TC 009.156/2013-5

Apensos: TC 017.586/2011-9 (REPR) e TC 023.035/2013-7 (SOLI).

Tipo: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade Jurisdicionada: Município de Rio do Campo/SC.

Entidades: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano – SEDU e Caixa Econômica Federal – CEF.

Recorrentes: Valberto Césio May (CPF 674.833.729-15) – R001 – peça 67; Giuseppe Leggi Júnior (CPF 527.682.799-00) e Lepavi Construções Ltda. (CNPJ 73.448.664/0001-91) – R003 – peça 76.

Advogado constituído nos autos: Dirceu Galdino Cardin (OAB/PR 6.875).

Deliberação recorrida: Acórdão 10.913/2016-TCU-2ª Câmara (Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa; peça 49).

Relator a quo: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

Relator ad quem: Ministro Augusto Nardes.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Contratos de repasse. Programa Infraestrutura Urbana – Pro-infra. Obras de drenagem pluvial e pavimentação asfáltica. Inobservância do projeto. Inexecução parcial. Dano à totalidade das obras realizadas. Irregularidade das contas. Débito. Multa. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Não provimento. Manutenção do acórdão recorrido. Ciência.

INTRODUÇÃO

Versam os autos sobre tomada de contas especial resultante da conversão da Representação versada no TC 017.586/2011-9, oferecida pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC, acerca de possíveis irregularidade na execução dos Contratos de Repasse 135.695-47/2001 e 144.562-22/2002, celebrados entre a União, representada pela Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano – SEDU, por intermédio da Caixa Econômica Federal – Caixa, e o Município de Rio do Campo/SC, no âmbito do Programa Infraestrutura Urbana – Pro-Infra.

2. Por meio do Acórdão 10.913/2016-TCU-2ª Câmara (Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa; peça 49), este Tribunal julgou irregulares as contas de Giuseppe Leggi Júnior, Valberto Césio May e Pedro Orlando Muniz, bem como as da Construtora Lepavi Construções Ltda., com a imposição de débito solidário e a aplicação da multa prevista no art. 57 da lei 8.443/1992.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

3. Irresignados, os responsáveis Valberto Césio May, Giuseppe Leggi Júnior e Lepavi Construções Ltda. interpuseram os Recursos de Reconsideração constantes das peças 67 e 76, os quais serão analisados a seguir.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Os exames preliminares de admissibilidade (peças 78, 80 e 81) concluíram pelo conhecimento das peças 67 e 76 como Recursos de Reconsideração, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do Acórdão 10.913/2016-TCU-2ª Câmara (Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa; peça 49) em relação aos recorrentes, propondo também estender o mencionado efeito suspensivo a todos os responsáveis condenados solidariamente. Salienta-se que o Relator **ad quem** submeteu o feito à 2ª Câmara desta Corte, a qual ratificou este encaminhamento conforme se depreende do Acórdão 7087/2017-2ª Câmara (peça 86).

EXAME TÉCNICO

ARGUMENTOS – Valberto Césio May – R001 (peça 67)

5. Depois de fazer um breve histórico processual, o recorrente informa que a matéria teve origem no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e, por intermédio da Decisão n. 1045/2011, aquela esfera determinou o envio da espécie ao TCU, por se tratarem de recursos de ordem federal. Mesmo assim, aduz que o TCE-SC realizou auditoria e concluiu pelas irregularidades na qualidade dos serviços de pavimentação, no quantitativo de serviços realizados, na especificação do projeto licitado, na drenagem da via, na sinalização horizontal e vertical, implicando em alegado dano ao Erário.

6. Argumenta no sentido de que: a) a qualidade dos serviços de pavimentação só pode ser efetivamente mensurada por avalição técnicas e periciais; b) o quantitativo de serviços realizados devem igualmente serem avaliados por orientação pericial; c) na especificação defeituosa do projeto licitado não se apresenta possível de ser aplicada qualquer reprimenda aqueles que não participaram da sua confecção (como é o caso do peticionante; d) a drenagem da via somente foi prevista de forma superficial/pluvial, não envolvendo drenagem profunda; e) a sinalização horizontal e vertical não estava nem originalmente prevista como de responsabilidade do ora consignante.

7. Alega que o primeiro ajuste tinha por objeto a execução de ações de reestruturação urbana, interligação de áreas urbanas e de adequações de vias, ao passo que o segundo visava à implantação, ampliação ou melhoria de obras contempladas no primeiro. Aduz que se traduziram na realização de obras de drenagem pluvial e pavimentação asfáltica na rua Campinas, na localidade de Taiozinho, no município de Rio do Campo. Anota que toda decisão deve ser embasada em elementos fáticos capazes de identificar precisamente a lesão. Afirma que a conclusão deve ser motivada de forma que possibilite às partes conhecerem efetivamente, de forma detalhada, todas as particularidades da matéria, incluindo a precisa identificação do dano causado e a sua quantificação, cabível a cada parte.

8. Argumenta que o TCU à fls. 2 do voto pertinente ao presente feito, aduz que *"não há irregularidade no fato de algumas partes do empreendimento terem sido executadas pela Prefeitura, e de terem sido alocados à obra veículos, equipamentos e mão de obra da municipalidade"*. Afirma que, ainda, se verifica que *"Ao vistoriar as obras, a equipe de fiscalização do TCE/SC registrou que a maior parte do pavimento executado estava em bom estado, com exceção do trecho inicial que apresentava trincas e sinais de colapso, defeitos que a fiscalização atribuiu a uma provável ausência de drenagem profunda"*. Agrega que: *"Acompanho a análise da Unidade Técnica de que não foi possível determinar a causa do dano observado nas obras do Contrato 30/2002. Os trabalhos de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

fiscalização realizados pela equipe do TCE/SC não foram suficientes para especificar falhas na execução da obra".

9. Assevera que, quanto ao recorrente, à p. 4, em suma, não foi realizada qualquer anotação no que toca à execução e fiscalização do pacto, e conclusivamente alinha condenação solidária *"ao pagamento do dano decorrente da inexecução do contrato 26/2002, correspondente à integralidade dos recursos federais repassados ao município para execução do Contrato de Repasse Contrato de Repasse 135.695-47/2001"*. Conclui que, conforme exalçado nos autos, não há que se vingar aplicação de qualquer reprimenda, em face de não explicitada detalhadamente todas as ações ou omissões questionadas, bem como a eventual parcela de ocorrência dos aduzidos danos. Anota que a condenação solidária ora imputada, sem sombra de dúvidas, fere frontalmente disposições consagradas na Carta da República, uma vez que, conforme demonstrado nos autos, ao ora recorrente várias são as razões que justificam não serem passíveis de imputação.

10. Afirma que, para a composição da solidariedade de feito de cunho administrativo, como ocorre no âmbito judicial, necessária à legítima configuração de gerência de recursos públicos. Recorda que o recorrente não se enquadra na condição de agente político, de ordenador primário, portanto não se encontra configurado entre aqueles que se enquadram na titulação passiva desta modalidade de feito. Alega que tampouco existe a figura de agente público do consignante, uma vez que tão somente apareceu como contratado para realização do presente mister. De outro lado, aduz que não consta da instrução quais os documentos que eventualmente poderiam consignar a dita responsabilidade subsidiária ao peticionante, até porque em nenhum documento do processo da obra, se identifica algum laudo de medição assinado pela fiscalização.

11. Questiona qual o grau da lesão, pois a própria Decisão ora recorrida alinha falta de condições para exata precisão de eventual dano, chegando a referir-se conforme acima exemplificado, enquanto *"Ao vistoriar as obras, a equipe de fiscalização do TCESC registrou que a maior parte do pavimento executado estava em bom estado, com exceção do trecho inicial que apresentava trincas e sinais de colapso, defeitos que a fiscalização atribuiu a uma provável ausência de drenagem profunda"* e *"Acompanho a análise da Unidade Técnica de que não foi possível determinar a causa do dano observado nas obras do Contrato 30/2002. Os trabalhos de fiscalização realizados pela equipe do TCE/SC não foram suficientes para especificar falhas na execução da obra"* (pag. 2).

12. Considerando a inexistência de qualquer movimentação no sentido de atribuir ao requerente responsabilização solidária, bem como a existência de execução de serviços pela própria Prefeitura (ao largo da licitação em tablado), condição que expurga qualquer possibilidade de participação do consignante na fiscalização (p. 163 – Relatório TCE/SC), requer a sua exclusão do feito.

13. Ressalta que a função primeira do julgador é a de resolver um litígio, mas a importância de seu mister reside em como o órgão realizará a entrega da prestação jurisdicional. Alega que a motivação das decisões se revela em garantia das partes bem como da própria sociedade. No primeiro caso, afirma que se trata de garantia endoprocessual, como direito das partes de ver suas argumentações devidamente apreciadas pelos magistrados, o que está intimamente ligado ao próprio conteúdo do direito de ação. Cita doutrina de Barbosa Moreira e Nelson Nery Júnior como sustento (p. 26 da peça 67) e anota que o pronunciamento em tela visa a dar efetividade à garantia constitucional da motivação das decisões.

14. Argumenta que, entre outros fatos imprescindíveis, deveria estar anotado nos autos identificação precisa quanto a:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

a) não haver documentos no processo da obra que estratifiquem laudos de medição assinados pela fiscalização;

b) não constar no processo que em Relatório de 28.03.2003, o subscritor enviou mensagem eletrônica ou promoveu entrega pessoal na Prefeitura;

c) do Relatório do TCE-SC enquanto deixa de desenvolver considerações particularizadas de identificação: (i) de que o *"pavimento executado dificilmente resistiria a um período aceitável de vida útil" e que "o projeto apresenta falhas/imperfeições"* (p.161); (ii) por informar que as camadas inferiores do pavimento foram executadas pela Prefeitura Municipal (pp.162 e 163), portanto, ao largo das responsabilidades profissionais do requerente, assim como por confirmar a Corte de Contas que a fiscalização constatou falta de qualidade, e problemas com o meio fio; (iii) de que aquela esfera fiscalizatória de Contas ter afirmado que o projeto não contemplava drenagem profunda (p. 164); (iv) da indicação à p. 165 que, em 26.06.2007, foi realizada inspeção **in loco** e constatou-se que em sua maior parte a obra apresentava bom estado, assim como que a referida inspeção constatou que parte do asfalto apresentava sinal de colapso, mas causado pela ausência de drenagem profunda; (v) de falhas no projeto/ausência de drenagem (p. l66); (vi) de menção na p. 173 de ausência de sistema de drenagem adequado; e (vii) de alegação de constatação de projetos falhos a p. 174.

15. Conclui que não existe possibilidade de vingar, em qualquer feito, seja administrativo ou judicial, a exata composição do dano, com a identificação precisa da participação de cada agente, visando, principalmente, oportunizar o real senso de justiça. Aduz que várias são as suposições que acabaram impondo a penalização do recorrente, inclusive de multa. Em último caso, anota que, se prevalecentes as imputações, ensejam ser atribuídas de acordo com as eventuais ações danosas, de forma individualizadas. Afirma que, se não identificadas, são insubsistentes. Nesse sentido, alega tratar-se de valia à garantia constitucional à motivação das decisões, a qual não se encontra satisfeita nos presentes autos, prejudicando a sua validade, conforme argumentos disposto e seguir desenvolvidos.

16. Assevera que o processo de tomada de contas especial pode ser constituído mediante a constatação de dois pressupostos básicos, quais sejam: a) a ocorrência de ato ilícito de que decorra dano ao erário; e b) para a ocorrência do ilícito tenha agido ou concorrido, ao menos culposamente {com negligência, imprudência ou imperícia), um agente público ou um particular a quem foi atribuído um múnus público. Conclui que o dano ao erário, por si só, não é causa para instauração de TCE. Aduz que não é qualquer dano ao erário causado por terceiro desvinculado da Administração e sem o dever legal de prestar contas que se submete à jurisdição do TCU. Afirma que esse terceiro estará sob a jurisdição do Tribunal se houver contribuído para o dano em conjunto com um daqueles que têm o dever de prestar contas. Não é possível ao Tribunal condenar individualmente o terceiro desvinculado da Administração quando não há participação – culposa, pelo menos – do gestor público.

17. Afirma que a competência desse Tribunal se apresenta em julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Assevera que o peticionante não era responsável por atividades que constituíssem ações de fiscalização e controle típicas de gestor público, nem seu credenciamento tem o poder de transformá-lo em agente público. Aduz que as ações efetivamente não foram desenvolvidas que pudessem oportunizar a sua inclusão nas condições pertinentes às tomadas de contas. Conclui que ao consignante estão ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular deste processo, razões pelas quais deve ser arquivado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

18. Assevera que o contrato de repasse n. 01355695-47 /2001/SEDU/CAIXA, tratou de realização de obras de drenagem pluvial e pavimentação asfáltica no município de Rio do Campo/SC, no valor total de R$ 351.923,04 (sendo R$ 250.000,00 de repasse da União e o restante a título de contrapartida do município). Alega que a concreção se deu por força do contrato n. 26/2002, firmado entre a Prefeitura Municipal de Rio do Campo e a empresa Lepavi Construções Ltda., tendo por objeto a pavimentação asfáltica de 12.932,00m2 na Rua Campinas, localidade de Taiozinho, no município de Rio do Campo/SC.

19. Afirma que se pode constatar que consta em sede de instrução e como motivos impulsionadores do feito a existência de "manifestações técnicas" da lavra institucional. No entanto, não se constata (e não se fez) o chamamento do ora peticionante para participação nos referidos atos. Aduz que se chega a afirmar a ocorrência de intenso desgaste em relação ao tráfego, mas tampouco se analisou os critérios que poderiam ter levado esse desgaste, como o aumento do fluxo de veículo, as condições climáticas, a inexistência da regular e necessária manutenção da estrada, as possíveis modificações das peculiaridades produtivas locais que poderiam exigir mutações de ordem de tráfego, entre muitas outras particularidades. Argumenta que se alega "em rápido exame do pavimento executado", a precariedade da execução, sem tampouco, realizar qualquer perícia necessária, tratando-se tão somente de "vistoria in loco".

20. Pergunta se um rápido exame do pavimento executado é suficiente para impor as penalidades ora vivenciadas. As obras não foram realizadas e não estão em atividade ou indisponíveis. Argumenta que, em caso de dano, está certa a condenação sobre o total. Afirma estar certo que todas as respostas são negativas. Alega que não existe possibilidade amparada pela Carta da República que venha dar legitimidade de condenação, a qualquer título, sem conter inquestionáveis provas, além de que a eventual condenação deve ser precisa (não pode ser vaga), portanto, nos exatos termos da eventual lesão. Conclui que aqueles que têm interesse primordial no desenvolvimento dos feitos inquestionavelmente devem ser chamados para participação/conhecimento nos atos em que podem ser típicos de repercussões pessoais, em especial enquanto de modalidade técnica profissional, sob pena de, principalmente, serem tolhidos em seus direitos de ampla defesa e do contraditório.

21. Antes de prosseguir na análise dos atos de gestão inquinados, registra o prazo de mais de dez anos para o chamamento do subscritor para alegações de defesa acerca do objeto em questão. Aduz que, consoante adiantado, um dos pontos de dissenso da Secretaria de Controle Externo enquanto diz respeito à existência de dano relativo a falhas na execução da espécie, em especial é forçoso concluir que não dispõem os autos de suficiência de elementos que permitam concluir pela ocorrência de inexecução do objeto do convênio, em especial em razão do considerável interstício de tempo desde as obras e a compulsória depreciação pela utilização, tampouco prova a participação do recorrente em fatos típicos de responsabilização.

22. Conclui que a análise do mérito deve considerar especialmente as dificuldades criadas pelo longo decurso de prazo para que se apresente documentos hábeis a refutar os novos elementos apresentados apenas neste momento processual, de modo que não deve prevalecer o entendimento de ser imputado débito, fundada em questões de ordem processual, materializada no comprometimento do exercício da ampla defesa, tendo em vista o interregno de tempo em evidência.

23. Anota que é o princípio estabelecido no art. 5°, inciso LV, da CF, segundo o qual *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*. Alega que Vicente Greco Filho sintetiza esse princípio de maneira bem prática e simples: *"O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável." Afirma que converge na espécie serem chamados os interessados para, no tempo hábil, utilizarem-se das prerrogativas de defesa, de contrariedade das provas produzidas, convergindo os feitos administrativos ou judiciais no caso de desatendimento das premissas, serem considerados nulos.

24. Argumenta que tudo foi feito **inaudita altera pars**, pois encontrou-se um processo acabado, sem que pudesse ter sido ouvido e ter exercido o seu direito de defesa na época oportuna. Afirma que houve ofensa à garantia do devido processo legal, também aplicado aos processos administrativos, e ao princípio do contraditório, inscritos no art. 5°, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Verifica que não se pode caracterizar que os serviços do peticionante não foram executados em conformidade com as suas prerrogativas profissionais, dando margem ao largo dos projetos e as especificações apresentadas pela Prefeitura.

25. Agrega que as irregularidades constatadas não expressam serem peculiar ao material ou ao solo, às condições de tempo ou climáticas, como também às condições de tráfego ou desenvolvimento regional e a existência de caso fortuito ou força maior. Acrescenta que deixou imbuir o TCE-SC, ou a Prefeitura, que tenha havido erro de projeto. Anota que os analistas nem ao menos fizeram ensaios técnicos de análise de solo para concluir que o material era inadequado nem se utilizou de método técnico para se chegar à conclusão de que a compactação foi inadequada. Conclui que não se trata de condições fáticas para visitas e avaliações visuais.

26. Argumenta que, no dia 28 de março de 2003, o subscritor, em cumprimento ao seu mister, manifestou-se por meio da carta cujo conteúdo está transcrito à p. 13 da peça 67. Alega que, em nenhum momento é possível verificar homenagem, ou ao menos menção, quanto ao posicionamento em tablado, o qual, naquele momento, expressou a necessidade de paralisação dos serviços para regularização das pendências descritas.

27. Afirma que identificam os analistas da Corte de Contas do Estado de Santa Catarina a perfeição da justificativa de preço tendo como pressuposto de que os referenciais que embasaram o gestor dizem respeito ao objeto do contrato. Ademais, assevera que, entre os vários aspectos que embasam o presente recurso, a impossibilidade de entendimento que venha definir, tampouco, lesões, prejuízos, bem como desvio de valores pela prática adotada comprovada ao peticionante. Anota que, como exalçado mediante a implícita motivação de decidir o princípio constitucional da economicidade em nenhum momento restou desconfigurado pelo recorrente. Alega que a administração formatou o processo licitatório, contratou e entendeu por repassar as verbas aos credores, cujas operações se demonstraram todas ao largo das ações do consignante.

28. Assevera que a economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Aduz que não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos, pois a economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão e gasto dos recursos públicos. Afirma que toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. Agrega que se conjugar a aplicação do princípio da razoabilidade, quando está efetivamente caracterizada a legitimidade para a realização da despesa; quando a despesa é promovida em sintonia com o interesse comunitário; e quando existem, mesmo que temporariamente, alguns procedimentos que vem, na prática, a trazer benefícios à pública administração, notadamente pelo seu caráter social que representa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

29. Argumenta que careceu a instrução de motivação para dosagem e aplicação da conclusão, cuja condição, por si, dificulta inclusive a utilização do princípio do contraditório e da ampla defesa. Recorda que:

a) não haver documentos no processo da obra que estratifiquem laudos de medição assinados pela fiscalização;

b) não constar no processo que em Relatório de 28.03.2003, o subscritor enviou mensagem eletrônica ou promoveu entrega pessoal na Prefeitura;

c) que o Relatório do TCE-SC deixa de desenvolver considerações particularizadas de identificação: (i) de que o *"pavimento executado dificilmente resistiria a um período aceitável de vida útil"* e que *"o projeto apresenta falhas/imperfeições"* (p. 161); (ii) por informar que as camadas inferiores do pavimento foram executadas pela Prefeitura Municipal (pp.162 e 163), portanto, ao largo das responsabilidades profissionais do requerente, assim como por confirmar a Corte de Contas que a fiscalização constatou falta de qualidade, e problemas com o meio fio; (iii) de que aquela esfera fiscalizatória de Contas ter afirmado que o profeta não contemplava drenagem profunda (p. l64); (iv) da indicação a p. 165 que, em 26.06.2007, foi realizada inspeção **in loco** e constatou-se que em sua maior parte a obra apresentava bom estado, assim como que a referida inspeção constatou que parte do asfalto apresentava sinal de colapso, mas causado pela ausência de drenagem profunda; (v) de falhas no projeto/ausência de drenagem (p.166); (vi) de menção na p. 173 de ausência de sistema de drenagem adequado; e (vii) de alegação de constatação de projetos falhos (p. 174).

30. Ressalta que o interessado formatou junto à Prefeitura Municipal de Rio do Campo cópias de todos os documentos de sua lavra junto ao processo de Tomada de Contas em trâmite local, cuja resposta foi no sentido de existência de somente 02 (duas) ART's (documentos constantes dos autos). Alega que a questão da lesividade, bravamente exposta pelo nobre Jurista Hely Lopes Meirelles, é definida como "todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário público ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade ..." Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. Malheiros Editores Ltda., 15ª Edição, pp. 88 e 89, São Paulo, 1994). Contudo, afirma que é necessário para configuração da lesão, prova inconteste, o que não se vislumbra **in casu**.

31. Assevera que, quanto ao contrato de repasse n. 144562-22/2002/SEDU/CAIXA, consta a anotação de débito de 10% do valor contratual dos serviços executados no valor de R$ 17.966,75, cujo objeto trata de realização de obras de drenagem pluvial e pavimentação asfáltica no município de Rio do Campo/SC, no valor total de R$ 180.757,47 (sendo R$ 150.000,00 de repasse da União e o restante a título de contrapartida do município), foi efetivado mediante o contrato n. 30/2002, firmado entre a Prefeitura Municipal de Rio do Campo e a empresa Lepavi Construções Ltda. Afirma que este é sequência do primeiro.

32. Aduz que, sobre a espécie, constata-se do Relatório de auditoria do TCE-SC:

> *"27. Segundo os técnicos do TCE-SC que efetuaram vistoria e avaliação das obras da Prefeitura de Rio do Campo, o pavimento executado, na época, já apresentava problemas, verbis: Em 26/06/2007, a equipe de auditoria, acompanhada pelo Sr. Jair Luiz Muller, da Prefeitura Municipal de Rio do Campo, fez inspeção 'in loco' na referida obra, onde foi constatada que o pavimento executado (fotos 11 a 16 às fls. 156 a 158) em sua maior parte apresenta-se em bom estado. Não foi possível à equipe de auditoria verificar as espessuras de camadas do pavimento realmente executadas. Conforme mostra a foto 14 à fl. 157, em um segmento com a seção em corte, no lado esquerdo, sentido sul-norte, encontra-se bastante*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

trincado em claro sinal de colapso, causado provavelmente pela ausência de drenagem profunda."

33. Agrega que a comissão que realizou a tomada de contas especial no Município de Rio do Campo afirmou, verbis:

"Portanto as poucas falhas ou imprecisões existentes foram causadas no momento da execução da obra e não por falha ou imprecisões do projeto, o que, neste passo, não retira a responsabilidade dos executores da obra."

"E, em relação ao Contrato n. 30/2002, onde, igualmente desde logo a sua conclusão apresentou defeitos em parte do pavimento, restando comprometida e por isso considerada inexecutada um total de l0% da obra."

"CONCLUSÃO QUANTO A RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO
Por todo o exposto, conclui-se pela:
a) responsabilidade direta da empresa LEPA VI;
b) responsabilidade solidária do engenheiro responsável pela execução da obra, na pessoa de Giuseppe Leggi Junior;
c) responsabilidade solidária do Fiscal da Obra do Município de Rio do Campo, Valberto Césio May; e,
d) responsabilidade subsidiária do Prefeito à época, Pedro Orlando Muniz."

34. Alega que, do Relatório do TCE-SC, pode observar-se:

"Quanto ao segundo Contrato, a mesma comissão concluiu que há um pequeno trecho que estaria comprometido e, portanto, considerou-se inexecutado um total de 10% da obra, fixando-se o dano em R$ 17.966,75, a preços de novembro de 2002 (comprovantes de pagamento nos autos, fls. 132 a 141), com os mesmos Responsáveis. Exceto pela responsabilização subsidiária do então Prefeito Municipal (que será detalhada no item 2.2.4 deste Relatório}, esta Diretoria, por meio do Relatório nº 182/ 2010, acatou as conclusões da citada Comissão."

35. Assevera que, efetivamente, suposições não cabem. Menciona que a Corte de Contas expressamente menciona na p. 9 do Relatório da Secretaria de Controle Interno que *"em que pese não ter havido controle tecnológico e as devidas inspeções com topografia e demais elementos necessários à fiscalização, apresenta-se em boas condições"*. E mais, *"as poucas falhas ou imprecisões existentes foram causadas no momento da execução da obra e não por falha ou imprecisões do profeto, o que, neste passo, não retira a responsabilidade dos executores da obra."*

36. Argumenta que não se pode impor ressarcimento sem o efetivo controle tecnológico e inspeções de topografia, em especial, enquanto de um lado se verifica que se encontra a melhoria em boas condições, e a visualização se dá há vários anos após a conclusão. Alega que, no presente caso, ao consignar improcedência de instrução quanto a adoção e a conclusão de irregularidades, reitera o recorrente todas as alegações constantes do item anterior. Acrescenta que tampouco se observa da instrução se o valor decorrente do percentual de 10% em tablado, se refere ao valor da União ou da contrapartida municipal, o que trouxe, desde o início, subjetividade e inconsistência à conclusão do feito.

37. Conclui que descabe, pois, quanto ao Contrato n. º 30/2002, registros de danos, aduzindo-se aleatoriamente que desde logo a sua conclusão apresentou defeitos em parte do pavimento, restando

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

comprometida e por isso considerada inexecutada um total de 10% da obra. Aduz que, neste caso, em igualdade ao item anterior, não existe outra alternativa a ser declarada a improcedência de qualquer responsabilização, mesmo que de forma parcial.

38. Assevera que, em sintonia com a ordem Constitucional e Legal Pátria, igualmente, é necessário evidenciar que na prática em tela não se vislumbrou má-fé, restando, em sentido oposto, serenamente clarificada a boa-fé, estando esta devidamente caracterizada enquanto os formatos do contrato e dos fatos e a posição do requerente no feito. Cita doutrina de Plácido de Silva sobre a boa-fé e o dolo como sustento (pp. 19-20 da peça 67). Cita também o prejulgado nº 1393 do TCE/SC como sustento (p. 20 da peça 67).

39. Afirma que, na imputação elencada, o dolo ocupa um papel fundamental na sua avaliação, do direito e da responsabilidade, tendo em vista o grau da consequência ocasionada. Aduz que a intenção do agente no exercício da função que lhe foi peculiar tem peso substancial no grau da ilicitude apurada. Verifica que não houve a presença do dolo, ou seja, a vontade de produzir o prejuízo ao erário coletivo, até porque, em determinado momento, o subscritor alertou a administração quanto a necessidade de paralisação das obras, ou não produziu as formalizações que pudessem endossar pagamentos irregulares.

40. Anota que, para melhor elucidar a ausência de qualquer ato que pudesse macular os princípios constitucionais da Administração Pública, reporta-se à jurisprudência que estabelece a presença do dolo, como elemento fundamental na caracterização de qualquer infração que vise o prejuízo. Desta forma, cita precedentes do TJ/SP (p. 21 da peça 67). Cita também doutrina de Antônio Tito Costa sobre o desvio e aplicação indevida de verbas públicas como sustento (pp. 21-22 da peça 67). Diante do exposto, conclui que é vertente estar descaracterizada a hipótese de qualquer ação do subscritor que possa atribuir prejuízos aos cofres públicos, bem como qualquer indício que possa vislumbrar má fé quanto ao fazimento do feito em comento.

41. Acrescenta que, nesse contexto, à espécie se configura base de aplicação da isonomia e da igualdade de tratamento. Argumenta que se trata de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalências de direitos. Afirma que obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia. Aduz que a isonomia fática é o grau mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura de direito. Cita doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre isonomia e de José Afonso da Silva sobre o princípio da impessoalidade como sustento (pp. 22-23 da peça 67). Cita, ainda, o Prejulgado 0731 (p. 23 da peça 67).

42. Conclui que, em atenção aos direitos e garantias constitucionais, consagrados pelo artigo 5º da Carta Magna, que elegem a igualdade, ainda no mérito é devido ao objeto em foco o mesmo tratamento dispensado aos técnicos fiscais da CEF, que detêm situação semelhante na sua essência.

43. Assevera que, por intermédio da instrução dos feitos administrativos, como o em condão, importante salientar que a Prefeitura, conforme prerrogativa estabelecida à Administração Pública, tem em sua estrutura esfera técnica que oportuniza a instrução dos processos. Com efeito, aduz que não teve a oportunidade de promover a especificação técnica, tampouco decidir sobre a existência, ou não, de motivação acerca da pactuação original ou da deflagração inicial das relações jurídicas.

44. Afirma que não vislumbrou elencado entre os encargos do recorrente a autonomia de decisão prefacial, desde a deflagração do feito administrativo (interesse público) até a sua conclusão de impingir novos paradigmas acerca da especificação técnica ou da modalidade formal empregada, mas tão somente, aliado à apreciação da satisfação do objeto nos termos desejados pela Administração,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

sistematizar os comandos administrativos para conclusão das obrigações jurídicas decorrentes, conforme claramente percebido.

45. Afirma que isto se dá em face de que não se apresentou entre as funções do subscritor amoldar as pecas nos termos da necessidade administrativa, visto que a especificação e a execução de qualquer ajuste já vigente depende de juízos anteriormente especificados. Alega ser inquestionável a impossibilidade de embutir ao recorrente qualquer registro que pese sobre a formatação das necessidades públicas, ou as especificações de ordem formal constantes do feito, cujas atribuições foram de iniciativa e discricionariedade de outros órgãos, então integrantes da Administração.

46. Cita doutrina de Humberto Ávila sobre o princípio da proporcionalidade (p. 24 da peça 67). Anota que a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Alega que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nasceram como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados. Aduz que, a partir de então, os Estados não poderiam mais fazer simplesmente o que lhes aprouvesse, mas - e isso é o núcleo dessa compreensão - o que fosse aceitável como de boa razão e justa medida. Afirma que, na aplicação dos normativos constitucionais ao fato concreto, observa-se que os valores contidos na Constituição podem conflitar-se entre si, caso sejam considerados individualmente. Argumenta que, com a proposta de ponderar tais valores, Luís Roberto Barroso sugere a aplicação de instrumentos de interpretação constitucional como premissas conceituais, metodológicas, ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

47. Assevera que esses instrumentos, qualificados como princípios instrumentais, não se encontram expressos no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência, como: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade ou da proporcionalidade e efetividade. Anota que a razoabilidade serve como instrumento de valoração do fato concreto em relação ao direito a ser aplicado. Contudo, agrega que a razoabilidade sugere como um princípio constitucional que servia de parâmetro para revisão judicial. Cita doutrinas de Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a razoabilidade como sustento (pp. 25-26 da peça 67).

48. Argumenta que o princípio da proporcionalidade tem por finalidade a solução de colisões entre direitos fundamentais. Sempre que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, restringir outro direito fundamental, a proporcionalidade deve ser empregada como regra de interpretação e aplicação do direito. Alega que a aplicação da proporcionalidade na análise da colisão entre direitos fundamentais ou princípios, porém, não implica na exclusão de um dos direitos envolvidos do ordenamento jurídico. Afirma que, ao contrário das regras, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância e são suscetíveis de relativização, deixando de ser consagrados plenamente em determinado caso e o sendo em outro. Dessa forma, conclui que, enquanto o ordenamento não tolera a antinomia de regras, devendo uma, ou ambas, ser eliminada em caso de conflito, a colisão de princípios não enseja qualquer mácula no sistema jurídico.

49. Conclui que, na aplicação do princípio da proporcionalidade, em face de conflito entre dois bens constitucionais, deve-se descartar tanto as medidas que ofendam o princípio da adequação (inaptas e inadequadas) quanto aquelas que ofendam a necessidade (desnecessárias), para, por fim, avaliar a conformidade da medida com as exigências da proporcionalidade em sentido estrito. Acrescenta que deixar de prevalecer o mérito do projeto em tablado em face da alegação de irregularidades sem prevalecer a fiel ampla defesa e o contraditório, além da condenação solidária, sem critérios pessoais, seria desproporcional e irrazoável, principalmente em face de que o mérito é

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

inquestionável o objeto foi executado, e a instrução não atesta fielmente, sem possibilidade de contestação, o cumprimento das formalidades postas.

50. Aduz que, como cristalinamente observado por intermédio dos itens anteriores e do que mais consta dos autos, não subsiste qualquer óbice quanto às atividades que foram desenvolvidas no período em que o recorrente esteve ocupando o mister em questão. Roga que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na conclusão do presente feito.

51. Afirma que não se atribuiu condições de participação efetiva ao recorrente, além de que este objeto foi requerido nas alegações de defesa e desconsiderado de análise. Por esse motivo, roga pela necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa nos atos de instrução, requerendo a intimação pessoal para acompanhamento de todos os atos, e oportunizada a produção de prova documental, testemunhal e pericial. Aduz que este, pois, um item que não foi atribuído e necessário de, no mínimo, retorno dos autos à instrução para a oportunização do contraditório previsto na Carta da República.

52. Ante todo o exposto, requer se digne o conhecimento e o consequente provimento do presente recurso, após atribuído o efeito suspensivo, acatar os argumentos postos para, conclusivamente reformar a Decisão em tablado, destacadamente pela razoabilidade e proporcionalidade, com o consequente arquivamento do feito, pois como se vislumbra em todo o teor do processo e do presente, o ora peticionário não praticou ato que possibilite ser-lhe imputada qualquer reprimenda, como medida de direito e inquestionável justiça.

ANÁLISE – Valberto Césio May – R001 (peça 67)

53. Como ser verá por meio da análise a seguir, não merecem prosperar os argumentos do Sr. Valberto Césio May, ora recorrente, quem era o fiscal das obras à época. Portanto, o seu recurso (peça 67) deve ser conhecido, para, no mérito, ser desprovido, mantendo o acórdão recorrido em seus exatos termos.

54. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que, conforme jurisprudência pacífica desta Corte, para que se imponha a obrigação de repor um dano ao erário, não é necessário caracterizar enriquecimento ilícito, locupletamento, dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, bastando que se caracterize uma conduta culposa **stricto sensu**, por imperícia, imprudência ou negligência, da qual resulte um dano ao erário, passível de ressarcimento à luz da Lei 8.443/1992 e da Constituição Federal (Acórdãos 1.559/2014-Plenário e 5.297/2013-1ª Câmara). Basta identificar o(s) responsável(is) pelos atos ilícitos e pelo dano ocasionado, quantificar o mencionado dano e estabelecer o nexo de causalidade entre o citado dano e os atos omissivos ou comissivos praticados pelo(s) responsável(is). Tudo isso está claramente demonstrado nos autos, não podendo ser aceitos os argumentos do recorrente.

55. Por outro lado, no que concerne aos precedentes administrativos e judiciais colacionados pelo recorrente, deve-se ressaltar que esta Corte tem competência e jurisdição privativas lastreadas no art. 71 da Constituição Federal e na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), pautando a sua atuação com base no princípio da independência das instâncias e não se vinculando obrigatoriamente a nenhuma decisão de outros órgãos ou entidades, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial.

56. Por oportuno, registra-se que o fato de o Relator **a quo** ter concluído pelo afastamento da responsabilidade, assim como do eventual débito, associados ao Contrato 30/2002 não tem relação alguma com a responsabilidade e o débito correspondentes ao contrato 26/2002, haja vista que o Relator **a quo** especificou claramente os fatos relacionados a cada um dos contratos em seu Voto (peça 50).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

57. Além disso, deve-se salientar que não foi gerada qualquer mácula aos direitos do recorrente em face da falta de identificação precisa da motivação/justificação do acórdão guerreado, pois o Relator **a quo** evidenciou claramente os fundamentos da condenação que foi imposta aos responsáveis solidários, conforme demonstram os excertos do Voto transcritos a seguir, os quais não deixam nenhuma dúvida quanto à motivação, à justificação e à fundamentação da condenação (pp. 02-03 e 04 da peça 50):

> *12. Não obstante, a equipe de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina vistoriou as obras e apontou a inexecução do Contrato 26/2002 pela ausência da camada de macadame seco e pela espessura insuficiente das camadas de brita graduada e pavimento asfáltico, avaliando a obra como integralmente perdida.*
>
> *(...)*
>
> *15. Relativamente ao Contrato 26/2002, foi aferida a inexistência da camada de macadame seco e a espessura insuficiente das camadas de brita graduada e pavimento asfáltico. Assim, restou configurado que a contratada deu causa direta ao dano ao deixar de executar obrigações expressamente previstas no contrato. Ainda que esses serviços correspondessem à uma parcela das obrigações pactuadas, sua inexecução foi determinante para a falta de qualidade e perecimento de todo o resultado almejado.*
>
> *16. Contrariamente ao que a contratada afirma, não se pode atribuir à municipalidade falhas na implementação da camada de macadame seco (sub-base) e brita graduada (base), pois como se observa no quadro transcrito no item 9 supra, esses itens integravam o serviço de pavimentação e compunham o objeto do Contrato 26/2002, pelo qual a contratada foi integralmente remunerada.*
>
> *17. Neste ponto, concordo com a Unidade Técnica quando afirma que "a empresa também não pode se eximir da responsabilidade dos problemas que comprometeram as obras, em especial as do trecho realizado mediante o contrato 26, porque restou comprovado, inclusive por meio de um laudo técnico de avaliação, que serviços essenciais à construção da via não foram realizados conforme o projeto (em especial a camada de macadame e de brita graduada), mas, assim mesmo, foram pagos à empreiteira. Por certo que a inexecução de alguns serviços previstos em contrato, e pagos a empresa, por si só, já caracteriza irregularidade grave e sujeita os responsáveis a arcar com os danos advindos do ilícito. Porém, se essas irregularidades são capazes de resultar na perda total do empreendimento, tornam-se mais graves os contornos do ilícito e a impossibilidade de a contratada se eximir da responsabilidade: o nexo causal entre o resultado (destruição total da obra) e a ação da empresa (inexecução de serviços essenciais) resta plenamente configurado".*
>
> *18. Outrossim, não prospera a alegação de culpa exclusiva da Prefeitura, pois se houve falha nas etapas iniciais da obra a cargo da Prefeitura, a construtora agiu culposamente, com imperícia, ao não aferir a adequabilidade das parcelas até então executadas, contribuindo para a concretização de dano previsível na execução do Contrato 26/2002 e do Contrato de Repasse 135.695-47/2001.*
>
> *(...)*
>
> *26. Pelo exposto devem ser julgadas irregulares as contas da empresa Lepavi Construções Ltda., bem como dos Srs. Giuseppe Leggi Júnior, Valberto Césio May e Pedro Orlando Muniz,*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

com fundamento no disposto no art. 16, inciso III, alínea c, da Lei 8.443/1992, condenando-se os responsáveis, solidariamente, ao pagamento do dano decorrente da inexecução do Contrato 26/2002, correspondente à integralidade dos recursos federais repassados ao Município para execução do Contrato de Repasse 135.695-47/2001.

58. Por sua vez, deve-se salientar que a condenação do recorrente não se deu em virtude de o mesmo ter sido gestor de recursos públicos ou ordenador de despesas, nem tampouco em função de ter ocorrido sobrepreço ou superfaturamento, mas sim de sua conduta omissiva e, portanto culposa por negligência, pois, na qualidade de fiscal da obra, o recorrente não detectou e, portanto, não registrou oportunamente as irregularidades que foram identificadas pela equipe de fiscalização relativamente à obra em comento, o que seguramente contribuiu para a consumação do débito que lhe foi imputado solidariamente, conforme se depreende do trecho transcrito a seguir do Voto do Relator **a quo** (p. 4 da peça 50):

21. Quanto ao Sr. Valberto Césio May, contratado pelo Município de Rio do Campo/SC para realizar a fiscalização da execução da pavimentação asfáltica com área de 12.932,00 m2 na Rua Campinas, cumpre registrar inicialmente que o mencionado fiscal é arquiteto e urbanista, conforme consta da Anotação de Responsabilidade Técnica 1.951.254-0 (TC 017.586/2011-9, peça 1, p. 58), e não engenheiro, ao contrário do que afirmado em diversas passagens destes autos.

22. De acordo com o artigo 67, § 1º, da Lei 8.666/1993, cumpre ao fiscal do contrato, na condição de representante da administração anotar "em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados." A referida Lei não faz distinção entre o servidor detentor de vínculo com a administração e o prestador de serviço contratado especificamente para essa finalidade.

23. Desse encargo o Sr. Valberto Césio May não se desincumbiu, pois não consta qualquer notificação da administração sobre falhas nos serviços realizados pela empresa Lepavi Construções Ltda., as quais de fato existiram e foram apontadas na fiscalização a cargo do TCE/SC. A omissão no exercício de suas atribuições faz parte da cadeia de eventos que culminou nos danos observados pela equipe de fiscalização promovida pelo órgão de controle externo estadual, caracterizando responsabilidade subjetiva por negligência.

59. Corrobora a conclusão do subitem anterior o trecho a seguir transcrito do Relatório do julgamento **a quo** (p. 11 da peça 51):

72. Em que pese a argumentação do responsável, no presente caso as irregularidades do pavimento são tão evidentes que [é] prescindível a realização de perícia técnica. Restou evidente a inexecução de serviços contratados, bem como serviços realizados em desacordo com o projeto básico.

73. Na condição de fiscal da obra, o engenheiro não pode se eximir de sua parcela de responsabilidade pela entrega de obra de pavimentação com baixa qualidade, que implicou a total destruição da via pública. Ao não apontar as falhas na execução das obras, o fiscal torna-se solidário ao débito advindo da precoce destruição do pavimento.

60. Por sua vez, no que se refere à existência de serviços executados diretamente pela própria Prefeitura, o Relator **a quo** também esclareceu devidamente a questão, conforme se pode concluir da leitura do seguinte trecho do seu Voto (p. 3 da peça 50):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

18. Outrossim, não prospera a alegação de culpa exclusiva da Prefeitura, pois se houve falha nas etapas iniciais da obra a cargo da Prefeitura, a construtora agiu culposamente, com imperícia, ao não aferir a adequabilidade das parcelas até então executadas, contribuindo para a concretização de dano previsível na execução do Contrato 26/2002 e do Contrato de Repasse 135.695-47/2001.

61. Ademais, no presente caso concreto, deve-se salientar que houve a participação culposa do gestor público responsável por prestar contas a este Tribunal, ou seja, o Sr. Pedro Orlando Muniz, ex-prefeito municipal, quem foi condenado solidariamente com o recorrente. Portanto, não há que se falar em ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular deste processo, não podendo o presente feito ser arquivado, como deseja o recorrente. Por oportuno, salienta-se que os trechos transcritos a seguir, extraídos do Relatório do feito (pp. 11 e 14 da peça 51), não deixam nenhuma dúvida acerca da sua legitimidade passiva nos presentes autos:

78. Em que pese o responsável não desenvolver atos de gestão de recursos públicos, as irregularidades observadas só foram possíveis com a omissão do fiscal responsável pelo acompanhamento da obra, que deixou de anotar as irregularidades na execução das obras.

79. Embora não haja nos autos os processos de medição da obra assinados pelo fiscal, a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) 2015988-8 (TC 17.586/2011-9, peça 1, p. 58 e peça 2, p. 136) não deixa dúvidas da tarefa desempenhado pelo engenheiro fiscal.

(...)

106. Com o devido respeito, no presente caso não há necessidade de se realizar ensaios técnico para constatar a irregularidade, pois restou comprovada a inexecução de vários serviços presente no contrato por meio de observação visual, tamanho eram as incoerências verificadas. E ao se afastar dos parâmetros técnico definidos no projeto, o fiscal da obra assumiu o risco de o poder público receber uma obra com graves falhas técnicas, o que de fato ocorreu.

107. Quanto ao dano calculado sobre as obras do contrato 30/2002, foi um valor apresentado em uma perícia técnica no âmbito de tomada de contas especial instaurada pela prefeitura em decorrência de defeitos observados no pavimento. Por se tratar do fiscal da obra, pouco importa se o dano foi em serviços realizados pela prefeitura ou pela empresa contratada, a obra no todo restou prejudicada.

62. Adicionalmente, compulsando-se os autos, pode-se concluir que não houve qualquer ofensa aos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa do recorrente, nem tampouco ofensa alguma aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, pois o mesmo foi regularmente citado (como demonstra o trecho transcrito a seguir do Voto do Relator; p. 01, peça 50) e apresentou tempestivamente as suas alegações de defesa (peça 25), as quais foram devidamente analisadas e levadas em consideração no julgamento **a quo**, quando a sua responsabilidade foi devidamente especificada e individualizada pelo Relator **a quo** (peça 50). Além disso, o recorrente recorreu da decisão que lhe foi desfavorável, o que demonstra que esta Corte de Contas não lhe negou nenhum direito à ampla defesa e ao contraditório, como o mesmo equivocadamente quer dar a entender.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

5. No âmbito desta Corte, foi realizada a citação dos Srs. Pedro Orlando Muniz, Prefeito signatário dos contratos de repasse, Valberto Cesio May, fiscal das obras, e Giuseppe Leggi Júnior, responsável técnico, assim como da empresa Lepavi Construções Ltda. (peça 12).

63. Deve-se ressaltar que este mesmo tema do contraditório e da ampla defesa, e da oportunidade de que o recorrente exercesse tais direitos mediante a apresentação das suas alegações de defesa em resposta à citação que lhe foi enviada, também foi esclarecido no seguinte excerto do Relatório (p. 13 da peça 51):

95. A argumentação do responsável é improcedente. Quando foi intimado a comparecer perante a comissão de sindicância instaurada pela prefeitura municipal, o engenheiro fiscal não ofereceu sua defesa, verbis:

> *'Aberta a audiência foram ouvidas as partes envolvidas na pessoa de Pedro Orlando Muniz, prefeito à época dos fatos; a empresa Lepavi Construções Limitadas, representada pelo engenheiro Giuseppi Leggi Junior; o engenheiro Giuseppi Leggi Junior, engenheiro de execução da obra, que se deu por intimado de todos os atos deste processo; o engenheiro da Amavi, Milton Sávio Demarch; o secretário de obras Nauri Miranda; o representante legal da Caixa Econômica Federal, Valdonir Estivalet Teixeira, que se fez acompanhar do engenheiro da instituição; foram ouvidas as testemunhas Anderson Batista, Silvio Polastri, Luiz Tillmann Junior e Valmir Saquetti. As testemunhas Oscar Hackbarth e o engenheiro fiscal Valberto Césio May não compareceram, embora devidamente intimados. Em relação a testemunha Oscar Hackbarth, a comissão dispensa a sua oitiva. Em relação ao engenheiro Valberto Césio May fica decretada sua revelia e a aplicação dos respectivos efeitos.' (TC 17586/2011-9, peça 2, p. 211)*

96. Outrossim, a citação é momento oportuno para o exercício do contraditório. Ao receber a citação do TCU e comparecer ao processo, o responsável teve a possibilidade de ter suas alegações de defesa analisadas. Portanto não há que se questionar o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo instaurado nesta Corte de Contas.

64. Quanto à carta que o recorrente teria supostamente enviado à Prefeitura Municipal em 28/03/2013 (cujo conteúdo está transcrito à p. 13 da peça 67), mediante a qual o mesmo apontava falhas na execução do contrato e recomendava, na qualidade de fiscal da obra, a paralisação da mesma para que tais irregularidades pudessem ser corrigidas, como não foi apresentado o documento original, nem tampouco foi o mesmo localizado nos autos, não é possível reconhecer a veracidade de tal carta. Posteriormente, caso queira, o recorrente pode tentar consegui-la junto à Prefeitura Municipal e juntá-la a um eventual Recurso de Revisão.

65. Adicionalmente, não está demais recordar que os processos de controle externo, no âmbito deste Tribunal, seguem rito especial, definido na Lei 8.443/1992 e no RI/TCU, que não prevê a intimação dos interessados de todos os atos processuais, mas apenas daqueles que lhes impõem algum dever de agir. Por outro lado, a prerrogativa de agir no processo é franqueada às partes durante toda a fase de instrução, podendo ser exercida mediante pedidos de vista e cópia, bem como por meio da adição de novos documentos, na forma estabelecida no RI/TCU. Nesse sentido, para facilitar às partes o exercício desse direito, o Tribunal disponibiliza ao público o acesso aos atos de tramitação processual, sem nenhum custo, mediante o sistema *"push de processos"*, facilmente acessível por meio da Internet. Com esse instrumento, as movimentações processuais são notificadas automaticamente aos interessados, por meio de correio eletrônico.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

66. Quanto à solicitação que esta Corte promova a produção de prova documental, testemunhal e pericial, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que não compete ao Tribunal determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa constitui obrigação da parte (e.g., Acórdãos 859/2013-Plenário; 8.089/2014 e 6.214/2016-1ª Câmara; e 5.920 e 6.214/2016-2ª Câmara).

67. Ademais, efetivamente consta do processo de Representação que originou a presente TCE (TC 17.586/2011-9) um laudo técnico de avaliação elaborado pelo engenheiro Tito Tavares, o qual comprova tecnicamente irregularidades na execução das obras de pavimentação de vias públicas no município de Rio do Campo/SC, conforme mencionado no trecho do Relatório deste feito transcrito a seguir (p. 12 da peça 51):

> *82. Com as devidas vênias, a motivação para incluir o fiscal da obra entre os responsáveis pelas irregularidades na execução das obras de pavimentação de vias públicas no município de Rio do Campo está plenamente caracterizada, pois laudo técnico de avaliação elaborado pelo engenheiro Tito Tavares (TC 17.586/2011-9, peça 1, p. 59-61) e avaliação visual de técnicos do TCE confirma a inexecução de serviços contratados pelo ente público e fiscalizados pelo ora responsável.*

68. Quanto ao argumento relativo ao *"considerável interstício de tempo desde as obras e a compulsória depreciação pela utilização"*, cabe mencionar os fatos concretos relacionados à detecção da irregularidade pelos órgãos públicos de controle, os quais, conforme citado pelo Relator **a quo** no excerto de seu Voto transcrito a seguir (p. 1 da peça 50), ocorreram respectivamente em 2005, 2007 e 2009. É evidente que uma obra de pavimentação asfáltica não deveria estar severamente comprometida há apenas três anos de sua execução (período entre 2002 e 2005). Logo, não merece prosperar tampouco este argumento do recorrente.

> *3. A irregularidade em questão pode ser descrita como a execução inadequada das obras contratadas pelo Município junto à empresa Lepavi Construções Ltda., fato constatado em 2005 por perícia independente contratada pela administração municipal que sucedeu o Prefeito signatário dos Contratos de Repasse, conforme laudo transcrito no item 4 do relatório precedente.*
>
> *4. A requerimento da Promotoria de Justiça do Estado de Santa Catarina, a equipe de fiscalização do Tribunal de Contas Estadual e a Comissão de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Município de Rio do Campo/SC vistoriaram as obras em 2007 e 2009, segundo transcrições nos itens 6, 7 e 8 do Relatório precedente. No tocante ao Contrato 26/2002, constataram a má qualidade dos serviços implementados, a inexecução de serviços previstos e pagos e a perda da pavimentação executada. Quanto ao Contrato 30/2002, detectaram a existência de defeitos no pavimento causados por ausência de drenagem ou má execução em parte dos serviços executados.*

69. Por todo o exposto, conclui-se que os argumentos do recorrente não merecem prosperar.

ARGUMENTOS – Giuseppe Leggi Júnior e Lepavi Construções Ltda. – R003 (peça 76)

70. Após fazer um breve histórico processual, os recorrentes informam que à Empresa Recorrente Lepavi Construções Ltda. foi adjudicada a pavimentação asfáltica de Taiozinho - Rio do Campo, SC, primeiro trecho, com a metragem de 12.932,00 m^2 de pavimentação asfáltica. Aduzem que a entrega

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

da obra foi devidamente atestada pela prefeitura Municipal, consoante a prova documental juntada aos autos "laudos de recebimento de obras" (p. 4 da peça 76).

71. Ressaltam que seguiram a orientação dos engenheiros municipais (Sr. Milton Savio Demarch) e também do engenheiro da Caixa Econômica Federal, a pessoa conhecida pelo nome "Bertelli" quem liberava os pagamentos, após a realização de minuciosa das etapas concluídas e do emprego/realização do objeto licitado. Acrescentam que o co-recorrente e ex-prefeito do Município o Sr. Pedro Orlando Muniz, expressamente reconheceu que após o preparo e compactação da Rua, a cargo e utilização de maquinário da prefeitura, a obra, por ausência de repasse de recursos para o pagamento da etapa seguinte (à fase de preparo do solo) ficou parada por 6 (seis) meses aproximadamente, o que ocasionou a deterioração do material inicial utilizado na rua, pois era intenso o tráfego de veículos pesados (caminhões que carregavam pinus e eucaliptos), com sobrecarga excessiva de peso.

72. Agregam que, embora tenha sido constatada a suposta deterioração que, tem tese, não permitiria a continuidade da obra, tanto o prefeito municipal, quanto o engenheiro municipal, não fizeram nenhuma ressalva, e deram continuidade na obra, solicitando a liberação, perante a Caixa Econômica Federal, a liberação de mais recursos, consoante documento de solicitação abaixo e que se anexa na presente ocasião (p. 5 da peça 76).

73. Argumentam que dois fatos são importantes para descaracterizar a culpa/responsabilidade dos recorrentes na execução da obra licitada, quais sejam: primeiro (e mais importante): o intenso tráfego de veículos pesados em rodovia que não foi projetada pelo arquiteto e engenheiros municipais no edital licitado. Aduzem que o edital licitado era explícito para a construção de uma pista de pequena circulação, até 100 veículos por dia (p. 6 da peça 76).

74. Asseveram que esse parecer foi elaborado pelo Engenheiro Civil da Prefeitura o Sr. Milton Savio Demarch, consoante o memorial descritivo anexado pelos recorrentes quando da apresentação de alegações de defesa. Agregam que após o emprego da base asfáltica (macadame seco) houve a paralisação das obras, sem culpa dos recorrentes, mas sim culpa exclusiva do ente pagador que atrasou o repasse. Alegam que, embora determinada pela própria municipalidade a interrupção das obras, esta prefeitura não interditou o tráfego de veículos, muito menos de caminhões, fato este que pode ter consequência direta com a aplicação de macadame seco e brita graduada realizada pela Municipalidade.

75. Concluem que se houve defeito estrutural este não pode ser imputado aos recorrentes, ante a total ausência de responsabilidade sobre o emprego e realização da base do empreendimento e também por não ter a prefeitura interditado as vias quando da interrupção das obras. Anotam que esse fato é confirmado pelo Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado (fls. 162 daqueles autos) já anexados nas alegações de defesa dos recorrentes (p. 7 da peça 76).

76. Frisam que a atribuição do emprego de macadame seco e da brita graduada era atribuição exclusiva da Prefeitura, já que o convênio federal previsto no contrato de repasse n° 1355695-47/2001/SEDU/CAIXA impunha a contraprestação (parte do pagamento/execução de obras) pelo município. Aduzem que, quando a pavimentação é realizada, o terreno já deve estar preparado (drenagem e terraplanagem) para receber a camada asfáltica, sob pena de, caso não sejam feitas correções no solo, toda a obra ser comprometida. Explica que, para se apurar a real situação da drenagem e terraplanagem do solo, responsável pela qualidade da pavimentação, seria de suma importância a realização de uma perícia técnica e especializada, sem a qual seria impossível identificar a origem dos problemas que ocasionaram os danos apontados, mas isso não ocorreu, pois, no relatório n° 235/2007 (TCE/SC), os auditores externos asseveraram que foram feitos exames superficiais nas obras em comento, jamais podendo atestar qual a real dimensão do problema apresentado na obra.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

Ressalta que, do contrato 30/2002, o qual os recorrentes realizaram todas as etapas da obra, não houve ocorrência de qualquer irregularidade imputada àqueles, tendo em vista a regularidade e lisura na realização da obra, consoante trecho da decisão ora recorrida.

77. Concluem que os recorrentes executaram com perfeição a parte que lhes cabiam, não podendo ser imputada a conduta de terceiro e nem o fato imprevisível (paralisação somado com a liberação do tráfego na rua pela prefeitura). Aduzem que o princípio da confiança é o que motivou os Recorrentes a darem continuidade na obra, pela etapa a qual eram responsáveis, já que, como uma equipe, cada um deve ser responsável pela etapa a qual era responsável. Aduzem que não se pode atribuir, até mesmo pelo ônus excessivo dessa imposição, o chamamento à responsabilidade dos recorrentes daquilo que acordadamente não eram de sua atribuição.

78. Argumentam que havia inexigibilidade de conduta diversa dos recorrentes, pois se estas não cumprissem com a ordem direta do município contratante, certamente sofreriam grandes represálias administrativas, multa pelo descumprimento contratual e certamente não contratariam com outras administrações, como parte do descumprimento contratual. Alegam que a responsabilização objetiva não é mais permitida no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo a prova da demonstração da má-fé para imputar qualquer irregularidade administrativa na execução do contrato. Afirma que, consoante os fundamentos jurídicos abaixo, não há falar em responsabilidade dos recorrentes, devendo ser a decisão administrativa recorrida reformada **in totum** por ser medida de direito nos presentes autos.

79. Argumentam que há vicio irremediável na condução desse processo administrativo, pela ausência de realização de produção de prova técnica. Alegam que, com efeito, quando da realização da vistoria in loco feita pela auditoria do TCE e a pessoa da prefeitura, foram tiradas algumas fotos e feita a medição em ponto isolado da obra, com a utilização de uma régua, na qual constatou aparentemente a utilização de menos macadame seco e/ou vícios estruturais de base da obra. Aduzem que, conforme o relatório inicial desse processo administrativo ficou disposto conforme excerto citado à p. 9 da peça 76. Concluem que não há como imputar a má-execução da obra por meio da realização de verificações superficiais e apuração via medição de ponto específico de obra e não em toda a sua extensão, de que teria sido feito o emprego a menor de malha asfáltica.

80. Asseveram que a prova pericial consiste em exame, vistoria e avaliação, que, de modo geral, só são promovidos por profissional habilitado no assunto em que a perícia está envolvida. Alegam que, como o órgão julgador não é conhecedor de os detalhes técnicos a serem verificados quando da verificação de uma determinada obra, por mais culto e inteligente que seja, por não ter os conhecimentos científicos ou técnicos necessários, procura então pessoas de sua confiança que entendam a matéria que irá julgar. Afirmam que, no caso dos autos, que envolvem a técnica da engenharia civil, o juiz deveria se utilizar de engenheiros civis para a confecção de um laudo técnico, detalhado e em toda a extensão da obra, já que somente com uma conclusão detalhada é possível, em tese, falar em imputação e, principalmente, extensão de responsabilidade. Argumentam que, para realização de um tipo de perícia é necessária a utilização da NBR 13752/1996 (DOC. 03; pp. 33-40 da peça 76) com a utilização dos critérios citados às pp. 09-10 da peça 76. No caso dos autos, afirmam que foi utilizada a sistemática na "perícia" realizada pelo engenheiro Sr. Tito Tavares descrita no documento anexado (DOC. 04; pp. 41-47 da peça 76).

81. Aduzem que questionar moradores e tirar algumas fotografias, bem como escolher um ponto específico e lá tirar as medidas visuais não é laudo técnico. Agregam que, no caso concreto, uma parte ficou comprovadamente executada pela Prefeitura e a outra pelos recorrentes. Reafirmam que o limite de responsabilidade deve ser fixado pela conduta e parte que toca a execução da obra feita pelos recorrentes. Asseveram que esse dado somente poderia ser extraído por meio de detalhada perícia técnica, requerida desde o primeiro momento que os recorrentes tiveram oportunidade de falar nos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

autos, mas até agora não foi realizada. Anotam que a decisão administrativa, que não possibilitou a realização de perícia completa é nula, haja vista sem ela não há como mensurar a ocorrência da responsabilidade (e se ela de fato é a cargo dos recorrentes) e a extensão da responsabilidade. Concluem que deve ser reformada a decisão administrativa, pela ausência de prova técnica indispensável para o caso concreto.

82. Asseveram que a doutrina e a jurisprudência são remansosas no sentido de que à pessoa que responde a processo administrativo são asseguradas as mesmas garantias constitucionais conferidas ao acusado no processo penal. Aduzem que esse é o ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo, ao afirmar que *"quando se tratar de processos em que haja 'acusados' aplicam-se também alguns dos princípios do processo penal."* Citam doutrina de Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari e Celso Ribeiro Bastos como sustento (p. 11 da peça 76). Anota que, além desses princípios, bem ainda a presunção de inocência, **in dubio pro reo**, retroatividade da lei mais benigna, da indivisibilidade, que são princípios gerais do processo penal devem permear a atuação da autoridade administrativa encarregada de promover a apuração o ilícito administrativo.

83. Argumentam que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca das garantias do acusado em processo administrativo é vasta. Aduzem que o STJ já entendeu no julgamento do RMS n. 16264/GO que: *"No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal."* Afirmam que a responsabilidade no processo administrativo, tal qual ocorre no processo penal, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a suposta infração, por uma razão muito simples: se a propositura da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher em relação a quem deva ela ser proposta, pois ela deve ser proposta em relação a todos aqueles que cometeram a infração (**nec delicta maneant impunita**).

84. No caso concreto, alegam que esse douto órgão de Contas deixou de incluir neste processo administrativo as pessoas de Milton Savio Demarch, engenheiro municipal, e também do engenheiro da Caixa Econômica Federal, a pessoa conhecida pelo nome "Bertelli" quem liberava os pagamentos, após a realização de minuciosa das etapas concluídas e do emprego/realização do objeto licitado. Todavia, aduzem que apenas os recorrentes, Valberto Césio May e Pedro Orlando Muniz foram chamados à responsabilidade neste processo, o que nulifica o processo administrativo. Asseveram que essa "escolha" quanto a quem vai ser processado e quem não vai nulifica o processo administrativo, ante a violação do princípio da indivisibilidade, consoante entendimento doutrinário exposto.

85. Asseveram que o Princípio da Proteção da Confiança Legítima, conforme registra TORRES (2006, 27) teve seu surgimento aos 14 de novembro de 1956, no Tribunal de Berlin, e está fundado no Princípio da Segurança Jurídica, mas não na segurança jurídica em seu sentido genérico que é o de garantia geral do sistema jurídico e sim numa segurança delimitada. Citam doutrina de Heleno Taveira Torres como sustento (pp. 12-13 da peça 76). No caso concreto, aduzem que foi manifesta a boa-fé dos recorrentes em realizar a parte pela qual foram contratados, pois com relação ao contrato administrativo 26/2002, os recorrentes foram contratados para execução da pavimentação e meio fio, e para atendimento do projeto, o município ficou responsável pela execução da terraplanagem das galerias. Anotam que a empresa recorrente, após ter recebido as confirmações das espessuras pelo departamento técnico da prefeitura, efetuou sua parte da obra, empregando a malha asfáltica e realizando as demais etapas previstas no contrato.

86. Argumentam que os recorrentes possuíam legítima confiança naquilo que lhe foi informado pelo Município, pois:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

a) Havia uma atuação lícita da administração pública, em dar o "OK" para a continuidade da obra pelos recorrentes;

b) Havia o engenheiro municipal sr. Milton Savio Demarch (quem confeccionou os detalhes técnicos do contrato assinado) e o próprio Prefeito Municipal determinando o prosseguimento da obra, ou seja, havia um ato administrativo emanado por autoridade administrativa competente;

c) Havia sido estabelecido um estado de confiança da ordem proferida pela administração pública e os recorrentes;

d) A boa-fé dos recorrentes é incontroversa, já que realizaram com exatidão e com lisura, dentro do prazo e critérios determinados a parte da obra que lhes cabiam.

87. Concluem que os recorrentes não podem ser penalizados por depositarem legítima confiança na execução da obra - contrato 26/2002 - já que pairava sobre a situação a confiança em relação à municipalidade (e que ela tinha realizado a parte que estava obrigada no contrato administrativo) era plena. Afirmam que quem atua dentro da lídima boa-fé não pode ser penalizado, devendo a decisão administrativa ser totalmente reformada para afastar qualquer penalidade administrativa dos recorrentes.

88. Citam doutrina de Francisco de Assis Toledo e de Bettiol acerca da exculpante inexigibilidade de conduta diversa (p. 14 da peça 76). Argumentam que, no caso concreto, há que afastar qualquer indução de culpa pela conduta dos recorrentes, uma vez que agiram dentro da ótica da inexigibilidade da conduta diversa. Explicam que os recorrentes agiram dentro das estritas ordens dadas pela Municipalidade, pois tanto o engenheiro municipal, quanto o engenheiro da Caixa Econômica Federal, autorizaram a realização da etapa seguinte ao preparo do solo feito pelo Município (macadame seco e brita). Aduzem que os recorrentes, por meio da previsão contratual expressa, não tiveram outra alternativa a não ser cumprir a ordem de prosseguimento da obra, já que, se não cumprissem com o determinado (etapa seguinte e conclusão da obra) haveria sanção administrativa aplicada ao contrato.

89. Asseveram que não havia como os recorrentes se oporem à consecução e prosseguimento do contra to administrativo, porque do contrário haveria a ocorrência da quebra de contrato, com a necessária indenização dos Recorrentes, e também sofreriam as pesadas sanções impostas pela Lei 8666/93, o que seria, em termos práticos, a morte da pessoa jurídica LEPAVI, já que esta vive de licitações com órgãos públicos. Afirmam que, se havia uma ordem direta, um contrato em curso, e o próprio aval de dois engenheiros (municipal e da CEF), não cabia aos Recorrentes outra atitude a não ser obedecer e dar continuidade à obra licitada, porque, do contrário, seriam estes quem arcariam com o prejuízo em duplicidade: primeiro, porque já tinham adquirido todo o material a ser empregado no contrato 26/2002; segundo, teriam que indenizar o ente público pela quebra do contrato. Alegam que não há como imputar a responsabilidade dos recorrentes no caso concreto, ante a causa de exclusão da culpabilidade demonstrada, o que afasta qualquer pretensão de ressarcimento/pagamento de multa da forma como ficou determinada na decisão administrativa. Concluem que a reforma de decisão é medida que se impõe no caso concreto.

90. Anotam que, da forma como se encontra a decisão administrativa ora recorrida, foi imposta a malfadada e proibida responsabilização objetiva dos Recorrentes já que demonstrada a ausência de culpa na ocorrência do dano na obra objeto do contrato administrativo 26/2002. Aduzem que a decisão recorrida não fundamentou a causa de responsabilidade subjetiva dos recorrentes, na condição de terceiros, bem como porque seriam os responsáveis pelos danos. Afirmam que a responsabilização dos recorrentes pelos atos que praticaram em contrato com a Administração deve ser subjetiva, sendo que, na condição de Terceiros, devem ser comprovados elementos essenciais para caracterização dessa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

responsabilidade, elementos que não estão presentes nos atos dos recorrentes, quais sejam, a culpa e o nexo causal entre a conduta e o dano.

91. Alegam que a obra foi dividida em duas etapas: a primeira etapa ficou a cargo da prefeitura municipal, que deveria realizar os serviços de drenagem e terraplenagem do solo, de forma correta, para que pudesse ser realizada a próxima, sabendo de que quaisquer erros na realização dessa primeira comprometeria toda a obra, pois é a base da construção. Aduzem que a segunda etapa se consistia tão somente na pavimentação e construção de calçada, isso significa apenas o final do trabalho, que, logicamente, seria totalmente comprometido caso a primeira etapa não estivesse sido adequadamente realizada. Agregam que quem realizou a primeira etapa (terraplenagem) foi a Prefeitura Municipal, e foi razão da deficiência desse serviço que a obra inteira ficou prejudicada, ocorrendo os problemas constatados (causa e consequência).

92. Argumentam que isso prova que o nexo causal é entre a conduta da Prefeitura e os prejuízos e os recorrentes não podem ser responsabilizados por esse ato praticado pela Administração, consoante as lições do exímio doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina quanto à execução de obras em contrato com a Administração (p. 16 da peça 76). Afirmam que, para que isso seja documentalmente comprovado, era necessária a realização de perícia técnica especializada para constatar os danos e a origem dos mesmos, uma vez que a realização do trabalho como um todo foi dividido em etapas diferentes e por pessoas diferentes. Asseveram que os recorrentes se basearam no laudo e no atestado do engenheiro municipal e da CEF, quem deu o aval para que os recorrentes realizassem as próximas etapas da obra.

93. Frisam que a realização da etapa que coube aos recorrentes se pautou exclusivamente na confiança depositada por engenheiro da própria municipalidade, que não apenas atestava a conclusão da terraplenagem (etapas de base), como também exigia dos recorrentes a continuidade da obra, tendo em vista o cronograma contratado/estabelecido no contrato administrativo. Afirmam que não há, na seara administrativa, campo para responsabilidade sem culpa, ou objetiva, porque os resultados danosos da obra tiveram uma origem só: a má execução pela Prefeitura de Rio do Campo/SC de sua etapa da obra. Aduzem que, dentro da teoria das concausas, verifica-se que há um fator estranho aos atos dos recorrentes, influenciando diretamente e modificando o resultado que se esperava, o que se adequa estritamente na conceituação de Nucci (p. 17 da peça 76).

94. Argumentam que os recorrentes somente realizaram o serviço de pavimentação, e não o de terraplenagem, que ficou a cargo do município. Alegam que, conforme ficou consignado no relatório n° 235/2007 do Tribunal de Contas de Santa Catarina, os auditores externos confirmaram que os exames realizados sobre o trecho são superficiais e não são suficientemente aptos a dar uma análise precisa sobre a qualidade dos serviços realizados. Anotam que o próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas da União consagra a possibilidade de ampla defesa no processo, em seu art. 234, §3°, permitindo a realização de perícia para comprovação da ausência de responsabilidade dos recorrentes.

95. Agregam que foi a falha da prefeitura na realização do serviço de terraplenagem, exclusivamente, que levou a obra a sucumbir, não o serviço prestado pelos Recorrentes, que estavam em pleno acordo com o contrato 26/2002, o que impõe a necessidade de realização de prova pericial para a comprovação, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (p. 17 da peça 76). Acrescentam que a decisão recorrida está invocando a responsabilização sobre as obras sem se atentar, todavia, aos fatos e às provas produzidas, que demonstram a inexistência de responsabilidade dos recorrentes, que realizaram o trabalho após uma preparação prévia da própria prefeitura do Município, o que não é aceito pela Jurisprudência, conforme já julgou o Superior Tribunal de Justiça (p. 18 da peça 76).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

96. Argumentam que, em consonância com o art. 37, §6° da Constituição Federal, os recorrentes somente poderiam ser responsabilizados por atos danosos se restar plenamente comprovado dolo ou culpa, o que não se verifica na conduta praticada por eles, uma vez que a falha se encontra no serviço prestado pelo Município. Frisam que o município tinha engenheiro responsável tecnicamente pelos serviços que executou, portanto é evidente a inexistência responsabilidade dos recorrentes sobre os problemas apresentados nas obras contratadas. Aduzem que, caso não seja este o entendimento, repise-se a necessidade de realização de uma perícia técnica, a fim de se apurar a real origem dos danos, afastando o entendimento apresentado pelo auditor, sob pena de se nulificar todo este processo administrativo.

97. Agregam que, caso não seja afastada totalmente a responsabilidade dos Recorrentes, da forma determinada na decisão recorrida, o que não se espera, pelo princípio da eventualidade, a penalidade (quantum ressarcitório) e a questão da solidariedade devem ser revistas, consoante se passará a expor abaixo. Afirmam que fixou a decisão recorrida o valor de indenização em R$1.152.593,61, a ser suportado em solidariedade pelos Recorrentes e correqueridos do processo (p. 19 da peça 76). Acrescentam que o valor de indenização supera em 4 (quatro) vezes o valor pago pela administração pública para a consecução do contrato administrativo 26/2002, pelo qual foram pagos R$ 250.000,00 aos recorrentes. Aduzem que, não bastasse a indenização em exorbitante valor, ficou fixado ainda para cada corresponsável o valor de multa de R$ 35.000,00, o que consideram abusivo.

98. Informam que diz o artigo 12 da Lei 8.429/92 (invocada por analogia ao caso concreto), que: *"na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito material obtido pelo agente"*. Cita doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos sobre este tema (pp. 19-20 da peça 76).

99. Asseveram que, no caso concreto, há violação expressa ao princípio da proporcionalidade, já que para o caso dos recorrentes existe a multa de R$ 70.000,00 (dois recorrentes x R$ 35.000,00 de multa para cada um) e, além disso, o pagamento do montante de R$ 1.152.593,61 que representa mais de 4 vezes o valor do contrato administrativo (benefício econômico). Acrescentam que não foi considerada na dosimetria da pena por essa douta autoridade administrativa, que os recorrentes realizaram efetivamente a obra, tiveram gastos com maquinário, produto empregado na obra, bem como o pagamento de pessoal, ou seja, dos R$ 250.000,00 licitados, a margem de "lucro" experimentado não ultrapassou 10% da obra, ou seja, gastou R$ 225.000,00 para realizar a obra e ficou com apenas 10% do montante total, qual seja, R$ 25.000,00.

100. Afirmam que, se forem condenados a devolver algo à administração pública, os recorrentes deverão devolver aquilo que efetivamente representou "proveito econômico", que, no caso dos autos, como dito, não ultrapassou 10% do objeto licitado. Alegam que o critério de correção monetária também foi desproporcional, porque além da utilização de índices (atualização monetária pelo IPCA-E), utilizou-se também do cômputo de juros de mora de 1% ao mês, bem como se valeu para a atualização a variação SELIC, o que representa enriquecimento ilícito do órgão administrativo. Cita doutrina de Armando Verri, Luiz Antônio Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier sobre o tema (p. 20 da peça 76).

101. Asseveram que, sob o pretexto de ressarcimento integral, não pode o órgão público querer receber mais de 4 (quatro) vezes o que repassou no contrato administrativo. Acrescentam que não pode o órgão público inserir "juros sob juros" com pretexto de receber o valor com correção monetária, já que a correção da moeda não envolve o pagamento de "juros de mora". Agregam que a mora só é devida pela ocorrência de ato ilícito, e, no caso concreto, os recorrentes não agiram com ilicitude, mas sim estavam imbuídos da cristalina boa-fé e também cumpriam seu mister, por determinação expressa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

da Municipalidade. Aduzem que quem atua dentro da boa-fé não comete ilícito, logo não é passível a incidência de juros de mora.

102. Argumentam que, caso condenação esta persista, o que não espera, deve ser fixada no máximo em R$ 25.000,00 para ambos os recorrentes, corrigido pelo IPCA (sem incidência de mora), já que, falar em outro índice ou incidência de juros moratórias, é enriquecimento sem causa. Por derradeiro, aduzem que a exclusão da multa fixada em R$ 35.000,00 para cada um dos recorrentes (o que totaliza em R$ 70.000,00), é medida que se impõe, porque a multa é para penalizar quem age de má-fé. No caso concreto, afirmam terem atuado na mais cristalina boa-fé. Concluem que não podem receber tamanha penalidade.

103. Anotam que, se for mantida a multa e demais penalidades, o que não se espera, não há falar em causa de solidariedade entre pelos seguintes motivos abaixo tecidos. A uma, pois a solidariedade apenas ocorre por lei ou contrato. Afirmam que, no caso em tela, para que houvesse solidariedade dos recorrentes, a empreitada deveria ser global, o que não foi o caso dos autos, pois a contratação foi parcial (com utilização e realização da 1ª etapa da obra com os equipamentos e pessoal da prefeitura). Afirmam ser evidente, pois, que não há solidariedade, porque a pessoa jurídica exclusivamente vai responder por aquilo que executou, sendo responsável por aquilo que estritamente realizou. Agregam que, no caso concreto, quem realizou as bases da obra (emprego de macadame seco e brita) foi a prefeitura e esta responde pelos problemas advindos na obra, com exclusividade.

104. Informam que outro exemplo comum da engenharia é o caso de uma empresa realizar a construção das vigas de sustentação de um prédio e a própria perfuração e construção da base de um edifício. Alegam que, se, depois de feita a base, uma outra empresa realiza a construção das paredes e demais andares da obra, vindo as vigas mestras racharem, não pode ser a segunda empresa responsabilizada em solidariedade pelo erro da primeira, já que representou fato de culpa exclusiva de terceiro. Concluem que há de se afastar qualquer causa de solidariedade nos presentes autos, pelos motivos demonstrados, reformando a decisão neste ponto.

105. Por todo o exposto, requer que o presente recurso de reconsideração seja recebido para:

a) Quanto às preliminares, que seja anulado o processo administrativo, tendo em vista que:

(i) A decisão administrativa que não se baseou em perícia completa, que deveria ter sido realizada na obra, é nula, haja vista sem ela não há como mensurar a ocorrência da responsabilidade (e se ela de fato é a cargo dos recorrentes) e a extensão da responsabilidade. Assim, deve ser anulada a decisão administrativa, pela ausência de prova técnica indispensável para o caso concreto; ou

(ii) A decisão do processo administrativo é nula, ante a violação do princípio da indivisibilidade do processo administrativo, tendo em vista que deixou de incluir neste processo administrativo os dois outros engenheiros da obra, o Sr. Milton Savio Demarch e também o engenheiro da CEF o Sr. Bertelli, quem, respectivamente, autorizou a obra ser feita da forma como foi executada pelas recorrentes, e quem constatou a regularidade da etapa.

b) Quanto ao mérito, a decisão administrativa recorrida deve ser reformada, eis que:

(i) Os recorrentes não podem ser penalizados por depositarem legítima confiança na execução da obra - contrato 26/2002 - já que pairava sobre a situação a confiança em relação à municipalidade (e que ela tinha realizado a parte que estava obrigada no contrato administrativo) era plena. Quem atua dentro da lídima boa-fé não pode ser penalizado, devendo a decisão administrativa ser totalmente reformada para afastar qualquer penalidade administrativa dos recorrentes;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

(ii) Não há como imputar a responsabilidade aos recorrentes, no caso concreto, ante a causa de exclusão da culpabilidade demonstrada (os recorrentes agiram porque foi determinado pela municipalidade e porque, caso não tivessem dado seguimento à obra, haveria sanção por quebra de contrato administrativo), o que afasta qualquer pretensão de ressarcimento/pagamento de multa da forma como ficou determinada na decisão administrativa. Assim, a reforma de decisão é medida que se impõe no caso concreto;

(iii) Por meio do art. 37, §6° da Constituição Federal, os recorrentes somente poderiam ser responsabilizados por atos danosos se tivesse restado plenamente comprovado dolo ou culpa, o que não se verifica na conduta praticada por eles, uma vez que a falha se encontra no serviço prestado elo município. Sem dolo ou culpa, não há falar em responsabilidade em ressarcimento/pagamento de multa eis que o direito afasta a responsabilidade objetiva para esse fim.

c) Alegam que, caso não seja afastada totalmente a responsabilidade dos recorrentes, da forma determinada na decisão recorrida, o que não se espera, pelo princípio da eventualidade, a penalidade (quantum ressarcitório) e a questão da solidariedade devem ser revistas, pois:

(i) a condenação deve ser fixada no máximo em R$ 25.000,00 para ambos os recorrentes, corrigido pelo IPCA (sem incidência de mora), já que, falar em outro índice ou incidência de juros moratórias, é enriquecimento sem causa.

(ii) por derradeiro, a exclusão da multa fixada em R$ 35.000,00 para cada um dos recorrentes (o que totaliza em R$ 70.000,00), é medida que se impõe, porque a multa é para penalizar quem age de má-fé. No caso concreto, atuou os Recorrentes na mais cristalina boa-fé. Logo, não podem ser penalizados com tamanha penalidade.

(iii) deve ser afastada qualquer causa de solidariedade nos presentes autos, isso porque a solidariedade apenas ocorre por lei ou contrato. No caso em tela, para que houvesse solidariedade dos recorrentes, a empreitada deveria ser global, o que não foi o caso dos autos, pois a contratação foi parcial (com utilização e realização da 1ª etapa da obra com os equipamentos e pessoal da prefeitura).

ANÁLISE – Giuseppe Leggi Júnior e Lepavi Construções Ltda. – R003 (peça 76)

106. Como ser verá por meio da análise a seguir, não merecem prosperar os argumentos dos recorrentes. Portanto, o seu recurso (peça 76) deve ser conhecido, para, no mérito, ser desprovido, mantendo o acórdão recorrido em seus exatos termos.

107. Primeiramente, no que concerne ao fato de uma parte das obras ter sido inicialmente executada diretamente pela Prefeitura, em especial no que tange à sub-base (macadame seco) e à base (brita graduada), não há qualquer irregularidade nisso. Tal assertiva se fundamenta no fato de que, mesmo que houvesse defeitos na execução dos itens de serviço preliminares pela Prefeitura, a construtora efetivamente recebeu pagamentos que correspondem à execução total do serviço de pavimentação asfáltica, incluindo os itens de serviço sub-base (macadame seco) e base (brita graduada), conforme demonstra a tabela que consta do subitem 9 do Voto do Relator **a quo** (pp. 01-02 da peça 50). Ressalte-se que o trecho do Voto do Relator **a quo** transcrito a seguir evidencia isso (p. 02 da peça 50):

> *10. De forma coerente com o plano de trabalho e a proposta comercial, o objeto do Contrato 26/2002 foi definido como a "execução de pavimentação asfáltica com área de 12.932,00 m2 na localidade de Taiozinho no Município de Rio do Campo, conforme projeto, quadro,*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

quantitativo, memorial descritivo e cronograma físico financeiro", pelo valor de 291.360,52 ((TC 017.586/2011-9, peça 2, p. 39).

11. Desses elementos, extrai-se que a empresa Lepavi Construções Ltda. assumiu a obrigação de executar exclusivamente o serviço de pavimentação, que corresponde ao terceiro grupo de serviços previsto no plano de trabalho apresentado ao concedente. Sendo assim, não há irregularidade no fato de algumas partes do empreendimento terem sido executadas diretamente pela Prefeitura, e de terem sido alocados à obra veículos, equipamentos e mão de obra da municipalidade.

12. Não obstante, a equipe de fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina vistoriou as obras e apontou a inexecução do Contrato 26/2002 pela ausência da camada de macadame seco e pela espessura insuficiente das camadas de brita graduada e pavimento asfáltico, avaliando a obra como integralmente perdida.

108. Por sua vez, não é cabível a alegação dos recorrentes no sentido de que a empresa contratada tinha que obedecer uma ordem da prefeitura, seja qual fosse o cenário encontrado para o início da execução da obra para a qual dita empresa foi contratada. Corrobora essa conclusão o trecho a seguir transcrito do Relatório do julgamento **a quo** (pp. 09-10 da peça 51):

52. Em que pese a tentativa do engenheiro da Lepavi Construções atribuir a responsabilidade pelas irregularidades observadas à prefeitura municipal de Rio do Campo/SC, não há como acatar essa tese.

53. Pois, se havia problemas de base das vias onde executaria os trabalhos de pavimentação asfáltica, a contratada deveria, como empresa especializada, ter orientado a prefeitura sobre os problemas e as consequências das falhas, mas nunca ter executado o serviço, que sabia estar irregular, e posteriormente alegar isso para se eximir da responsabilidade.

54. Ao acompanhar a destruição da base da via, com intenso tráfego durante a paralisação da obra, não poderia a empresa continuar a obra sem que antes fossem executados serviços de recomposição das camadas da base, tal como os serviços de compactação do material, mesmo não sendo responsável por essa execução.

55. A empresa também não pode se eximir da responsabilidade dos problemas que comprometeram as obras, em especial as do trecho realizado mediante o contrato 26, porque restou comprovado, inclusive por meio de um laudo técnico de avaliação, que serviços essenciais à construção da via não foram realizados conforme o projeto (em especial a camada de macadame e de brita graduada), mas, assim mesmo, foram pagos [à] empreiteira.

56. Por certo que a inexecução de alguns serviços previstos em contrato, e pagos a empresa, por si só, já caracteriza irregularidade grave e sujeita os responsáveis a arcar com os danos advindos do ilícito. Porém, se essas irregularidades são capazes de resultar na perda total do empreendimento, tornam-se mais graves os contornos do ilícito e a impossibilidade de a contratada se eximir da responsabilidade: o nexo causal entre o resultado (destruição total da obra) e a ação da empresa (inexecução de serviços essenciais) resta plenamente configurado.

109. Em segundo lugar, deve-se salientar que o Relator **a quo** evidenciou claramente os fundamentos da condenação que foi imposta aos responsáveis solidários, conforme demonstram os excertos do Voto transcritos a seguir, os quais não deixam nenhuma dúvida quanto à motivação e à fundamentação da condenação (pp. 02-04 da peça 50):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

15. Relativamente ao Contrato 26/2002, foi aferida a inexistência da camada de macadame seco e a espessura insuficiente das camadas de brita graduada e pavimento asfáltico. Assim, restou configurado que a contratada deu causa direta ao dano ao deixar de executar obrigações expressamente previstas no contrato. Ainda que esses serviços correspondessem à uma parcela das obrigações pactuadas, sua inexecução foi determinante para a falta de qualidade e perecimento de todo o resultado almejado.

16. Contrariamente ao que a contratada afirma, não se pode atribuir à municipalidade falhas na implementação da camada de macadame seco (sub-base) e brita graduada (base), pois como se observa no quadro transcrito no item 9 supra, esses itens integravam o serviço de pavimentação e compunham o objeto do Contrato 26/2002, pelo qual a contratada foi integralmente remunerada.

17. Neste ponto, concordo com a Unidade Técnica quando afirma que "a empresa também não pode se eximir da responsabilidade dos problemas que comprometeram as obras, em especial as do trecho realizado mediante o contrato 26, porque restou comprovado, inclusive por meio de um laudo técnico de avaliação, que serviços essenciais à construção da via não foram realizados conforme o projeto (em especial a camada de macadame e de brita graduada), mas, assim mesmo, foram pagos à empreiteira. Por certo que a inexecução de alguns serviços previstos em contrato, e pagos a empresa, por si só, já caracteriza irregularidade grave e sujeita os responsáveis a arcar com os danos advindos do ilícito. Porém, se essas irregularidades são capazes de resultar na perda total do empreendimento, tornam-se mais graves os contornos do ilícito e a impossibilidade de a contratada se eximir da responsabilidade: o nexo causal entre o resultado (destruição total da obra) e a ação da empresa (inexecução de serviços essenciais) resta plenamente configurado".

18. Outrossim, não prospera a alegação de culpa exclusiva da Prefeitura, pois se houve falha nas etapas iniciais da obra a cargo da Prefeitura, a construtora agiu culposamente, com imperícia, ao não aferir a adequabilidade das parcelas até então executadas, contribuindo para a concretização de dano previsível na execução do Contrato 26/2002 e do Contrato de Repasse 135.695-47/2001.

19. Quanto ao Sr. Giuseppe Leggi Júnior, Engenheiro Civil Responsável Técnico pelo Contrato 26/2002, vale dizer que o descumprimento da obrigação de promover a execução das obras em conformidade com o projeto elaborado e o contrato assinado, evidenciada na ART 1.937.445-3 (TC 017.586/2011-9, peça 2, p. 57), faz parte da cadeia de eventos que levaram à produção do resultado danoso. Nesse sentido, transcrevo a pertinente fundamentação constante do relatório da Comissão de Tomada de Contas Especial constituída pela Prefeitura (TC 017.586/2011-9, peça 2, p. 291-293):

> *"Por consectário legal, a responsabilidade da construtora é estendida ao seu responsável técnico, pois foi quem supervisionou a obra e atuou diretamente no serviço questionado no presente procedimento, tendo clara responsabilidade pelo evento danoso.*
> *Assim, como a causa dos defeitos apresentados na obra tiveram como fonte, especificamente, a implementação da pavimentação sem observância dos parâmetros dispostos nos projetos técnicos correspondentes, resulta evidente que se não tivesse havido alteração no sistema de construção não teriam ocorridos os danos, sendo, pois, a responsabilidade pelo evento danoso de quem promoveu as mudanças, bem como do seu engenheiro responsável.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

A própria Lei que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, estabelece que o engenheiro responsável pela obra subsume-se na obrigação de indenizar.
E a responsabilidade do engenheiro subsiste ainda mais consistente porque, à revelia do projeto, que previa parâmetros inalteráveis para execução da obra, fizeram assentar a camada asfáltica em desacordo como que previa o projeto.
A mais, a obrigação assumida pelo engenheiro ao se incumbir da responsabilidade pelos serviços prestados na execução da obra contratada foi obrigação de resultado e não de meio. E, considerando os danos constatados na obra executada, o ponto nuclear da culpa é a previsibilidade. Destarte, é a previsibilidade ou evitabilidade do resultado indesejado que condiciona a ilicitude da ação culposa. Por previsibilidade, deve-se entender a capacidade de previsão dos eventos passíveis de ocorrerem segundo as regras técnicas ou da experiência.
Ao passo em que a responsabilidade da empresa contratada é objetiva, a responsabilidade do profissional responsável pela execução da obra se reveste do caráter da subjetividade.
Entretanto, a culpa do engenheiro foi aferida no momento em que a obra andou em descompasso com o projeto. (...)
Cumpre destacar que, ao reconhecer o dever de indenizar do engenheiro, considerou-se que os defeitos ocorridos na construção da obra pública contratada possui relação com a atividade empreendida [por ele] (...).
[No caso em exame] sua função junto à empresa era conduzir a execução da obra, atraindo para si as responsabilidades atinentes aos defeitos que porventura pudessem ocorrer.
Portanto, estabelecido o nexo causal entre os fatos e o danos, imputa-se responsabilidade solidária ao engenheiro responsável pela execução da obra, devendo reparar os prejuízos nas mesmas proporções e condições da empresa contratada."

20. Concluo que, por ter implementado a obra em desconformidade com os parâmetros técnicos pré-definidos no projeto, o Sr. Giuseppe Leggi Júnior exerceu sua função com negligência, assistindo-lhe responsabilidade solidária na indenização do dano observado no Contrato 26/2002.

(...)

26. Pelo exposto devem ser julgadas irregulares as contas da empresa Lepavi Construções Ltda., bem como dos Srs. Giuseppe Leggi Júnior, Valberto Césio May e Pedro Orlando Muniz, com fundamento no disposto no art. 16, inciso III, alínea c, da Lei 8.443/1992, condenando-se os responsáveis, solidariamente, ao pagamento do dano decorrente da inexecução do Contrato 26/2002, correspondente à integralidade dos recursos federais repassados ao Município para execução do Contrato de Repasse 135.695-47/2001.

110. Por seu turno, como já analisado por meio do subitem 56 desta instrução, registra-se que o fato de o Relator **a quo** ter concluído pelo afastamento da responsabilidade, assim como do eventual débito, associados ao Contrato 30/2002 não tem relação alguma com a responsabilidade e o débito correspondentes ao contrato 26/2002, haja vista que o Relator **a quo** especificou claramente os fatos relacionados a cada um dos contratos em seu Voto (peça 50).

111. Por outro lado, conforme já analisado por meio do subitem 66 desta instrução, no que tange à solicitação que esta Corte promova a produção de prova documental, testemunhal e pericial, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que não compete ao Tribunal determinar, a pedido do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa constitui obrigação da parte (e.g., Acórdãos 859/2013-Plenário; 8.089/2014 e 6.214/2016-1ª Câmara; e 5.920 e 6.214/2016-2ª Câmara).

112. Contudo, como já analisado por meio do subitem 67 desta instrução, há que se ressaltar que efetivamente consta do processo de Representação que originou a presente TCE (TC 17.586/2011-9) um laudo técnico de avaliação elaborado pelo engenheiro Tito Tavares, o qual comprova tecnicamente irregularidades na execução das obras de pavimentação de vias públicas no município de Rio do Campo/SC, conforme mencionado no trecho do Relatório deste feito transcrito a seguir (p. 12 da peça 51):

> *82. Com as devidas vênias, a motivação para incluir o fiscal da obra entre os responsáveis pelas irregularidades na execução das obras de pavimentação de vias públicas no município de Rio do Campo está plenamente caracterizada, pois laudo técnico de avaliação elaborado pelo engenheiro Tito Tavares (TC 17.586/2011-9, peça 1, p. 59-61) e avaliação visual de técnicos do TCE confirma a inexecução de serviços contratados pelo ente público e fiscalizados pelo ora responsável.*

113. Ademais, salienta-se que o trecho transcrito a seguir, extraído do Relatório do feito (p. 14 da peça 51), não deixa nenhuma dúvida acerca da fácil constatação visual da irregularidade no julgamento **a quo**:

> *106. Com o devido respeito, no presente caso não há necessidade de se realizar ensaios técnico para constatar a irregularidade, pois restou comprovada a inexecução de vários serviços presente no contrato por meio de observação visual, tamanho eram as incoerências verificadas. E ao se afastar dos parâmetros técnico definidos no projeto, o fiscal da obra assumiu o risco de o poder público receber uma obra com graves falhas técnicas, o que de fato ocorreu.*

114. Por oportuno, o mencionado DOC. 04 (pp. 41-47 da peça 76) indicado pelos recorrentes como elemento probatório por meio do qual se demonstrariam as supostas fragilidades da "perícia" que fora realizada pelo engenheiro Tito Tavares, na realidade, se refere ao **memorial descritivo da obra**, que estabelece *"as bases fundamentais para a elaboração e apresentação do projeto final de Engenharia para pavimentação com CAUQ e da drenagem pluvial da Rua Campinas."* (p. 42 da peça 76). Destarte, tal elemento probatório não socorre os recorrentes em seu intento de reforma do **decisum** guerreado.

115. Por sua vez, deve-se esclarecer que, conforme jurisprudência pacífica desta Corte, para que se imponha a obrigação de repor um dano ao erário, não é necessário caracterizar enriquecimento ilícito, locupletamento, dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, bastando que se caracterize uma conduta culposa **stricto sensu**, por imperícia, imprudência ou negligência, da qual resulte um dano ao erário, passível de ressarcimento à luz da Lei 8.443/1992 e da Constituição Federal (Acórdãos 1.559/2014-Plenário e 5.297/2013-1ª Câmara). Basta identificar o(s) responsável(is) pelos atos ilícitos e pelo dano ocasionado, quantificar o mencionado dano e estabelecer o nexo de causalidade entre o citado dano e os atos omissivos ou comissivos praticados pelo(s) responsável(is), assim como a existência de solidariedade. Tudo isso está claramente demonstrado nos autos, conforme se depreende do excerto do Relatório do feito transcrito a seguir (p. 10 da peça 51), não podendo ser acatada a tese de responsabilização objetiva dos recorrentes.

> *61. Inicialmente cumpre esclarecer que compete, privativamente, ao TCU julgar as contas de qualquer pessoa física ou jurídica que der causa a irregularidade que resulte dano ao erário.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

62. O art. 8º da Lei 8.443/1992 determina que o Tribunal 'julgue as contas daquele que seja responsável por prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário'. Já o § 2º do art. 16 da mesma Lei permite ao Tribunal, quando julgar a irregularidade das contas de determinado responsável, fixar a responsabilidade solidária de 'terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo, haja concorrido para o cometimento do dano apurado'.

63. Do texto transcrito depreende-se que a legislação infraconstitucional determina o julgamento das contas não só dos administradores públicos, mas também de qualquer um, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que der causa a irregularidades que possam gerar dano aos cofres públicos.

64. No caso em tela, em que a obrigação foi assumida entre a empresa Lepavi Construções e a prefeitura municipal de Rio do Campo, (...) a empresa é o terceiro mencionado no artigo 16 da Lei 8.443/1992.

65. Nesse sentido resta clara a jurisdição do TCU e, no caso do lote do Contrato 26/2002, evidenciou-se que houve ato doloso da contratada quando deixou de realizar serviços essenciais às obras de pavimentação da via, não sendo possível eximir-se de sua responsabilidade.

116. Por outro lado, como já analisado por meio do subitem 55 desta instrução, no que concerne aos precedentes judiciais colacionados pelo recorrente, deve-se ressaltar que esta Corte tem competência e jurisdição privativas lastreadas no art. 71 da Constituição Federal e na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), pautando a sua atuação com base no princípio da independência das instâncias e não se vinculando obrigatoriamente a nenhuma decisão de outros órgãos ou entidades, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial.

117. Por oportuno, cabe esclarecer que o presente processo se insere no campo do controle externo e não no campo do direito disciplinar, como equivocadamente querem dar a entender os recorrentes. Ademais, em evidente contradição, por um lado, os recorrentes defendem a analogia de princípios do direito penal ao presente caso concreto, e, por outro lado, argumentam que interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas.

118. Por seu turno, não há nenhuma violação do princípio da indivisibilidade do processo administrativo, nem tampouco qualquer equívoco por parte deste Tribunal na identificação dos responsáveis pelo dano ao erário ou quanto à individualização da conduta de cada um deles, pois, no âmbito desta Corte, foi realizada a citação solidária dos Srs. Pedro Orlando Muniz, Prefeito signatário dos contratos de repasse e quem autorizou os pagamentos, Valberto Cesio May, fiscal das obras, quem deveria ter detectado e registrado as irregularidades relacionadas à obra em comento, e Giuseppe Leggi Júnior, responsável técnico pela obra, assim como da empresa Lepavi Construções Ltda., pessoa jurídica que se beneficiou pelo recebimento dos pagamentos irregulares. Ressalte-se que a solidariedade no débito decorre de Lei (art. 16, § 2°, alínea "b" da Lei 8.443/1992) e do fato de que todos os responsáveis, por motivos e condutas distintos, concorreram para a consumação do débito.

119. Por sua vez, ressalta-se que a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) não se aplica aos processos no âmbito desta Corte de Contas, tendo em vista que os processos de controle externo sob jurisdição deste Tribunal são regidos por lei específica, a saber, a Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), tendo os julgados deste Tribunal respaldo constitucional (art. 71 da Carta Magna). Portanto, não é cabível a invocação, ainda que analógica, da Lei 8.429/1992.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.

120. Por fim, deve-se salientar que os débitos impostos por meio dos acórdãos deste Tribunal devem ser atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora calculados a partir das datas indicadas no acórdão até o dia da efetiva quitação, na forma da legislação em vigor. Portanto, não há qualquer ilegalidade ou enriquecimento sem causa na mencionada atualização do **quantum debeatur**, como equivocadamente querem dar a entender os recorrentes. Ademais, o pedido de autorização para pagamento de débito em seu valor original, sem a incidência de juros ou de correção monetária, não encontra amparo legal, conforme entendimento já firmado por esta Corte mediante o Acórdão 172/2008-Primeira Câmara (Relator Min. Substituto Augusto Sherman).

121. Por todo o exposto, conclui-se que os argumentos dos recorrentes não merecem ser acatados.

CONCLUSÃO

122. Pelo exposto, entende-se que os argumentos recursais trazidos pelos recorrentes não merecem ser acatados. Portanto, os presentes Recursos de Reconsideração (peças 67 e 76) devem ser conhecidos e desprovidos, para manter o Acórdão 10.913/2016-TCU-2ª Câmara (Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa; peça 49) em seus exatos termos, dando-se posterior ciência aos recorrentes, à Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano – SEDU, à Caixa Econômica Federal – CEF, à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina e à Promotoria de Justiça de Rio do Campo/SC.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

123. Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer dos presentes Recursos de Reconsideração (peças 67 e 76), nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU;

b) no mérito, negar-lhe provimento, para manter o Acórdão 10.913/2016-TCU-2ª Câmara (Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa; peça 49) em seus exatos termos;

c) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes, à Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano – SEDU, à Caixa Econômica Federal – CEF, à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina e à Promotoria de Justiça de Rio do Campo/SC.

Secretaria de Recursos, 20 de abril de 2018.
(assinado eletronicamente)
Fábio Diniz de Souza
AUFC, Mat. 3518-1

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59189317.