as quais ensejaram audiências dos responsáveis, foram tratadas no TC 014.560/2008-3, constituído em atendimento ao Acórdão 1.002/2008-Plenário. Naqueles autos, foram analisadas pela Secex/ES as razões de justificativa relacionadas às irregularidades na licitação e na execução das obras que não causaram prejuízo ao erário, o que ensejou a prolação do Acórdão 1.887/2011-Plenário. Dessa forma, a matéria em apreciação trata exclusivamente dos fatos que ensejaram a imputação dos débitos aos responsáveis, objeto desta TCE.

II

24. Ainda antes de adentrar nas manifestações de defesa apresentadas pelos responsáveis, passo a tratar da quantificação do débito, frisando que o Acórdão 1.146/2014-Plenário o imputou a dois grupos de devedores solidários:

a) Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon e Srs. José Roberto Jung Santos, Paulo Dietzsch Neto e Eleuza Terezinha Manzoni dos Santos Lores, que respondem pelo prejuízo de R\$ 7.733.010,80, dividido em diversas datas dos pagamentos das medições, de acordo com a tabela constante da peça 44, p. 49-50, em virtude, respectivamente, do superfaturamento por preços excessivos no Contrato 067-EG/2004/0023, sem aditivos (R\$ 7.026.300,64), e da parcela pertinente paga nos reajustes correspondentes (R\$ 706.710,16); e

b) Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon e Srs. José Roberto Jung Santos e Fernando Morethson Sampaio, pela quantia de R\$ 972.940,98, também dividido nas datas dos pagamentos das medições, conforme tabela constante da peça 44, p. 50, em virtude, respectivamente, do superfaturamento por preços excessivos no 1º termo aditivo ao Contrato 067-EG/2004/0023 (R\$ 811.888,08) e da parcela pertinente paga nos reajustes correspondentes (R\$ 161.052,90).

25. De pronto, percebo que o Acórdão 1.146/2014-Plenário deixou de adotar uma relevante providência, a qual deve ser agora implementada pela Secretaria do TCU. Explico melhor.

26. A unidade técnica, ao quantificar o dano na instrução de peça 44 (p. 14-51), utilizou, essencialmente, os levantamentos de quantidades, qualidade e preços dos serviços executados no aeroporto de Vitória/ES apropriados com base em laudos e relatórios do IPT, do DPF, da Infraero e do próprio TCU, com vistas a definir os saldos da obra e do Contrato 067-EG/2004/0023.

27. No caso do superfaturamento por preços excessivos, matéria de que trata a presente TCE, foram utilizadas como referência todas as análises realizadas pela Secob referentes a preços e, de forma complementar, foram também utilizados os valores de referência obtidos do laudo dos peritos da Polícia Federal.

28. Havia, ainda, outra parcela de dano mais relevante, relacionada aos valores pagos pela Infraero ao consórcio construtor a título de adiantamentos para aquisição de sistemas e equipamentos, glosas e ajustes na quantidade paga para os itens "Mobilização e Desmobilização de Equipamentos e Pessoal" e "Operação e Manutenção de Canteiro de Obra". O exame da então Secob-1 conclui que essas rubricas deveriam ser estornadas, já que os serviços correspondentes não foram executados.

29. Também ocorreu uma terceira espécie de prejuízo ao erário, referente aos custos devidos a erros de projeto e não conformidades ou para refazimento dos serviços em decorrência de não atendimento técnico ou dimensionamento inadequado. A Secob-1 acolheu relatório da própria Infraero para apuração dessa parcela de dano.

30. Em resumo, considerando-se apenas os valores referentes aos problemas de quantidade e qualidade dos serviços executados, a preços de referência, incluindo-se as parcelas adiantadas e os efeitos dos reajustes correlatos, a Infraero seria credora de um montante de R\$ 20.793.762,11 (sem correções monetárias e juros de mora), já considerando o desconto da parcela retida pela estatal de R\$ 508.923,03, conforme itens "a" a "d" a seguir (que totalizam R\$ 21.302.685,14, sem correções, e devem ser reduzidos da retenção), correspondente ao saldo total apurado no encontro de contas - R\$ 29.499.713,89 (sem correções) - reduzido dos montantes apurados para o superfaturamento por preços e reajustes correspondentes - R\$ 8.705.951,78 (sem correções), que serão tratados imediatamente nesta TCE:

a) a quantia de R\$ 21.034.710,80, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculada das datas dos pagamentos das medições até a data da efetiva quitação do débito. De acordo com a tabela a seguir, que deveria ser restituída em virtude, respectivamente, dos adiantamentos realizados pela Infraero para o consórcio decorrentes das encomendas de equipamentos e sistemas especiais, as quais não tiveram seus custos comprovados e não foram entregues à estatal - R\$ 19.637.737,91, e da parcela pertinente paga nos reajustes (R\$ 1.396.972,89);

Medição	Mês	Superfaturamento por quantitativos na medição (adiantamentos) (R\$)	Parcela do reajuste referente ao superfaturamento na medição (ref. quantidades – adiantamentos) (R\$)	Data do Pagamento
1ª	jan/05	5.804.647,34		31/5/2005 (*)
4ª	abr/05	3.492,80		13/5/2005
13ª	jan/06	5.387.289,77	451.562,63	20/2/2006
14ª	fev/06	1.645.794,39	137.950,48	24/3/2006
20ª	ago/06	3.754.670,76	325.045,35	22/9/2006
25ª	jan/07	3.041.842,85	482.414,43	2/1/2008
TOTAIS		19.637.737,91	1.396.972,89	
(*) Como a 1ª medição foi paga em cinco datas diferentes, foi adotada, de forma conservadora, a última data				

b) a quantia de R\$ 9.482.787,93, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculada da data do pagamento da última medição (2/7/2008) até a data da efetiva quitação do débito, deveria ser restituída em virtude de estornos devidos a erros de projeto, dimensionamentos inadequados, não conformidades, necessidade de refazimento ou reforma de serviços e recuperação e movimentação de peças pré-moldadas;

c) a quantia de R\$ 17.116.856,11, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculada da data do pagamento da 26ª medição (25/2/2008) até a data da efetiva quitação do crédito, deveria ser devolvida ao consórcio em virtude do saldo dos serviços realizados e não medidos, a preços de referência; e

d) a quantia de R\$ 7.902.042,51, calculada das datas dos pagamentos das medições até a data da efetiva quitação do débito, de acordo com a tabela a seguir, deveria ser restituída à Infraero, em virtude, respectivamente, da medição de quantitativos a maior durante a execução contratual para compensar serviços executados e não pagos – R\$ 6.855.100,71 e da parcela pertinente paga nos reajustes (R\$ 1.046.941,80).

Medição	Mês	Superfaturamento por quantitativos na medição (R\$)	Parcela do reajuste referente ao superfaturamento na medição (R\$)	Data do Pagamento
1ª	jan/05	39.767,02		31/5/2005 (*)
2ª	fev/05	79.534,04		14/3/2005
3ª	mar/05	79.534,04		14/4/2005
4ª	abr/05	79.534,04		13/5/2005
5ª	mai/05	79.534,04		16/6/2005
14ª	fev/06	138,48	16,59	24/3/2006
16ª	abr/06	13.504,30	1.780,58	31/5/2006
17ª	mai/06	(935.307,48)	(116.854,16)	29/6/2006
18ª	jun/06	162.629,37	21.570,67	19/7/2006
19ª	jul/06	83.619,48	11.051,55	15/9/2006
20ª	ago/06	394.930,39	34.189,49	22/9/2006
21ª	set/06	719.528,78	61.832,64	1/11/2006
22ª	out/06	2.499.715,41	354.281,39	22/12/2006
23ª	nov/06	16.489,87	2.333,21	27/12/2006
24ª	dez/06	23.593,32	4.595,91	22/3/2007
25ª	jan/07	692.464,71	109.819,93	2/1/2008
26ª	fev/07	281.155,47	39.780,69	25/2/2008
27ª	mar/07	90.269,18	12.772,19	25/2/2008
36ª	dez/07	80.357,33	19.477,05	20/3/2008
37ª	jan/08	83.021,41	18.282,73	23/4/2008
38ª	fev/08	1.193.954,10	247.117,42	23/4/2008
39ª	mar/08	163.776,25	35.209,89	16/5/2008
40ª	abr/08	907.934,47	184.604,65	11/6/2008
41ª	mai/2008	25.422,72	5.079,99	2/7/2008
TOTAIS		6.855.100,71	1.046.941,80	

(*) Como a 1ª medição foi paga em cinco datas diferentes, foi adotada, de forma conservadora, a última data

31. Todavia, tendo em vista que a lide entre o Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon e a Infraero estava sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário, conforme ações em curso na 9ª e 16ª Vara da Justiça Federal, a unidade instrutiva considerou oportuno propor, alternativamente à constituição de TCE para o ressarcimento do valor apurado de R\$ 21.034.710,80 (sem descontar a parcela retida), o acompanhamento das providências tomadas pela estatal naqueles litígios para o

ressarcimento dos valores pagos indevidamente, que dizem respeito ao encontro de contas do contrato 067-EG/2004/0023, criando-se para tal fim processo apartado.

32. Ocorre que tal proposta de determinação se perdeu durante toda a tramitação do TC 013.389/2006-0. Observando que há um dano perfeitamente delineado e quantificado com base em laudos periciais, sopesei se seria o caso de determinar a imediata instauração de nova tomada de contas especial, mas creio que tal medida possa ser postergada até a realização de um levantamento da situação atual pela unidade técnica.

33. Cabe, portanto, determinar à Secretaria deste Tribunal a constituição, nos termos do art. 37 da Resolução-TCU 191/2006, de processo apartado para o acompanhamento do encontro de contas objeto das ações em curso na 9ª e na 16ª Vara de Justiça Federal, mediante a extração de cópias de documentos relacionados ao cálculo de quantidades de serviços, com o fito de acompanhar as ações promovidas pela Infraero para o ressarcimento dos valores pagos indevidamente calculados conforme o item II do exame técnico da instrução inserta à peça 44, fls. 14/51, do TC 013.389/2006-0.

34. Caso a unidade técnica constate dessa apuração que existe um dano definitivo e consolidado para a Infraero, deverá submeter ao relator proposta de instauração de outro processo de tomada de contas especial e, conseqüentemente, da citação dos responsáveis.

35. Faço um parêntesis para observar que boa parte do litígio entre as partes na esfera judicial acerca da rescisão do contrato e do respectivo encontro de contas decorre diretamente da forma de condução do empreendimento, sem projeto e com realização de medições por “química”. Indispensável esclarecer que a apuração dos valores referenciados acima demandou a contratação do IPT pela Infraero, que teve de realizar um levantamento de complexidade sem precedentes.

III

36. No que tange às alegações de defesa apresentadas pelo consórcio contratado, julgo que a unidade técnica realizou um exame minudente e irreparável de todas as questões de fato e de direito aduzidas pelo defendente, o qual adoto como razões de decidir, sem prejuízo de realizar um ajuste nas datas de origem do débito e de tecer algumas considerações adicionais.

37. Com efeito, foi acolhido apenas o argumento do consórcio relativo ao uso de brita comercial nos serviços de sub-base ou base com brita graduada simples ou solo-brita, o que proporcionou redução no valor do superfaturamento nos referidos serviços de R\$ 18.912,18 para R\$ 10.052,37. Tal redução impacta apenas o valor do débito oriundo do sobrepreço nos serviços originalmente contratados, visto que tais itens não foram objeto de alteração quantitativa pelo primeiro termo de aditamento contratual.

38. Como consequência, a unidade técnica propôs, em pareceres uníssomos, imputar o débito de R\$ 7.723.919,81, tendo como data de ocorrência o dia 1/9/2004, valor que já computa outra redução oriunda do efeito do reajuste sobre a redução do superfaturamento.

39. Nesse aspecto, o d. representante do MP/TCU propõe adotar como datas de ocorrência dos débitos, as datas dos pagamentos das medições, conforme determinado nos subitens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 1.146/2014-Plenário e consoante constou dos ofícios de citação (peças 27 a 31).

40. Tenho por pertinente o ajuste sugerido pelo **Parquet** e incorporo a redução no valor do superfaturamento integralmente no débito com data de ocorrência mais antiga, procedimento que favorece os responsáveis por proporcionar maior redução no montante atualizado do dano.

41. Friso que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram exauridos em diversas oportunidades em que o consórcio pôde contraditar as análises realizadas pelas unidades técnicas que atuaram no presente processo. Além disso, o valor do dano apurado é corroborado pelo Laudo 354/2009-INC/DITEC/DPF, produzido pelo Instituto de Criminalística da Polícia Federal (peça 309 do TC 013.389/2006-0).

42. Algumas ponderações se fazem necessárias sobre os argumentos do consórcio de que o ordenamento jurídico brasileiro não respaldaria as alterações unilaterais de preços contratuais, pois violaria o direito constitucional do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro e infringiria os princípios da isonomia, da segurança jurídica, da legalidade e da confiança.

43. Como relação à suposta ofensa ao ordenamento jurídico em vigor, aventada pelo defendente, dispõe a Carta Magna que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que nos leva a perquirir se realmente uma decisão condenatória do TCU poderia obrigar o particular a ressarcir o erário em vista de superfaturamento por preços excessivos observado no contrato.

44. Ocorre que um contrato eivado por sobrepreço não é um ato jurídico perfeito, assim entendido como aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos. O mesmo raciocínio é extensivo aos termos de aditamento que introduziram acréscimos nos serviços de custo superestimado.

45. Dentre outras causas elencadas no art. 166 do Código Civil, considera-se nulo o negócio jurídico quando for ilícito o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; e a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. O objeto do negócio jurídico-administrativo é a contratação segundo os preceitos da Lei 8.666/1993. Por isso, o contrato com sobrepreço afigura-se ilícito, na medida em que não se adequa à Lei.

46. Cabia à licitante cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado. Nesse sentido, é oportuno colacionar diversos dispositivos legais que caracterizam como ilícita a contratação pela Administração Pública por preço superior ao de mercado, a começar pela própria Lei 8.666/1993, no caso da fraude prevista no seu art. 96, inciso I.

47. Ademais, contratação por preço superior ao de mercado é tipificada como ato de improbidade administrativa, previsto na Lei 8.429/1992, também aplicável àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;”

48. O ressarcimento integral do dano e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é cominação prevista tanto pela Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, incisos I, II e III) quanto pela Lei Anticorrupção (Lei 12.486/2013, arts. 3º, 6º, §3º, 16, §3º, 19, inciso I, 21, parágrafo único).

49. Continuando com tal abordagem, o art. 4º da Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, considera nulos os atos ou contratos celebrados por entes públicos, nos quais ocorre a compra de bens por preço “superior ao corrente no mercado”, ou com “desobediência a normas legais” ou “regulamentares” (inciso V, alíneas “a” e “b”). Igualmente, a referida ação pode ser interposta contra o agente privado (art. 6º) e a sentença proferida poderá decretar a invalidade do ato impugnado, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele (art. 11).

50. Diante disso, observo que as disposições da Lei Orgânica do TCU, prevendo a condenação do terceiro que contrata com a Administração ao ressarcimento do prejuízo ao erário, estão devidamente harmonizadas com os princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

51. Concluo também que o contrato administrativo ou seus aditamentos com preços superiores aos de mercado estão eivados de vício e não podem ser tidos como um negócio jurídico perfeito, porquanto seu objeto está em dissonância com os preceitos da Lei 8.666/1993.

52. Ressalto ainda que a situação analisada nos autos visa evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa, de forma que a condenação ao ressarcimento do dano, do ponto de vista do Direito Civil, não pode ser considerada propriamente uma sanção.

53. Apesar de o agente privado contratado pela Administração não ter a incumbência direta de gerir os recursos públicos, não se pode olvidar ser o beneficiário final das verbas públicas. Nessa perspectiva, é legítima a inclusão das três empresas constituintes do consórcio como responsáveis solidárias neste processo, na medida em que concorreram para a prática do dano apurado, nos termos da lei, ao deixar de ofertar preços compatíveis com os de mercado.

54. Nos contratos administrativos, a vontade do contratado também é relevante para a formação do negócio jurídico. Apesar de ele se submeter à potestade do Estado no que concerne às cláusulas e às disposições formais do ajuste – a minuta do contrato é parte do edital –, a vontade do contratado se faz plena na decisão de participar da licitação e na oferta da proposta de preço.

55. Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexecutabilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento.

56. Seria medida extremamente injusta deste Tribunal afastar a condenação das construtoras – que de fato foram as grandes beneficiárias dos pagamentos com sobrepreço – e manter a condenação apenas dos demais agentes da Infraero envolvidos, que deram causa ao dano ao erário, mas que dele supostamente não se beneficiaram.

57. Além de iníquo, tal julgamento estaria em expressa dissonância com o § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, o qual determina que o TCU, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

58. Com base nessas considerações, não há autorização legal para afastar a responsabilização do particular que contrata com a Administração e que concorreu ou se beneficiou da prática do ato ilegal, ainda mais em casos como o que ora se examina, em que a injustificada exclusão das construtoras do polo passivo do processo, além de indevida sob o ponto de vista jurídico, implicará, com alta probabilidade, a ineficácia do controle reintegratório deste Tribunal, pois o grande vulto dos débitos imputados provavelmente supera em muito o patrimônio dos agentes públicos envolvidos e, por consequência, e impediria o ressarcimento integral dos danos.

59. Embora a responsabilização dos agentes públicos perante o TCU seja de natureza subjetiva, ou seja, depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano, pondero que a responsabilidade do terceiro contratante, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, tenha contornos diferenciados, se assemelhando a uma culpa presumida. Em sua defesa cabe a discussão de aspectos objetivos da matéria, tais como os preços de mercado ou a ocorrência ou não do dano.

60. Continuando com a linha argumentativa que estava sendo desenvolvida, saliento que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.560, tratou da condenação do particular que

contrata com o Poder Público. O TCU, por meio do Acórdão 45/1999 e da Decisão 469/1999, ordenou a citação solidária dos responsáveis, incluindo a construtora contratada, para que recolhessem aos cofres da União a quantia relativa ao superfaturamento observado no contrato firmado com o TRT da 2ª Região.

61. Depois de pedido de vista, o Ministro Nelson Jobim abriu divergência e afirmou que o TCU poderia determinar ao TRT a anulação do contrato e que haveria a obrigação de a construtora devolver os valores recebidos a maior. Dessa forma, votou pela denegação da ordem.

62. O Presidente do STF, à época, Ministro Maurício Corrêa, afirmou que o TCU, ao examinar a nulidade de contrato, “agiu no estrito cumprimento do que determina a Constituição Federal. Com efeito, se entendêssemos que seria o caso de deferir a segurança, estaríamos inibindo a própria atividade do Tribunal de Contas”. Assim, acompanhou a divergência. Vencido o relator, Ministro Marco Aurélio, o Plenário do STF indeferiu a segurança em sessão de 20/9/2000.

63. Em outro julgado mais recente, o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços.

64. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU.

65. É relevante citar também decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no âmbito do MS 30.924, em que o consórcio contratado para executar obra de usina hidrelétrica buscava a anulação do item 9.4 do Acórdão 2.234/2011 do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o consórcio impetrante e a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. Entre outros pontos, a inicial do **writ** argumentava que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos.

66. O pedido formulado foi denegado pelo relator, que entendeu não haver “dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade”. Ademais, foi reconhecido que o Tribunal de Contas pode determinar a retenção de valores contratados em sede cautelar, conforme o inciso IX do art. 71 da Lei Maior.

67. Quanto à suposta quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, ao contrário do argumento carreado pelo defendente, foi a Administração contratante a parte lesada, e quem se enriqueceu ilicitamente às custas do erário foi o consórcio contratado.

68. Ainda que o art. 37, inciso XXI, da Constituição confira ao particular o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, para que esse direito possa ser exercido, é preciso que os preços ofertados estejam de acordo com os parâmetros de mercado. Não há como conceber que o particular possa ser beneficiário desse direito subjetivo, tendo oferecido valores em desacordo com o critério da economicidade. Entender de forma contrária é admitir, de maneira implícita, a existência de um direito adquirido ao superfaturamento, o que, sem maiores digressões, soa despropositado.

69. Finalizando o presente tópico, considero que o Consórcio Camargo Corrêa – Mendes Júnior – Estacon foi o principal responsável e beneficiário dos pagamentos superfaturados, de forma que julgo irregulares as suas contas e imputo débito solidário às empresas constituintes.

70. Há responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelos atos praticados ao longo da execução do contrato administrativo. A Lei 8.666/1993 estabelece que, permitida a participação de empresas em consórcio, haverá responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na licitação quanto na execução contratual (artigo 33, inciso V).

71. Ficaria muito difícil separar as condutas imputadas a cada empresa, Camargo Corrêa, Mendes Júnior e Estacon, no âmbito do contrato em apreciação, bem como isolar as atividades executadas na obra por cada construtora. As sociedades empresárias atuavam imbricadas no consórcio. Portanto, a responsabilidade deve ser compartilhada.

72. Considero ainda que as empresas integrantes do consórcio devam ser sancionadas com a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, a qual fixo nos valores de R\$ 3.750.000,00, R\$ 3.750.000,00 e R\$ 2.500.000,00, respectivamente, para a Camargo Corrêa, Mendes Júnior e Estacon.

73. Para fins de dosimetria da pena das construtoras, considere que as sanções aplicadas às empresas integrantes do consórcio deveriam totalizar o montante de R\$ 10.000.000,00, o que representa cerca de 60% do valor do débito atualizado, e individualizei as multas conforme as participações de cada empresa no consórcio, nos percentuais de 37,5% (Camargo Corrêa), 37,5% (Mendes Júnior) e 25% (Estacon), conforme instrumento particular de constituição de consórcio (peça 180, fls. 44/49).

IV

74. Início o exame das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis da Infraero, antecipando que acolho a proposta da unidade técnica, ratificada pelo Ministério Público de Contas, de excluir o Sr. Fernando Morethson Sampaio do polo passivo desta TCE.

75. Com efeito, o Sr. Fernando Morethson foi citado apenas devido ao superfaturamento decorrente do 1º aditivo e há indícios de que ele deixou a empresa antes da celebração do referido ajuste. Ademais, a unidade técnica registra que não localizou nos autos nenhum documento ou parecer assinado pelo responsável.

IV.1

76. Quanto ao Sr. Paulo Dietzsch Neto, que ocupava o posto de superintendente de empreendimentos de engenharia à época dos fatos, foi responsabilizado por aprovar o orçamento que balizou a concorrência 004/DAAG/SBVT/2003, elaborado por projetista contratada, aceitando preços excessivos da obra, o que originou o superfaturamento em apuração.

77. A principal alegação do responsável é que sua responsabilização ocorreu exclusivamente com base em ofício da Infraero indicando os responsáveis pelas irregularidades observadas no empreendimento, de forma que as evidências dos autos não estariam em consonância com o preconizado no padrão de auditoria de conformidade do TCU.

78. Aduz também que o orçamento estimativo da contratação foi elaborado pela empresa projetista Figueiredo Ferraz, cujo contrato foi executado e gerido no âmbito da Gerência Regional Leste de Engenharia, no Rio de Janeiro.

79. A SeinfraUrbana, observou que o item 4 do Manual de Gestão de Engenharia, versão novembro de 2002 (p. 76 a 124 da peça 74) atribuía à Superintendência de Empreendimentos de Engenharia a atividade de coordenação e consolidação das atividades de orçamentação.

80. Entendo também que a informação oficial trazida pela Infraero, embora não tenha vindo acompanhada do orçamento com a assinatura do responsável, é um documento público que goza de presunção relativa de veracidade e atribui ao defendente conduta da qual era formalmente incumbido por força de ato normativo da Infraero.

81. Simplesmente não é verossímil a alegação de que o então Superintendente de Empreendimentos de Engenharia da Infraero não tivesse participado da licitação de uma obra de grande vulto da Estatal. Ao contrário, os autos contêm evidências da participação direta do Sr. Paulo Dietzsch no certame.

82. Por exemplo, à peça 6, fls. 51/52, do TC 013.389/2006-0 (em apenso), contém documento IP nº 077/DEEP/2003, de 20/5/2003, de lavra do Sr. Paulo Dietzsch, o qual, com a anuência da Sra. Eleuza Terezinha, submete à Diretoria da Infraero autorização para instauração de procedimento licitatório. Tal documento indica expressamente o volume de recursos envolvidos no empreendimento.

83. O responsável também atuou diretamente na minuta de edital padrão que originou o contrato em questão, contendo cláusulas potencialmente restritivas, conforme se deduz da ata de reunião à peça 55, fls. 44/58, do TC 013.389/2006-0.

84. Portanto, creio que tais evidências, somadas a outros elementos trazidos na instrução da unidade técnica, são suficientes para a responsabilização do Sr. Paulo Dietzsch pelo superfaturamento observado na obra.

85. O fato de o orçamento estimativo da contratação ter sido elaborado por empresa projetista, não elide a responsabilidade do defendente. A aprovação do projeto e, por conseguinte, do orçamento-base da licitação, representa ato de controle fundamental e não pode ser considerado como um ato meramente formal ou chancelatório.

86. O posto ocupado pelo gestor, responsável pela área que coordenava e estabelecia metodologias para a elaboração de orçamentos, é de cunho eminentemente técnico, de sorte que o então superintendente deveria contar com conhecimentos e habilidades que lhe permitissem escolher os analistas mais adequados para avaliar cada orçamento e orientá-los quanto aos aspectos a serem observados e diretrizes a serem seguidas, assim como para revisar os trabalhos que lhe fossem submetidos em maior ou menor grau de minúcia, a depender dos riscos envolvidos em cada etapa da análise.

87. Nesse sentido, a SeinfraUrbana colacionou o item 4.3.1.3 do Manual de Gestão de Engenharia quanto as atribuições do cargo do responsável (p. 118 da peça 74):

“4.3.1.3 Competem à DEEE: elaborar os procedimentos gerenciais relacionados com a atividade de orçamentos; articular-se com os órgãos institucionais ligados à atividade; coordenar as atividades de recuperação de informações; efetuar o tratamento de informações; disponibilizar e efetuar manutenção de banco de dados de informações; desenvolver métodos de estimativas de custos; fornecer apoio técnico aos processo de elaboração de orçamento e de coordenação e consolidação da competência; promover o treinamento do corpo técnico da ENGENHARIA na atividade; e acompanhar o desempenho da atividade e divulgar novos procedimentos que visem a permanente melhoria dos serviços nessa atividade. (...)”

88. Observo que os principais motivos para a ocorrência de superfaturamento por preços excessivos no contrato estão relacionados com falhas metodológicas de cunho geral no orçamento, a exemplo da utilização de percentual de taxa de BDI elevado ou da inobservância das disposições das Leis de Diretrizes Orçamentárias que obrigavam a utilização do Sinapi como referência de custos para as contratações com recursos federais.

89. Por tais motivos, rejeito as alegações de defesa do Sr. Paulo Dietzsch Neto, e o condeno ao pagamento do débito que lhe foi imputado, com os ajustes realizados em função da apreciação das alegações de defesa do consórcio. Considerando a gravidade e repercussão das falhas observadas em sua atuação, bem como o posto ocupado, entendo necessário sancionar o responsável com a multa capitulada no art. 57 da Lei Orgânica do TCU, cujo valor fixo em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

IV.2

90. O Sr. José Roberto Jung Santos foi citado na condição de gerente de empreendimento do Aeroporto de Vitória por ter gerenciado e fiscalizado o contrato com a empresa projetista encarregada de elaborar o orçamento que balizou a Concorrência 004/DAAG/SBVT/2003, permitindo o excesso de preços nos serviços da obra. Além disso, como gestor do Contrato 067-EG/2004/0023, aprovou os preços excessivos dos serviços que foram incluídos pelo primeiro termo de aditamento contratual.

91. Todos os argumentos apresentados do responsável foram examinados de forma adequada pela SeinfraUrbana, que concluiu pela rejeição de suas alegações de defesa, de forma que incorporo o referido exame às minhas razões de decidir.

92. Ante o exposto, julgo irregulares as contas do responsável, e lhe condeno ao pagamento do débito em solidariedade com os demais responsáveis. Com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, aplico multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao Sr. José Roberto Jung Santos.

IV.3

93. Por derradeiro, trato do exame das alegações de defesa da Sra. Eleuza Terezinha Manzoni dos Santos Lores, ex-Diretora de Engenharia da Infraero, que foi citada por homologar a concorrência 004/DAAG/SBVT/2003 e adjudicar o objeto ao vencedor, embora o ganhador do certame tenha formulado proposta comercial contendo sobrepreço nos valores contratuais, o qual provocou superfaturamento contratual.

94. A responsável apresentou também uma série de alegações no sentido de que sua atuação no empreendimento seria meramente gerencial e que a celebração do contrato estaria vinculada a um conjunto anterior de procedimentos estabelecidos em norma interna. Aduz que devido à complexidade da obra não seria possível que realizasse a avaliação do seu orçamento, ainda mais ocupando função de direção responsável por centenas de processos.

95. Também se insurge contra o uso de sistemas referenciais de custos para obter o valor de mercado da obra. Entende que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) em vigor em 2004 não submetia a Infraero à adoção do Sinapi como referencial para balizar os custos de obras de engenharia e que tal regra teria sido incluído em legislação posterior à realização do certame, bem como que a jurisprudência do TCU acerca da matéria teria sido firmada a partir de 2007, sendo vedada a retroação ao ano de 2004.

96. Em atenção a tais alegações, registro desde já que me associo ao exame efetuado pela unidade técnica, incorporando os seus fundamentos às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer alguns comentários adicionais.

97. Gostaria de enfrentar a alegação de que o certame foi elaborado em data anterior à previsão, na LDO, estabelecendo a utilização de preços de sistemas referenciais oficiais para orçamentos de obras.

98. Nesse aspecto, desde a edição da LDO de 2003, o Sinapi tornou-se referência oficial de preços, enquanto o Sicro foi vinculado ao controle dos gastos públicos federais a partir da LDO de 2010. Todavia, muito antes disso, tais sistemas já eram utilizados como balizadores de preços pelo TCU, que começou a utilizar ambos os sistemas no ano de 1999, pois o que norteia a atuação desta Corte de Contas é o princípio da economicidade, que representa, em síntese, a realização de contratações por preços compatíveis com os de mercado. Nesse aspecto, os dois sistemas referenciais são considerados

referências idôneas de preços de mercado e são mantidos por órgãos federais de reconhecida excelência técnica.

99. O Sicro, por exemplo, foi utilizado como referência pelo Tribunal na Decisão Plenária 38/1999, relatada pelo Ministro Humberto Guimarães Souto, para avaliar a compatibilidade de contratações realizadas pelo DNER no exercício de 1997. Auditoria realizada em 1994 no extinto DNER (TC 006.338/1994-1) revelou a utilização do Sicro como referencial de preços de obras rodoviárias, conforme consignado no relatório que fundamentou o Acórdão 20/1996-TCU-Plenário.

100. No caso do Sinapi, a SeinfraUrbana citou a Decisão Plenária 469/1999-Plenário, que julgou processo relativo ao Fórum Trabalhista do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo, ocasião em que esta Corte de Contas utilizou o Sinapi como critério para avaliação da economicidade do empreendimento.

101. Outras decisões exaradas pelo Tribunal, desde então, se valeram de sistemas oficiais de preços como critério de preços de mercado em obras públicas, a exemplo das Decisões 67/2001, 338/2001, 867/2001, 879/2001, todas do Plenário, sendo esta última relativa à obra do Aeroporto de Salvador/BA, empreendimento executado pela própria Infraero.

102. Assim, a alegação da responsável não é procedente, já que o Tribunal vem utilizando rotineiramente o Sinapi e o Sicro como parâmetros oficiais de custos para obras públicas. Conforme jurisprudência do TCU, os sistemas referenciais oficiais da Administração, como todo documento público, gozam de presunção de veracidade e de legitimidade até prova em contrário, ou seja, refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Compete aos responsáveis comprovarem alegações em contrário a partir de elementos fáticos que demonstrem a inadequação ou a necessidade de adequação dos preços extraídos de sistemas de referência.

103. A utilização do Sinapi e de outros sistemas oficiais de custos como parâmetro pelo TCU se afigura dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, autorizados pelo art. 70, **caput**, da Constituição Federal. Eventuais ajustes considerados necessários pelos interessados em contestar os valores ali dispostos, somente são possíveis de serem aceitos mediante justificativas técnicas adequadas e fundamentadas que respaldem a adoção de outros valores, superiores aos apontados nos referidos sistemas, seja pelas peculiaridades da obra ou de seu projeto, seja diante de outras razões técnicas não consideradas no contexto de execução.

104. A respeito dos aspectos subjetivos da conduta da defendente, vejo que esta teve uma atuação pessoal e direta em diversos atos relacionados à licitação e à execução contratual. Após o Sr. José Jung, juntamente com outros integrantes da comissão de licitação, assinar o edital da licitação contendo cláusulas potencialmente restritivas (peça 1, fl. 41, TC 013.389/2006-0), a então Diretora de Engenharia, aprovou o edital de pré-qualificação “em seus aspectos técnicos” (peça 1, fl. 42, TC 013.389/2006-0).

105. A Sra. Eleuza também homologou o resultado da pré-qualificação (peça 6, fl. 54, TC 013.389/2006-0); submeteu à diretoria colegiada da Infraero solicitação para abertura do procedimento licitatório (peça 6, fl. 51, TC 013.389/2006-0); enviou carta ao consórcio, solicitando ajustes nas planilhas apresentadas na licitação e revisão dos preços cotados (peça 55, fl. 12, TC 013.389/2006-0); e, finalmente, foi signatária do contrato em exame (peça 2, fls. 27 e 45, TC 013.389/2006-0).

106. Sobre a alegação de que a assinatura do ajuste em apreciação estaria vinculada aos diversos pareceres técnicos e jurídicos emitidos, considero que o argumento também não merece prosperar, visto que tais pareceres não vinculam o gestor, que tem a obrigação de examinar sua correção, até mesmo para corrigir eventuais disfunções e, portanto, não afasta, por si só, a responsabilidade da autoridade hierarquicamente superior por atos considerados irregulares, conforme o Acórdão 206/2007-Plenário.

107. Principalmente nas situações como a que ora se examina, em que existem falhas recorrentes nos orçamentos estimativos da Infraero, as quais decorrem de premissas inadequadas e do descumprimento da legislação pertinente, seria exigível que os referidos vícios fossem detectados pela responsável, por ocasião da homologação do certame licitatório e da assinatura do contrato decorrente.

108. Vê-se, pois, que a gestora teve, no mínimo, conduta omissiva determinante para a ocorrência de superfaturamento no contrato. Ênfase que não se está a exigir que a então Diretora de Engenharia da Infraero conferisse detalhadamente todos os preços unitários dos contratos e dos respectivos termos aditivos, mas caberia ao administrador um dever geral de supervisão dos seus subordinados, o que definitivamente não foi apropriadamente realizada pelo Sra. Eleuza Terezinha.

109. Assim, considero que a responsável não teve o padrão de conduta exigido para um administrador público, segundo o critério frequentemente adotado por esta Corte de Contas no exame acerca da existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotando como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo, da qual decorre que o agente público deve agir como se estivesse cuidando dos seus próprios negócios, respondendo pelos danos que vier a causar em decorrência de condutas desidiosas ou temerárias.

110. Ao contrário do alegado, o cargo ocupado pela responsável é de natureza eminentemente técnica, de sorte que seu ocupante deveria contar com conhecimentos e habilidades que lhe permitam escolher os servidores mais adequados para avaliar cada projeto, orientá-los quanto aos aspectos a serem observados e diretrizes a serem seguidas, assim como para revisar os trabalhos que lhe sejam submetidos em maior ou menor grau de minúcia, a depender dos riscos envolvidos em cada etapa da análise.

111. Não se pode considerar a atuação da responsável como uma mera formalidade ou como ato de cunho gerencial não passível de punição por parte do Tribunal, uma vez que se destina a manifestar expressa concordância com as análises técnicas precedentes de seus subordinados, os quais o gestor designou para análise (**culpa in eligendo**) e que tinha o dever de supervisionar (**culpa in vigilando**), chancela sem a qual as irregularidades não poderiam ser levadas a cabo.

112. Portanto, não me perfilo à tese de que o superfaturamento observado nos autos seja de responsabilidade somente dos demais responsáveis arrolados, sem nenhuma implicação da Diretora de Engenharia. Até porque existiram falhas que ocorreram de forma reiterada nas áreas incumbidas da orçamentação de obras e da análise das propostas das licitantes, as quais poderiam ser prevenidas em nível de supervisão. Como frisou a SeinfraUrbana, tais falhas foram apontadas diversas vezes pelo TCU, inclusive em outros empreendimentos da Infraero.

113. A Sra. Eleuza Terezinha já foi condenada por superfaturamento em outros contratos de obras aeroportuárias pelo TCU, além de figurar como responsável em uma série de outros processos ainda não apreciados no mérito, demonstrando que o dano na obra do Aeroporto de Vitória não foi um fato isolado de sua gestão.

114. Dessa forma, não cabe à responsável um papel meramente figurativo de referendar atos administrativos, sobretudo eivados de graves irregularidades, bastando, para tal, escudar-se em pareceres favoráveis de instâncias inferiores. Incumbe a essa autoridade exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos, corrigindo, se necessário, as graves lacunas ou omissões eventualmente incorridas por seus subordinados, sobretudo aquelas que ostentem flagrante ilegalidade, como a verificada nestes autos.

115. Consoante o exposto, julgo irregulares as contas Sra. Eleuza Teresinha, em virtude do superfaturamento por preços excessivos imputado à responsável, condenando-a ao pagamento do débito e da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

116. Considero que esta responsável mereça receber sanção pecuniária em patamar superior aos demais gestores da Infraero, por ter maior participação nas irregularidades. Assim, fixo o valor da

multa a ser aplicada no importe de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Adicionalmente, nos termos propostos pela unidade instrutiva, considero graves as infrações cometidas e aplico a penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, estipulada pelo art. 60 da LOTCU, a qual fixo no prazo de 8 (oito) anos.

117. Proponho tal medida sopesando a gravidade das falhas observadas, bem como a consequência das irregularidades imputadas – que impossibilitaram que os cidadãos de Vitória contassem com o Aeroporto em funcionamento.

118. Considero que o vultoso superfaturamento apurado na obra decorra de uma série de decisões que restringiram o caráter competitivo do certame e eliminaram incentivos para que houvesse apresentação de propostas condizentes com o valor de mercado. Cito, as irregularidades apontadas no Acórdão 1.887/2011-Plenário, no qual este Tribunal decidiu rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela responsável em razão dos seguintes fatos:

- a) aprovação do Edital da Fase I da Concorrência Nº 4/DAAG/SBVT/2003, efetuada em 18/9/2003, apesar da negativa de disponibilização do Projeto Básico aos licitantes que participavam da fase de habilitação da Concorrência, o que contrariou o princípio constitucional da publicidade, previsto nos artigos 37, **caput**, da Constituição Federal, e 3º da Lei 8.666/1993, e também as determinações dos artigos 7º, § 2º, I e 40, § 2º, I, da mesma Lei;
- b) aprovação do Edital da Fase I da Concorrência Nº 4/DAAG/SBVT/2003, efetuada em 18/9/2003, apesar da ausência de divulgação dos critérios para a avaliação das propostas técnicas durante a fase de habilitação da Concorrência, conforme omissão no Edital da Fase I, fato que caracteriza desrespeito ao inciso VII do artigo 40 da Lei 8.666/93 e, ainda, configura desvio aos princípios da legalidade e da impessoalidade, dado que fixou que o Edital da Fase II seria confeccionado em um momento em que as empresas habilitadas já seriam conhecidas;
- c) aprovação de Edital da Fase II da Concorrência Nº 4/DAAG/SBVT/2003 sem critérios objetivos e mensuráveis para a avaliação das propostas técnicas de licitação processada sob o tipo "técnica e preço", o que representa desrespeito aos artigos 30, § 8º, 40, inciso VII, 44, **caput** e § 1º, 45, **caput**, e 46, § 3º, da Lei 8.666/1993, e com infração aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes, esculpidos no art. 3º desse mesmo texto legal;
- d) aprovação de Edital da Fase II da Concorrência Nº 4/DAAG/SBVT/2003 com adoção de critério para a fixação da Nota de Preços que criou, na prática, a fixação de um preço mínimo de 10% de desconto sobre o valor orçado, o que, além de ser proibido pelo artigo 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, representou cláusula que frustrou o caráter competitivo do certame e prejudicou a finalidade de se selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, em contrariedade ao artigo 3º, **caput** e inciso I, desse mesmo texto legal;
- e) homologação da Concorrência nº 4/DAAG/SBVT/2003 e adjudicação do objeto ao vencedor, editadas em 21/12/2004, embora o ganhador do certame tenha formulado proposta comercial contendo lista de intenção de futuras subcontractações, em desrespeito ao disposto no artigo 72 da Lei 8.666/1993;
- f) não aplicação das devidas sanções quando da suspensão dos serviços pelo consórcio em 20 de abril de 2007.

119. Em casos análogos, em que foram observadas irregularidades de maior reprovabilidade em procedimentos licitatórios, fica caracterizada grave infração a norma legal, ensejando a inabilitação dos agentes públicos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, decidiu o Tribunal nos Acórdãos Plenários 1672/2014, 360/2015, 338/2008 e 228/2002, por exemplo.

120. Além disso, ganha relevo destacar que irregularidades semelhantes foram observadas por equipes de fiscalização do TCU em diversas outras obras licitadas na gestão da Sra. Eleuza Teresinha, tais como nos aeroportos de Congonhas, Guarulhos (Sistema de Pátios e Pistas e TPS-3), Macapá, Santos Dumont, Goiânia e Florianópolis.

121. Também é oportuno observar que a responsável, na qualidade de Diretora de Engenharia da Infraero, tomou conhecimento de todos os relatórios de auditoria do TCU a tempo de adotar medidas corretivas. Poderia ter ao menos tomado providências no sentido de renegociar os preços da obra em exame, elidindo parcialmente o superfaturamento apurado. Nesse sentido, cito o voto condutor do Acórdão 2.350/2007-Plenário, em que resta caracterizada grave conduta omissiva da responsável e o descumprimento de deliberações do Tribunal pela Diretoria de Engenharia.

122. Na ocasião a gestora foi apenada pelo valor máximo previsto para a multa do art. 58 da LOTCU pelas graves falhas verificadas na licitação da futura construção do TPS-3 do Aeroporto de Guarulhos. Embora, embora a penalidade aplicada tenha sido posteriormente desconstituída pelo provimento do recurso apreciado pelo Acórdão 867/2010-Plenário, do qual eu fui o relator, sou forçado a rever o meu entendimento anterior. Pela pertinência com o objeto ora em exame, transcrevo trecho do voto condutor da primeira decisão:

“8. Deve-se registrar, no entanto, tratar-se de atos de gestão extremamente comprometedores para qualquer administrador público que queira levar adiante obras do porte da que ora se analisa. Além disso, as obras não saíram do papel por total inércia e falta de vontade em sanear os pontos irregulares.

9. Deve ser destacado, ainda, que as irregularidades constatadas nestes autos apontam para elevado prejuízo para o Erário e, principalmente, grande prejuízo para a sociedade brasileira, que necessita com urgência da ampliação do Aeroporto de Guarulhos, se não o mais movimentado do Brasil, atualmente o mais importante.

10. Novamente este Tribunal se depara com um procedimento licitatório irregular, que não conseguiu avançar na condução do certame para escolha da empresa construtora de obra fundamental para o País. Com este empreendimento, somado ao Aeroporto de Vitória, de Corumbá/MS e de Goiânia, todos de minha relatoria, fica comprometido, de forma irreparável o programa de modernização de nossos aeroportos.

11. Certamente, não tivessem ocorrido tantas práticas irregulares, como as ora verificadas, contrárias à Lei de Licitações, à Lei de Responsabilidade Fiscal e, mais grave, à Constituição Federal, injustificáveis, portanto primárias do ponto de vista legal, e levando-se em conta, ainda, o porte da Empresa Pública fiscalizada e também a função da importância do empreendimento, as obras do TPS-3 já poderiam estar em estágio avançado de execução.

12. Vale lembrar que já se passaram dois anos desde a prolação do Acórdão 2.302/2005-TCU-Plenário, que deu ciência ao Corpo Técnico e à então Direção da Infraero, de forma clara, acerca da necessidade de se ajustar o orçamento das obras a serem licitadas, antes de se prosseguir com a licitação do TPS-3.

13. Para que se tenha ideia da clareza da determinação basta que se consulte o item 9.4 do Acórdão mencionado no item anterior.

(...)

15. Há que se declarar, ainda, que não foram cumpridas pela então direção da Infraero, as determinações exaradas pelos Acórdãos 2.302/2005 e 1.616/2006, ambos do Plenário deste Tribunal, agravando ainda mais a situação. Nesse sentido, o Ministério Público junto a esta Corte poderá atuar dentro de sua competência constitucional e legal.” (grifos acrescidos).

123. O voto condutor acima transcrito deixa claro que o TCU alertou ao corpo diretivo da Infraero, em particular à Diretoria de Engenharia, no início da execução do contrato ora em exame, sobre irregularidades de cunho semelhante às examinadas neste processo, em particular sobre os indícios de sobrepreço apontados nos orçamentos da Infraero. Se a Sra. Eleuza tivesse adotado as medidas cabíveis, o superfaturamento agora apontado poderia ter sido elidido.

124. Assim, considera-se configurada a hipótese de aplicação, à responsável, da penalidade de inabilitação para desempenho de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, prevista no art. 60 da LOTCU.

125. A fim de salvaguardar a recomposição ao erário dos recursos desviados, em adição ao encaminhamento proposto pela SeinfraUrbana, considero pertinente solicitar à Advocacia-Geral da União (AGU) o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, com fundamento no art. 61 da Lei 8.443/1992.

V

126. Estando o presente processo incluído em pauta, o procurador constituído do Consórcio Camargo Corrêa/Mendes Júnior/Estacon requereu a exclusão do processo da pauta de julgamento, para que lhe fosse oportunizada a apresentação de trabalho técnico em desenvolvimento, com o objetivo de comprovar, por exemplo, a necessidade de redução do fator de eficiência (peça 185). Assim, solicitou a concessão de um prazo de 60 dias para a conclusão do referido estudo.

127. Indefiro tal solicitação e esclareço ao peticionante que é facultado aos responsáveis e interessados a juntada de documentos novos, com informações complementares, até o término da etapa de instrução do processo, que se dá com a emissão do parecer conclusivo pelo titular da unidade técnica. Por outro lado, concluída a fase de instrução, não cabe mais a juntada de novos elementos de defesa para fins de inovação de teses ou contraposição às conclusões da unidade responsável pelo exame da matéria, exceto na superveniência de fato que altere substancialmente o mérito do feito, sem embargo da possibilidade de a parte fazer distribuir memoriais informativos após a inclusão do processo na pauta de julgamentos.

128. No presente feito, a citação dos responsáveis ocorreu em 2014 e os autos foram tramitados ao meu Gabinete somente em outubro/2017, de forma que o defendente dispôs de mais de 3 anos para juntar todos os elementos de defesa que entendesse pertinentes. Além disso, enfatizo que, no âmbito do processo originador desta tomada de contas especial (TC 013.389/2006-0), o consórcio contratado pôde se manifestar por diversas vezes acerca da regularidade dos preços praticados no Contrato 0067-EG/2004/0023, exercitando regularmente o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Com essas considerações, voto no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de fevereiro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator