

VOTO

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Adeivaldo Pereira Jorge, Ataíde de Oliveira, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, Maurício Hasenclever Borges e Egesa Engenharia S.A. contra o Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário, por meio do qual foram julgadas irregulares suas contas e condenados ao pagamento de débito e multa, em razão de irregularidades identificadas na execução do Contrato 200/96.

2. A avença em questão foi firmada entre a Secretaria de Infraestrutura do estado de Tocantins (Seinfra-TO) e a empresa Egesa Engenharia S.A. para a execução de obras rodoviárias na BR-230/TO, no trecho compreendido entre Aguiarnópolis e Luzinópolis, pelo valor aproximado de R\$ 20,5 milhões. A obra foi custeada por meio do Convênio GP-061/95, pactuado entre o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a Seinfra-TO.

3. As irregularidades que ensejaram a condenação dos responsáveis foram o superfaturamento decorrente de sobrepreço e o desvio de finalidade do contrato.

4. Pelo superfaturamento decorrente de sobrepreço, o qual totalizou R\$ 7.593.483,07 (valores originais), foram condenados: i) a empresa Egesa Engenharia S.A., beneficiária dos valores indevidamente pagos; e ii) os membros do Conselho de Administração do DNER presentes na Sessão 36/96 (Rômulo Fontenelle Morbach, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira), em razão de terem aprovado a continuidade dos trâmites relativos ao Contrato 200/96. Vale ressaltar que o relator do processo submetido ao Conselho foi Wolney Wagner de Siqueira.

5. O desvio de finalidade do contrato, por sua vez, consistiu na utilização inadequada do instrumento para pagamento de cerca de proteção em propriedade privada explorada pela contratada e fora da faixa de domínio da rodovia, no total de R\$ 48.258,69 (valores originais). Em razão dessa irregularidade, foram condenados: i) Adeivaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do Departamento de Estradas de Rodagem do Tocantins – Dertins; ii) Ataíde de Oliveira, ex-Diretor Geral do Dertins; e iii) a empresa Egesa Engenharia S.A..

6. Inconformados, os responsáveis (à exceção de Rômulo Fontenelle Morbach) interpuseram os presentes recursos de reconsideração, que foram conhecidos por meio de despacho à peça 221. No que diz respeito ao mérito, os recursos foram integralmente analisados por auditor da Secretaria de Recursos (Serur). Em resumo, a proposta do auditor, corroborada pelo diretor da subunidade, foi no sentido de:

6.1. dar provimento aos recursos de Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá, Jesus de Brito Pinheiro e Maurício Hasenclever Borges, por considerar que houve prejuízo à defesa decorrente do lapso temporal de catorze anos transcorrido desde suas condutas até as citações;

6.2. negar provimento ao recurso da Egesa Engenharia S.A., pela ausência de argumentos aptos a descaracterizar os superfaturamentos e o desvio de finalidade do contrato;

6.3. dar provimento ao recurso de Ataíde de Oliveira, por não ter sido ele o responsável pela fiscalização *in loco* das obras, na condição de Diretor Geral do Dertins à época; e

6.4. negar provimento ao recurso de Adeivaldo Pereira Jorge, pois caberia a ele, na condição de Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, zelar pela regular execução contratual.

7. O secretário da Serur, por sua vez, discordou parcialmente da proposta do auditor.

8. Segundo o dirigente da unidade instrutora, não restou comprovado que o lapso temporal entre a conduta irregular e a citação teria efetivamente prejudicado o contraditório e a ampla defesa.

9. No que diz respeito ao recorrente Wolney Wagner de Siqueira, o secretário entende que, na condição de Conselheiro Relator do processo 51100.007708/96-74 na Sessão 36/96, ele teria opinado de forma objetiva quanto à compatibilidade dos preços analisados com aqueles praticados no DNER. Por esse motivo, posiciona-se pelo não provimento do recurso desse responsável.

10. Ademais, embora concorde com a proposta de dar provimento aos recursos de José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá, Jesus de Brito Pinheiro e Maurício Hasenclever Borges, entende que o fundamento dessa conclusão consiste na inexigibilidade de conduta diversa dos membros do Conselho de Administração presentes na Sessão 36/96, já que não haveria indício de falha no relato do processo a eles submetido que ensejasse postura diversa da que foi adotada.

11. O Ministério Público junto ao TCU, em seu parecer, corroborou o entendimento do secretário da Serur no sentido de que não houve prejuízo ao contraditório e à ampla defesa decorrente do longo transcurso de tempo entre as condutas e as citações dos membros do Conselho.

12. Entretanto, divergiu do dirigente da unidade instrutora quanto à responsabilidade dos membros desse Conselho. Em seu parecer, manifestou-se no sentido de que a conduta do Conselho teria contribuído para ocorrência do dano ao erário. Segundo o *Parquet*, o Conselho teria competência expressa para deliberar sobre todas as matérias referentes ao Sistema Rodoviário Nacional que lhes fossem submetidas, e essa competência não poderia se restringir à avaliação meramente formal dessas matérias.

13. Assim, considerando que não há evidências de que o Conselho tenha realizado indagações sobre o processo administrativo referente ao contrato, o MPTCU entende que, ao aprovar o prosseguimento dos trâmites relativos ao Contrato, o Conselho teria assumido o risco de endossar a avaliação do relator, motivo pelo qual pugna pela negativa de provimento aos recursos interpostos pelos seus membros.

14. No que tange a Wolney Wagner de Siqueira, o MPTCU pronunciou-se de acordo com análise empreendida pelo secretário da Serur.

15. Quanto aos demais recorrentes (Egesa Engenharia S.A., Adevaldo Pereira Jorge e Ataíde de Oliveira), o *Parquet* corroborou os posicionamentos uniformes do auditor e do dirigente da Serur, no sentido de negar provimento aos recursos dos dois primeiros e dar provimento ao recurso do último.

16. Passo a tratar da matéria.

II

17. Preliminarmente, por ser matéria de ordem pública, início pela avaliação de possível prescrição da pretensão punitiva, dado o longo tempo transcorrido desde as ocorrências.

18. Sobre o assunto, o paradigmático Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário estabeleceu que, para os processos que tramitam neste Tribunal, incide a regra dos arts. 202 e 205 do Código Civil, ou seja, a prescrição geral de dez anos a partir da ocorrência dos fatos e a interrupção do prazo prescricional pelo ato que ordena a citação no âmbito do TCU. Após a interrupção, reinicia-se a contagem do prazo de dez anos para que o processo seja julgado.

19. Ocorre que, no que tange aos membros do Conselho de Administração do DNER, a conduta que ensejou sua responsabilização (aprovar o prosseguimento do Contrato 200/96) deu-se na Sessão 36/96, em 25/9/1996. Considerando a vigência do novo Código Civil a partir de 11/1/2003 e, como transcorrido pouco mais de seis anos da origem das ocorrências até a entrada em vigor do novo Código Civil, menos, pois, da metade do prazo prescricional de 20 anos do Código anterior, entende-se

ser aplicável ao caso a regra intertemporal do artigo 2.028 da referida lei, com prazo decenal contado a partir de 11/1/2003, para que fosse promovida a comunicação válida a interromper a prescrição ou ser efetivamente exercida a pretensão punitiva da Administração.

20. As citações, por sua vez, foram autorizadas em 30/4/2010 (peça 12, p. 42-45). Sendo assim, não restou prescrita a pretensão punitiva quanto a Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cezar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Rômulo Fontenelle Morbach.

21. No que diz respeito à empresa Egesa, registro que as condutas pelas quais foi responsabilizada consistem nos recebimentos por valores aos quais não fazia jus, o que se aplica tanto à irregularidade de superfaturamento por sobrepreço, quanto à irregularidade de desvio de finalidade do contrato. Assim, as datas que deverão ser levadas em consideração para início da contagem do prazo prescricional coincidem com as datas das parcelas dos débitos correspondentes.

22. Para ambas as irregularidades, o ato que ordenou a citação da contratada deu-se em 11/4/2007 (peça 3, p. 16-17). Portanto, de acordo com a regra intertemporal já mencionada no item 19 deste voto, não restaram prescritas as multas a que se referem os itens 9.3 e 9.7 do acórdão recorrido quanto à empresa.

23. Por fim, no que tange a Ataíde de Oliveira e Adeuvaldo Pereira Jorge, sua conduta consumou-se no ato do pagamento indevido, ou seja, em 17/12/1999. O ato que ordenou sua citação, por sua vez, foi exarado em 11/4/2007 (peça 3, p. 16-17). Portanto, não restou prescrita a pretensão punitiva desta Corte quanto a esses responsáveis, motivo pelo qual, em análise preliminar, devem ser mantidas as multas a eles aplicadas por meio do item 9.7 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário.

III

24. Ainda sobre questões preliminares, observo que alguns argumentos referentes ao longo transcurso de tempo entre os fatos e as citações foram, repetidamente, apresentados pelos recorrentes, quais sejam: i) estaria prescrita a ação de ressarcimento, com fundamento, especialmente, nas Leis 9.873/1999, 8.429/1992, 8.112/1990 e 12.846/2013, no Decreto 20.910/1932, no que decidiu o STF no âmbito do Recurso Extraordinário 669.069 e na IN-TCU 56/2007; ii) teria ocorrido prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

25. Acerca das Leis 9.873/1999 e 8.429/1992, importante destacar que elas versam sobre prescrição da pretensão punitiva; a 8.112/1990, no que tange à prescrição, sobre ação disciplinar contra servidores públicos; a 12.846/2013, sobre responsabilização de pessoas jurídicas para fins sancionatórios; e o Decreto 20.910/1932, sobre dívida passiva dos entes federativos. Nenhum dos normativos mencionados cuida das ações de ressarcimento ao erário, que, segundo o art. 37 da Constituição Federal de 1988, e de acordo com a jurisprudência do TCU e do Supremo Tribunal Federal (STF), são imprescritíveis.

26. No que tange à tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos – que, repita-se, são imprescritíveis, conforme os Acórdãos 232/2017-TCU-Primeira Câmara, 2.910/2016-TCU-Plenário, 5.939/2016-TCU-Segunda Câmara e 5.928/2016-TCU-Segunda Câmara.

27. Quanto à IN-TCU 56/2007, relembro que ela foi revogada pela IN-TCU 71/2012. Entretanto, no que importa ao argumento dos recorrentes, foi mantido o comando que dispensa a instauração de tomada de contas especial após o transcurso de dez anos entre a ocorrência do dano.

28. Sobre o tema, cabe mencionar que, conforme a jurisprudência dominante deste Tribunal, à qual me alinho, o art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012 não tem aplicação automática nos casos em que

se passaram dez anos, ou mais, entre o fato e a citação. Isso porque o mero transcurso do tempo não acarreta, em toda e qualquer situação, prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório, devendo a configuração de tal prejuízo ser analisada em cada caso concreto, sob pena de violar-se a regra da imprescritibilidade das ações de cobrança de dano ao erário (Acórdãos 3.898/2016 e 3.879/2017, da Primeira Câmara, e 3.457/2017 e 10.452/2016, da Segunda Câmara, entre outros).

29. Dito isso, observo que, no caso em exame, não há evidências de que o decurso do tempo até a citação dos responsáveis por este Tribunal tenha prejudicado seu direito de defesa, conforme consignado pelo secretário da Serur e pelo MPTCU em suas manifestações, as quais incorporo às minhas razões de decidir no que diz respeito a este assunto.

30. Portanto, devem ser rejeitados os argumentos dos recorrentes referentes à prescrição do débito e ao prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

IV

31. Passando ao mérito, acolho, de pronto, os exames convergentes empreendidos pela Serur e pelo MPTCU no que diz respeito aos recursos interpostos por Ataíde de Oliveira, Adevaldo Pereira Jorge e pela empresa Egesa Engenharia S.A., motivo pelo qual os incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer os seguintes comentários.

32. No que tange a Adevaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, verificou-se que sua assinatura constou em todas as páginas do boletim de medição em que se atestou a cerca de vedação executada em propriedade privada e fora da faixa de domínio da rodovia. Assim, restou evidenciada sua responsabilidade pelo débito identificado. Considerando que todos os argumentos trazidos pelo recorrente foram devidamente analisados e refutados pela unidade instrutora, deve-se negar provimento ao seu recurso, mantendo-se inalterada a deliberação no que diz respeito a ele.

33. Diferente é o caso de Ataíde de Oliveira, ex-Diretor Geral do Dertins. O fato de não constar sua assinatura no referido boletim de medição, bem como de não haver qualquer indício de que ele tenha concorrido para a ocorrência da irregularidade, impõe que seja dado provimento ao seu recurso, tornando insubsistente o item 9.6 e, conseqüentemente, o item 9.7 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário quanto a esse responsável.

34. Quanto à empresa Egesa, beneficiária dos pagamentos indevidos, verifico que boa parte de seus argumentos, referentes ao superfaturamento por sobrepreço, já foi amplamente analisada e rebatida em outras etapas destes autos. Nesta oportunidade, considerando o efeito devolutivo do recurso de reconsideração, a Serur debruçou-se, uma vez mais, sobre a linha argumentativa da empresa, concluindo não ser suficiente para alterar o julgamento anteriormente proferido, no que foi acompanhada pelo MPTCU.

35. Corroborando os posicionamentos uniformes da unidade instrutora e do *Parquet*, pugno pela negativa de provimento ao recurso da empresa.

36. Ressalto que, no que diz respeito ao recebimento pela instalação de cerca de proteção em propriedade privada explorada pela contratada e fora da faixa de domínio da rodovia, a empresa Egesa não apresentou razões recursais, devendo-se manter inalteradas as deliberações correspondentes.

V

37. Acerca dos argumentos trazidos pelos membros do Conselho de Administração do DNER, o auditor da Serur empreendeu análise no sentido de que a responsabilidade pelo superfaturamento por sobrepreço deveria recair somente sobre Wolney Wagner de Siqueira, por ter sido ele quem, na condição de Diretor de Engenharia Rodoviária e relator do processo 51100.007708/96-74 na Sessão

36/96, propôs prosseguir com o andamento do Contrato 200/96, registrando em seu parecer que os preços estariam compatíveis com os praticados pelo DNER.

38. Assim, diante da inexistência de indícios de que haveria qualquer irregularidade no processo em questão, o auditor da Serur, com a anuência do secretário, considerou que seria de extremo rigor exigir que o Conselho houvesse se debruçado sobre os autos a fim de reavaliar as planilhas e convalidar o parecer que havia sido exarado pelo relator.

39. Diante desse cenário, a conclusão preliminar do auditor da Serur foi no sentido de que a responsabilidade por essa irregularidade deveria recair somente sobre Wolney, cabendo dar provimento aos recursos dos demais membros do Conselho (Rômulo Fontenelle Morbach, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Maurício Hasenclever Borges), a fim de tornar insubsistentes os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário quanto a esses responsáveis.

40. Entretanto, prosseguindo com as análises, o auditor da Serur entendeu que teria restado comprometido o contraditório e a ampla defesa de todos os membros do Conselho em razão do longo transcurso de tempo entre suas condutas e suas citações. Esse foi o fundamento adotado por ele para propor dar provimento aos recursos ora em comento.

41. Registrando, uma vez mais, que as conclusões finais aduzidas pelo auditor não foram acolhidas pelo secretário da unidade instrutora e nem pelo MPTCU, reforço o posicionamento já consignado neste voto de que não há indícios concretos de que tenha havido prejuízo ao contraditório e à ampla defesa no presente caso.

42. Feita essa ressalva, corroboro a conclusão preliminar do auditor, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir – no que não contrariar este voto, exceto no que tange a Wolney Wagner de Siqueira.

43. Embora concorde com o membro do Ministério Público junto ao TCU quando pontua que os membros do Conselho poderiam ter pedido vista dos autos, entendo que, na prática, não seria razoável que, para todos os processos submetidos ao Conselho, seus membros adotassem postura de excessiva precaução ou mesmo desconfiança quanto às análises empreendidas pelo relator e envidassem esforços a fim de conferir os cálculos já realizados e validar ativamente as conclusões aduzidas.

44. Considerando que o processo em questão não aparentava conter aspectos dúbios que demandassem análise mais aprofundada para sua aprovação, deixo de acompanhar o posicionamento do *Parquet* quanto a esse ponto.

45. Assim, em linha com a Serur, reputo que deve ser dado provimento aos recursos de Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Maurício Hasenclever Borges, tornando insubsistentes os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário quanto a esses responsáveis.

46. Apesar de não haver interposto recurso, o mesmo tratamento deve ser conferido a Rômulo Fontenelle Morbach, em razão do que dispõe o art. 161 do Regimento Interno do TCU. Dessa forma, os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário devem ser considerados insubsistentes quanto a esse responsável.

47. Aliás, essa linha de decisão se coaduna com certa reflexão que tenho feito em alguns processos sobre a natureza excepcional da responsabilização de membros de Conselho de Administração (em especial, Acórdãos 2.474/2018 e 2.993/2018, ambos do Plenário). É importante termos em mente que agentes que integram o Conselho de Administração não são, em regra, gestores regulares da companhia, o que exige que sua responsabilização demonstre que a conduta por eles

adotada destoa do padrão de diligência esperado para essa posição e que era razoável exigir comportamento diverso do agente que estivesse naquela condição.

48. Por isso, divirjo do posicionamento da Serur quanto à situação de Wolney Wagner de Siqueira. A meu ver, os mesmos fundamentos dos demais agentes aplicam-se à sua situação, uma vez que, ainda que na condição de relator, ele se baseou nos pareceres técnicos que estavam disponíveis para sua decisão. Em adição, verifico que, no ofício citatório, não havia qualquer menção ao fato de ele ser o relator do processo 51100.007708/96-74. Conforme se depreende do ato que ordenou a citação (peça 12, p. 42-45), não foi realizada qualquer diferenciação entre a conduta do ex-Diretor de Engenharia Rodoviária e os demais membros do Conselho. Diante desse cenário, os fundamentos da condenação não estariam congruentes com os que foram apresentados ao responsável para que se manifestasse nos autos. A meu ver, eventual responsabilização do agente na condição de relator do processo submetido ao Conselho deveria ensejar nova citação, mais específica, o que reputo ser inoportuno, dada a fase em que o processo se encontra e o longo transcurso de prazo entre as irregularidades e as novas citações. Portanto, julgo mais adequado dar provimento ao recurso de Wolney Wagner de Siqueira, tornando-se insubsistentes os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.511/2015-TCU-Plenário quanto a ele.

49. Registro que não há qualquer óbice à imputação do débito a que se refere o item 9.3 do acórdão recorrido exclusivamente à empresa Egesa, dado o entendimento de que é possível o julgamento das contas e a condenação em débito de pessoa jurídica privada por danos cometidos ao erário sem que haja solidariedade com agentes da Administração Pública (Acórdão 946/2013-TCU-Plenário, em entendimento posteriormente replicado em diversas outras oportunidades, a exemplo dos Acórdãos 321/2019 e 1.160/2016, do Plenário, 10.261/2017 e 3.328/2019, da Primeira Câmara, e 9.796/2018 e 72/2015, da Segunda Câmara).

Ante o exposto, voto por que esta Corte adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 05 de junho de 2019.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator