

VOTO

Cuidam os autos de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. Cícero de Oliveira, José Moacir Torres e Luiz Berti Tomás Sanjuan e pela empresa Construtora Gautama Ltda. contra o Acórdão 501/2009-TCU-Plenário, lavrado no âmbito de tomada de contas especial decorrente de conversão de relatório de levantamento de auditoria realizada pela Secex/BA.

2. A fiscalização tinha por objetivo verificar a adequabilidade da execução das obras de infraestrutura de irrigação de uso comum/Adutora da Serra da Batateira/BA, as quais foram objeto de programa de trabalho específico da Lei Orçamentária de 2001.

3. No presente processo, foi realizada a citação do Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan e do espólio do Sr. Hamilton Pereira de Souza Filho, ambos ex-Prefeitos do Município de Sobradinho/BA, dos Srs. Genilson Barbosa da Silva, Valter Tiago da Silva, Paulo Roberto de Araújo Barros e José Moacir Torres, ex-Secretários de Obras do Município, e da empresa Construtora Gautama Ltda., contratada para a execução das obras, em razão da ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999.

4. Após a análise das alegações de defesa apresentadas, este Tribunal, por meio do Acórdão 501/2009-TCU-Plenário, decidiu:

“ 9.1. julgar irregulares as presentes contas, nos termos dos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas **b** e **c**, da Lei 8.443/1992, condenando solidariamente os seguintes responsáveis:

9.2. o espólio do Sr. Hamilton Pereira de Souza Filho, ex-Prefeito Municipal de Sobradinho/BA, na pessoa da inventariante, Sra. Kátia Sá Pereira de Souza, ou caso já tenha havido a partilha dos bens do **de cujus**, seus herdeiros/successores, até o limite do valor do patrimônio transferido, a Construtora Gautama Ltda. e os seguintes ex-gestores, ao pagamento das quantias a seguir discriminadas, relativas ao Contrato n. 001/1993, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, a partir das respectivas datas de ocorrência, até a efetiva quitação dos débitos, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea **a**, da citada Lei:

9.2.1. Genilson Barbosa da Silva (Secretário Municipal de Obras, de novembro de 1995 a fevereiro de 1996):

<i>Datas</i>	<i>Valores</i>
15/12/1995	R\$ 251.410,84
19/01/1996	R\$ 203.922,90
26/02/1996	R\$ 408.089,40

9.2.2. Valter Tiago da Silva (Secretário Municipal de Obras, de abril a dezembro de 1996):

<i>Datas</i>	<i>Valores</i>
08/04/1996	R\$ 36.028,34
03/05/1996	R\$ 459.198,36
11/06/1996	R\$ 27.423,26
20/08/1996	R\$ 83.888,66
12/09/1996	R\$ 308.867,05

15/10/1996	R\$ 183.986,78
------------	----------------

9.3. o Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-Prefeito de Sobradinho/BA, a Construtora Gautama Ltda. e os seguintes ex-gestores:

9.3.1. Paulo Roberto de Araújo Barros (Secretário Municipal de Obras, de janeiro a dezembro de 1997):

<i>Contrato n. 001/1993</i>	
<i>Datas</i>	<i>Valores</i>
17/01/1997	R\$ 131.383,32
30/06/1997	R\$ 231.698,20
16/07/1997	R\$ 621,90
30/07/1997	R\$ 8.843,79
13/10/1997	R\$ 275.824,01
10/10/1997	R\$ 2.795,17
04/11/1997	R\$ 38.582,95

9.3.2. José Moacir Torres (Secretário Municipal de Obras, de janeiro de 1998 a dezembro de 2000):

<i>Contrato n. 001/1993</i>	
<i>Datas</i>	<i>Valores</i>
17/02/1998	R\$ 3.179.026,95
29/10/1998	R\$ 172.241,20
1º/05/1998	R\$ 221.746,89
05/06/1998	R\$ 232.497,37
09/07/1998	R\$ 785.731,81
05/08/1998	R\$ 741.359,52
01/09/1998	R\$ 858.718,51
06/10/1998	R\$ 716.054,05
<i>Contrato n. 055/1998</i>	
12/01/1999	R\$ 162.405,33
09/02/1999	R\$ 263.819,11
<i>Contrato n. 001/1999</i>	
19/03/1999	R\$ 77.324,71
15/07/1999	R\$ 249.603,64
27/08/1999	R\$ 119.741,57
1º/10/1999	R\$ 17.246,78

9.4. aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, aos seguintes responsáveis nos valores a seguir discriminados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação a ser expedida, para que comprovem, perante o TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

9.4.1. Construtora Gautama Ltda., R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais);

9.4.2. Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

9.4.3. Sr. Genilson Barbosa da Silva, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

9.4.4. Sr. Valter Tiago da Silva, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

9.4.5. Sr. Paulo Roberto de Araújo Barros, R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

9.4.6. Sr. José Moacir Torres, R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

9.5. aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da mesma Lei n. 8.443/1992, aos Srs. Luiz Berti Sanjuan, no valor de 10.000,00 (dez mil reais), e Cícero de Oliveira, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação a ser expedida, para que comprovem, perante o TCU, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

5. Registro que as multas de que trata o subitem 9.5 da referida deliberação decorreram de atos jurídicos apurados no TC 006.510/2002-8 e TC 002.035/1999-5, os quais foram apensados ao presente feito.

6. Em apertada síntese, os recorrentes alegaram, quanto ao débito, que inexistia o sobrepreço apontado pelo Tribunal; que era inadequado comparar o custo da obra com o de outra completamente diferente da executada; que era incorreto utilizar a tabela do Sicro/Dnit, por se tratar de sistema afeto a obras rodoviárias e em razão de sua generalidade e das peculiaridades da obra em exame; que o preço global da obra estava compatível com o de mercado, obtido a partir da tabela da Codevasf, que não haviam sido consideradas as variantes que integravam o BDI; e que havia decaído o direito de a Administração rever os seus próprios atos.

7. O Sr. José Moacir Torres ponderou ainda ter sido incorreta a sua responsabilização, uma vez que o fundamento utilizado para a sua condenação foi o fato de ele ter assinado os boletins de medição, porém o débito não se relacionava a irregularidades nas medições, mas sim à constatação de sobrepreço em alguns preços unitários.

8. O Sr. Cícero de Oliveira, por sua vez, alegou que a multa que lhe fora imputada estava prescrita e que não se aplicava a tese da imprescritibilidade ou da prescritibilidade decenal do Código Civil.

9. A respeito dos expedientes recursais apresentados, o Auditor Federal de Controle Externo da Serur manifestou-se pelo provimento do recurso de reconsideração do Sr. José Moacir Torres, afastando-lhe o débito e a multa; e pelo não provimento dos interpostos da Construtora Gautama Ltda. e dos Srs. Cícero de Oliveira e Luiz Berti Tomás Sanjuan. A referida proposta foi acatada pelo Diretor daquela unidade técnica.

10. O Secretário da Serur, por sua vez, anuiu em parte com o encaminhamento formulado, tendo sugerido o provimento do recurso dos Srs. José Moacir Torres e Luiz Berti Tomás Sanjuan e o aproveitamento das razões de decidir aos Srs. Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, para excluí-los da relação processual.

11. O Ministério Público junto ao Tribunal entendeu que apenas o recurso interposto pelo Sr. José Moacir Torres merecia provimento, aproveitando-se, todavia, aos Srs. Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva os argumentos utilizados para afastar a responsabilidade daquele recorrente.

12. Feito esse breve registro, passo ao exame da admissibilidade dos recursos em apreço. Na linha dos pareceres anteriores, entendo que os expedientes recursais devem ser conhecidos, uma vez que preenchem os pressupostos constantes dos arts. 32, inciso I, parágrafo único, e 33 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU.

I

Da existência de sobrepreço

13. No mérito, verifico que as instâncias instrutivas abordaram com propriedade os argumentos trazidos acerca da ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999, tendo se debruçado criteriosamente quanto à correção da metodologia e do parâmetro de preços utilizados para a imputação de débito e à não demonstração de especificidades relevantes na obra que afastassem a referência de preços adotada pela unidade técnica.

11. No que toca à alegação de que a utilização do sistema informatizado de preços Sicro/Dnit foi imprópria, pela generalidade dos preços do sistema, concordo com a assertiva da Serur no sentido de que a Secex/BA e a Secob fizeram uso de paradigma adequado, uma vez que se tratava do sistema de preços vigente à época dos fatos, além de não ter sido demonstrada pelo recorrente, no presente caso concreto, a vantagem de se adotar as composições de custos do Sicro 2, visto que tal sistema implicaria o aumento do valor do débito.

12. Com relação à inadequação da utilização do Sistema Sicro em razão da natureza da obra em exame (construção de canal), ressalto os itens nos quais foi apontado sobrepreço – escavação, carga e transporte de material de 1ª e 3ª categorias - tratam de serviços que, de forma geral, não apresentam grandes variações de método executivo quando comparados a serviços equivalentes realizados em obras de construção de estradas.

13. Tanto é assim, que o Sistema Sicro tem sido utilizado de forma recorrente pelo Tribunal como paradigma de mercado para os preços dos serviços de terraplenagem, em obras hídricas de construção de canais de adução e sistemas de irrigação, realizando-se apenas as adaptações necessárias à situação concreta da obra, desde que efetivamente demonstrada pelo órgão contratante ou pela empresa interessada. Nesse sentido, cito os Acórdãos 1.932/2012-TCU-Plenário (Obras do Perímetro de Irrigação Marrecas/Jenipapo), 3.128/2010-TCU-Plenário e 453/2011-TCU-Plenário (Obras de Construção do Canal Adutor Alagoano), 3.267/2011-TCU-Plenário (Perímetro de Irrigação São João), 5.748/2011-TCU-1ª Câmara (Projeto de Irrigação Rio Formoso), 1.380/2012-TCU-Plenário (Perímetro de Irrigação de Arroio Duro na Costa Doce), 723/2012-TCU-Plenário e 1.165/2012-TCU-Plenário (Obras de Integração do Rio São Francisco).

14. No respeitante ao argumento de que não houve a consideração das especificidades das obras, registro que os recorrentes se limitaram a alegar às supostas peculiaridades, sem demonstrar mediante argumentos técnicos, documentos e memórias de cálculo a repercussão de tais especificidades nos coeficientes de produção dos insumos e de mão de obra. Dito de outra forma, os defendentes não demonstram analiticamente o impacto de tais supostas especificidades nos custos de execução dos serviços arrolados pela unidade técnica.

15. Nesse ponto, cito os seguintes fatos consignados na instrução da Secob que analisou as alegações de defesa, os quais permanecem sem justificativas nesta etapa processual:

35. *Por esse motivo, considerou-se que as composições dos serviços de escavação, carga e transporte de material de 1ª e 3ª categoria dos Contratos ns. 055/1998 e 001/1999*

sejam as mesmas do Contrato n. 001/1993. Mesmo depois do exame dessas composições, não se consegue explicar porque as produtividades observadas nos serviços dessa obra sejam tão inferiores àquelas praticadas no Sicro, a ponto de a contratada ter que adotar preços tão acima dos de mercado.

36. A fim de justificar os altos valores cobrados para os dois serviços, a contratada apenas argumenta haver na obra uma série de interferências locais com proprietários, adutoras, permissão de acessos, além da dificuldade de deslocamento dos equipamentos, o que acarretaria um grau de ociosidade elevado de equipamentos, muito superior à ociosidade para a construção de uma estrada. Isso reduziria a produtividade da patrulha e conseqüentemente aumentaria os custos. Entretanto, ao examinar as composições dos serviços contratados e as de referência, conclui-se que o sobrepreço apurado resulta principalmente dos custos unitários alocados para a mão-de-obra. Em alguns casos, os custos unitários de equipamentos apresentam-se também superiores aos referenciais, mas não na mesma proporção dos de mão-de-obra.

(...)

39. Vale lembrar que a contratada alega que o sobrepreço levantado seria justificado pelas peculiaridades das obras de escavação do aludido canal, em virtude de esse tipo de obra possuir produtividades diferentes das de construção de uma rodovia. Contudo, não explicou quantitativamente porque adotou coeficientes para os insumos de equipamentos e principalmente de mão-de-obra tão díspares dos então adotados pelo Sicro e Codevasf. A pretexto de melhor exemplificar, não foi justificado porque o custo unitário de mão-de-obra para a escavação de 3ª categoria é quase 42 vezes maior que o do Sicro, enquanto o de equipamento é apenas 2,74.” (grifos acrescidos)

16. De mais a mais, registro que as instâncias técnicas instrutivas já consideraram uma menor produtividade dos serviços de escavação, quando da análise das alegações de defesa e fixação do valor do débito aos responsáveis. Nesse sentido, foi proposta a redução do débito consignado originalmente nos ofícios de citação, em razão da utilização da produtividade dos serviços equivalentes em obras de restauração rodoviária, as quais são 10% inferiores aos de construção rodoviária, anteriormente usados como referência pela Secex/BA.

17. Além de não ter sido demonstrada a ocorrência de especificidades nas obras em apreço que ensejasse uma redução ainda maior na produtividade das composições dos serviços de escavação, destaco que não resta comprovado nem mesmo um dos argumentos invocado pelos responsáveis para justificar o preço elevado dos serviços: a ocorrência de interferências locais com proprietários, permissão de acessos, além da dificuldade de deslocamento dos equipamentos.

18. Nesse sentido, registro que consta dos autos declaração do ex-Prefeito de Sobradinho, Luiz Berti Tomás Sanjuan, de que o Canal da Serra da Batateira estava sendo construído em áreas declaradas de utilidade pública e, que “(...) por ser uma antiga reivindicação dos pequenos e microprodutores rurais de Sobradinho, a obra vem sendo executada mediante consentimento amigável dos proprietários, o que supõe possível também na implantação do trecho do restante do canal. Caso não se efetive na sua totalidade, serão tomadas as medidas judiciais cabíveis.” (peça 4, p. 14) (grifos acrescidos).

19. A despeito da menor relevância do presente fato para a configuração ou não da irregularidade, na medida em que os recorrentes não demonstraram o impacto e a repercussão das supostas interferências nos coeficientes de produtividade e nos custos dos serviços de escavação, a questão é que as mencionadas interferências com os proprietários constitui hipótese de difícil dedução lógica. Afinal, se as obras de construção do canal da Serra da Batateira objetivavam transportar água da Barragem de Sobradinho para regiões com conhecido déficit hídrico, no estado da Bahia, não é

crível imaginar que os proprietários das áreas contíguas ao canal teriam interesse em obstaculizar a construção de uma obra que iria beneficiá-los e valorizar os seus imóveis. Ainda mais por essa razão, não assiste razão aos recorrentes.

20. Outrossim, anoto que a escolha do Sicro-1/Dnit como referência de estimação de débito se mostrou mais benéfica aos recorrentes, conforme demonstraram as unidades instrutivas. Conforme visto, foram apresentados vários outros preços de referência, incluindo os do Sicro-1, os quais geraram menor sobrepreço dentre os demais.

21. No respeitante às considerações sobre o BDI, rejeito os argumentos apresentados porquanto o BDI praticado pela empresa contratada foi de 35%, conforme documento juntado à sua proposta de preços, estando, portanto, abaixo do estabelecido como referência na análise enfilexada por este Tribunal, o especificado no Sicro, à época, ou seja, 35,8%.

22. Com relação à alegação de que não houve sobrepreço global, concordo com os argumentos trazidos pela Serur, uma vez que a comparação empreendida pela empresa Construtora Gautama Ltda. utilizou parâmetros de custos dos serviços de escavação incorretos extraídos do sistema de preços da Codevasf, porquanto se referiam a escavações localizadas, as quais não são indicativas dos custos de escavação em canais. Desse modo, não há o que se falar em inexistência de sobrepreço global, pelo contrário, a materialidade dos itens em que foi apurado sobrepreço, frente ao valor total dos contratos, permite concluir que os contratos estão maculados com sobrepreço global.

23. Acerca da afirmação de que havia decaído o direito de a Administração rever os seus próprios atos, pontuo que o argumento não merece prosperar, porquanto a deliberação recorrida não cuida da anulação de atos administrativos, mas sim de imputação de débito aos responsáveis em razão de danos cometidos ao erário.

24. Dessa forma, entendo configuradas a ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999, e a possibilidade jurídica de condenação dos responsáveis em débito, não assistindo, portanto, razão aos recorrentes.

II

Da Responsabilização pelo débito

25. Dito isso, passo a analisar os argumentos apresentados acerca da responsabilização.

26. Relativamente ao Sr. José Moacir Torres, concordo com a Serur e com o Ministério Público junto ao TCU no sentido de que não resta demonstrada a participação do recorrente na construção do débito desta tomada de contas especial, o qual teve como causa jurídica a ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999.

27. **In casu**, o recorrente agiu nos limites usuais do exercício de suas funções, como Secretário de Obras, tendo se limitado a atestar a realização da obra nos moldes contratados, quando da realização das medições. Nesse sentido, não há documentos nos autos que indiquem que o defendente tenha participado dos atos jurídicos que deram ensejo ao dano ao erário, quais sejam, os referidos contratos e aditivos firmados. Por esse motivo, entendo adequado dar provimento ao expediente recursal interposto pelo Sr. José Moacir Torres, para o fim excluí-lo do rol de responsáveis do presente processo.

28. Como consequência, julgo pertinente, em linha de consonância com a Serur e o **Parquet** especializado, estender as razões de decidir expostas no item anterior para também excluir do rol de responsáveis os Srs. Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, uma vez que todos eles atuaram apenas como Secretários de Obras, na fase de liquidação da despesa.

29. No respeitante ao Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan, ex-prefeito de Sobradinho/BA, discordo da proposta de encaminhamento do auditor informante e do posicionamento do MPTCU e concordo parcialmente com o parecer do Secretário da Serur.
30. Isso porque a situação do aludido recorrente é semelhante aos dos Srs. José Moacir Torres, Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva apenas com relação aos débitos originados do Contrato 001/1993. Nesse sentido, observo que o Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan iniciou sua gestão como Prefeito em 1997, não havendo elementos nos autos que demonstrem a sua participação os atos jurídicos que deram ensejo à aludida contratação e aos termos aditivos firmados em momento anterior ao seu mandato.
31. Com relação aos pagamentos efetuados em face do referido contrato, durante o seu mandato, anoto que o defendente atuou apenas na etapa de liquidação da despesa, tendo agido nos limites usuais de ordenador de despesas. Nesse passo, não era conduta esperada do gestor, considerando as circunstâncias do presente caso concreto, rediscutir ou analisar preços de serviços expressos em planilha de contrato que vinha sendo executado desde 1995, ou seja, antes de ele assumir o cargo de Prefeito do Município.
32. Por essa razão, entendo adequado excluir do débito imputado ao ex-Prefeito todos os valores pagos em razão do Contrato 001/1993, persistindo sob sua responsabilidade apenas o dano decorrente dos Contratos 055/1998 e 001/1999, os quais estão apostos no subitem 9.3.2 da deliberação recorrida.
33. Dito isso, constato que remanesceu como responsável pelo débito indicado no subitem 9.3.1 e no subitem 9.3.2, quanto à parcela decorrente do contrato 001/1993, apenas a empresa Construtora Gautama Ltda., pessoa jurídica não vinculada à Administração. No capítulo IV do presente voto, trato as implicações desse fato quanto ao julgamento de mérito ora proposto.
34. Com relação à Construtora Gautama Ltda., ressalto que ela não produziu argumentos acerca da sua responsabilização, tendo se concentrado a contestar a existência do débito, conforme tratado no capítulo anterior. Sendo assim, uma vez configurada a ocorrência de sobrepreço nos Contratos 1/993, 55/1998 e 1/1999, deve ser negado provimento ao seu pedido de reexame.

III

Das multas interpostas aos responsáveis

35. Com relação à alegação do Sr. Cícero de Oliveira de que houve prescrição da multa que lhe fora imposta e da inadequação das teses da imprescritibilidade e da prescrição decenal, ressalto que a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de aplicar as regras gerais estabelecidas no Código Civil para a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas. Nesse sentido, invoco os Acórdãos 1.727/2003, 330/2007 e 2.073/2011, da 1ª Câmara; 8/1997 e 11/1998 e 5/2003, da 2ª Câmara; 71/2000, 61/2003, 771/2010 e 474/2011, do Plenário.
36. No presente caso, os atos irregulares que ensejaram multa ao responsável foram apurados originalmente no processo TC 002.035/1999-5, o qual foi apensado ao presente feito por força de despacho lavrado pelo então Ministro Relator Ubiratan Aguiar.
37. Conforme o item 40 do voto condutor da deliberação recorrida, trata-se de irregularidades praticadas por ocasião da Concorrência 1/1998, ou seja, de fatos ocorridos à época do Código Civil de 1916. Sendo assim, com a vigência do novo Código Civil a partir de 11/1/2003, deve-se recorrer à regra intertemporal do artigo 2.028 da referida lei, que assim dispõe: *Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*.
38. Dessa forma, como houve o transcurso de menos de 10 anos, quando da entrada em vigor do novo Código, o caso concreto apurado nos autos está sujeito ao prazo decenal, contado a partir de 11/1/2003 (no que se refere ao termo a **quo** do prazo prescricional, vide Acórdãos 53/2005-TCU-2ª

Câmara, 124/2005-TCU-2ª Câmara e 27/2013-TCU-Plenário, além de precedentes do STJ, a exemplo do REsp 838414).

39. Na situação em exame, o responsável tomou ciência do ofício de audiência realizado no processo TC 002.035/1999-5, em 20/3/2000 (peça 4, p. 32). O Acórdão 501/2009-TCU-Plenário, que aplicou multa ao responsável, foi publicado no DOU em 31/3/2009.

40. Desse modo, diante da interrupção do prazo prescricional em 2000, nos termos do art. 202, inciso I do Código Civil, e da aplicação da sanção em 2009, verifica-se que não houve prescrição da ação punitiva deste Tribunal, não assistindo razão ao recorrente.

41. Sendo assim, afasto a preliminar de prescrição trazida pelo Sr. Cícero de Oliveira.

IV

Da possibilidade de condenação em débito de pessoa jurídica privada por danos cometidos ao erário sem a imputação de solidariedade com agentes da Administração Pública

42. Nesse ponto, volto à situação consignada no item 33 do presente voto, em que, diante dos elementos carreados aos autos, concluí que remanescia como responsável pelo débito indicado no subitem 9.3.1 e no subitem 9.3.2, quanto à parcela decorrente do contrato 001/1993, apenas a empresa Construtora Gautama Ltda., pessoa jurídica não vinculada à Administração.

43. Acerca do assunto, trago à baila a comunicação que fiz na Sessão Plenária de 28/11/2012, na qual expus estudo a respeito da possibilidade de condenação em débito de pessoa jurídica privada por danos cometidos ao erário sem a imputação de solidariedade com agentes da Administração Pública.

44. O art. 70 da Constituição Federal assim dispõe em seu parágrafo único:

“Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

45. A primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal atribui ao Tribunal de Contas da União a competência de:

“II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, (...)”

46. Esses dois dispositivos constitucionais estão fortemente entrelaçados. O primeiro disciplina o princípio constitucional da prestação de contas e estabelece aqueles que devem prestá-las. O segundo estabelece a jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre a matéria.

47. Da análise dos limites subjetivos fixados por essas disposições, verifica-se que o dever de prestar contas e a jurisdição do TCU sobre os responsáveis envolve tanto os agentes públicos quanto os privados. Para o surgimento do dever de prestar contas basta que a pessoa esteja na condição de responsável pela administração de dinheiros, bens e valores públicos, a qual é atribuída a todos aqueles que arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos.

48. A segunda parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao TCU a competência para julgar:

“II – (...) as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. (segunda parte)

49. Nesse caso, exige-se um evento específico para ocorrer a necessidade da apresentação das contas, qual seja, a existência de eventual prejuízo ao patrimônio público. Por isso, trata-se de contas especiais ou não ordinárias.

50. Também aqui, a norma não teve o seu alcance subjetivo delimitado. Ou seja, estaria alcançado pela obrigação de prestar contas todo aquele cuja conduta provoque prejuízo ao erário. Não há, pois, nesse dispositivo constitucional a distinção entre agentes públicos ou particulares e tampouco há a exigência de que esses últimos estejam exercendo múnus público ou que tenham agido em solidariedade com qualquer agente público.

51. Poder-se-ia, é bem verdade, interpretar que essa segunda parte do mencionado inciso II abrange somente aqueles tratados na primeira parte desse inciso, ou seja, os responsáveis por bens públicos. Entretanto, caso se adote tal entendimento, chegar-se-ia à conclusão de que a segunda parte do dispositivo em exame encerraria uma regra inútil, ou seja, uma redundância, porquanto os agentes públicos ou particulares a exercer múnus público, independentemente de terem cometido dano ou não, já são alcançados pelo dever de prestar contas e estão sujeitos à jurisdição do TCU. Trata-se, portanto, de ilação a ser rechaçada.

52. Outra interpretação possível seria a de que a norma somente se refere aos agentes públicos não responsáveis originariamente pela gestão de bens. Ou seja, aqueles servidores públicos ou agentes particulares no exercício de múnus público, não incluídos no rol de responsáveis das contas ordinárias. Por não estarem abrangidos na primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, seria razoável supor que a segunda parte do inciso II a eles se refira.

53. Entretanto, entender desse modo significa impor uma restrição não autorizada ao significado da norma constitucional. Ora, se a parte final do dispositivo em exame preconiza que compete ao TCU julgar as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, não há qualquer razão jurídica para delimitar o sentido da expressão “daqueles” aos agentes administrativos ou particulares no exercício de múnus público.

54. Desse modo, é assente que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal alcança os agentes particulares, os quais terão de prestar contas e serão sujeitos à jurisdição do TCU, caso deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

55. Dito isso, passo a examinar a necessidade de se configurar a responsabilidade solidária de agente público para a responsabilização de empresa privada causadora de dano aos cofres da União.

56. Acerca do assunto, sou da opinião que a leitura do art. 71, inciso II, da Constituição Federal não permite a conclusão de que a condenação em débito daquele que der causa a prejuízo ao erário público somente ocorrerá se houve a condenação solidária de agente público. Nesse sentido, entendo que o dispositivo definiu dois espaços de atuação distintos da competência do Tribunal de julgar contas: a dos agentes que exercem múnus público e de qualquer pessoa que deu causa a um dano ao erário.

57. Quando se estabeleceu a jurisdição do TCU sobre aqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, o dispositivo não se exigiu a participação de agentes administrativos nos atos jurídicos praticados por tais sujeitos. Tal exegese somente seria possível se a aludida norma tivesse, por exemplo, essa redação:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II. julgar as contas:

a) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal;

b) daqueles que, em conjunto com os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

58. Todavia, entendo que extrair da aludida norma o sentido expresso na redação acima implica desconstruir o significado do texto constitucional, o que é absolutamente vedado ao intérprete. Nesse sentido, cito Dimitri Dimoulis: “(...) ao intérprete não é dado escolher significados que não estejam abarcados pela moldura da norma. Interpretar não pode significar violentar a norma.” (Positivismo Jurídico. São Paulo: Método, 2006, p. 220).

59. Dessa forma, deve-se tomar o sentido etimológico como limite da atividade interpretativa, a qual não pode superado, a ponto de destruir a própria norma a ser interpretada. Ou, como diz Konrad Hesse, “o texto da norma é o limite insuperável da atividade interpretativa.” (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 71).

60. Com isso, concluo que o agente particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

61. Isso não implica, por óbvio, que o TCU deve atuar em todas as situações em uma pessoa jurídica privada tenha causado um prejuízo aos cofres públicos. Nesse ponto, repito as considerações que fiz na Sessão Plenária de 28/11/2012:

“Por outro lado, considerando que são finitas as possibilidades de atuação dos órgãos de controle, não é razoável supor que todas as situações em que ocorra débito ao erário devam ser submetidas ao Tribunal de Contas da União. No mesmo sentido, não deveria ocorrer a obrigação de o Tribunal apreciar as contas de todos aqueles que gerirem bens públicos.

Assim, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, são legítimas as ações que buscam focar a atuação de controle nas situações mais relevantes. Maximiza-se assim a proteção ao erário e atende-se ao princípio constitucional da eficiência, que em poucas palavras pode ser traduzido como a busca do melhor resultado possível ante os recursos disponíveis.

Atuando nessa linha, no exercício de seu poder regulamentar, o TCU costuma estabelecer que devem a ele ser submetidos somente processos que cuidam de potenciais danos ao erário superiores a determinado valor. Ou então, sem afastá-los de sua jurisdição, estipula-se que determinados administradores de bens públicos não precisam apresentar contas ao Tribunal ordinariamente (v.g. os responsáveis pela administração dos conselhos de fiscalização profissional).

Ainda com base nesse entendimento, pode haver situações em que a natureza da operação que provocou o dano ao erário não justifica ou não recomenda a atuação do TCU. Tome-se, por exemplo, a inadimplência de particulares em operações de crédito regularmente realizadas – ou seja, de acordo com os normativos pertinentes – por bancos oficiais. Primeiro, porque a quantidade dessas operações demandaria significativos esforços dos órgãos de controle, alijando-os da atuação em situações mais relevantes. Segundo, porque se trata de operações tipicamente privadas de acordo com o regime jurídico próprio das empresas privadas a que estão submetidas as instituições financeiras oficiais (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal).

Veja-se que esses exemplos de balizamento da atuação do TCU não levaram em conta o fato de o agente ser público ou particular e tampouco se deve haver conluio entre esses agentes para que o particular se submeta à jurisdição do TCU. Verificou-se, sim, se a situação, de acordo com os princípios constitucionais pertinentes, justifica ou não a atuação do órgão de controle externo.

Esse entendimento, a meu ver, é o que deve ser seguido pelas normas infraconstitucionais para que elas sejam compatíveis com o texto constitucional.

Nesse contexto de que a atuação do TCU não deve ser definida simplesmente em razão da natureza jurídica dos agentes envolvidos, foi editado o Enunciado nº 187 da Súmula de Jurisprudência do TCU:

“sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social.” (grifei)

Ou seja, cabe ao TCU, de acordo com os princípios constitucionais que regem a matéria e com os parâmetros legais pertinentes, delimitar as situações em que os particulares estão sujeitos a sua jurisdição.”

62. Por fim, trato da suposta incompatibilidade do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992 com o os arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal. Acerca do assunto, reproduzo mais uma vez as considerações por mim esposadas na supramencionada comunicação ao Plenário.

63. À primeira vista, o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992 limitaria o campo de atuação do TCU.

64. Entretanto, o campo de jurisdição do Tribunal de Contas da União foi definido no Capítulo II do Título I da Lei 8.443/1992, sendo que o seu art. 5º dispõe que:

“Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;”

65. Ou seja, a norma legal estabelece parâmetros praticamente idênticos aos da Constituição Federal no que diz respeito à fixação da jurisdição do TCU. Assim, sob esse aspecto, não haveria que se falar em incompatibilidade entre a norma legal e a norma constitucional.

66. Por outro lado, observo que o entendimento no sentido de que é necessária a participação de agente público atuando para a responsabilização de terceiros está baseada no § 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992, constante da Seção II do Capítulo I do Título II da Lei nº 8.443/1992, que versa acerca dos procedimentos a serem adotados nas tomadas ou prestações de contas.

67. Desta feita, ao se adotar uma apreciação sistemática da Lei nº 8.443/1992, parece-me que o seu art. 16, § 2º, não trata da definição do campo jurisdicional do TCU, mas de meros procedimentos a serem adotados nos processos de contas.

68. Em nome do princípio da conservação das normas e da presunção de constitucionalidade das leis, cabe, na hipótese de haver mais de uma interpretação possível, acatar aquela que preserva a validade da norma. Assim, tendo em conta as ponderações efetuadas acerca do disposto nos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal, entendo ser possível extrair do comando legal supramencionado o mesmo sentido dos referidos artigos da Constituição.

69. Em suma, pode-se concluir que, quando a norma determina que cabe ao TCU ‘fixar responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado’, ela está a firmar o procedimento a ser adotado quando houver

fundamentos jurídicos para a fixação da solidariedade. Não se vislumbra aqui, repito, qualquer limitação ao alcance de jurisdição, no sentido de que terceiros que tenham lesado o erário sem a coparticipação de agentes públicos não se submetem a esta Corte de Contas.

70 Como consequência dessas considerações, não haveria que se falar em incompatibilidade entre esse dispositivo legal e a Constituição Federal.

V

Considerações Finais

71. Por todo o exposto, divirjo parcialmente dos pareceres consignados nos autos para:
- dar provimento ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. José Moacir Torres e, assim, excluí-lo do rol de responsáveis do presente processo;
 - estender as razões de decidir utilizadas na análise do expediente recursal do Sr. José Moacir Torres para também excluir do rol de responsáveis os Srs. Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva;
 - dar provimento parcial ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Luiz Berti Tomás Sanjuan para, reduzindo o valor do débito, condená-lo ao pagamento das quantias listadas a seguir, solidariamente à empresa Construtora Gautama Ltda. e, por consequência, diminuir o valor da multa especificada no subitem 9.4.2 do Acórdão 501/2009-TCU-Plenário para R\$ 15.000,00:

Contrato 55/1998		
12/01/1999	R\$	162.405,33
09/02/1999	R\$	263.819,11
Contrato 1/1999		
19/03/1999	R\$	77.324,71
15/07/1999	R\$	249.603,64
27/08/1999	R\$	119.741,57
1º/10/1999	R\$	17.246,78

- negar provimento aos recursos de reconsideração apresentados pelo Sr. Cícero de Oliveira e pela Construtora Gautama Ltda..

72. Por fim, também considero pertinente encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e voto que a fundamentam, aos recorrentes, aos Srs. Paulo Roberto de Araújo Barros, Valter Tiago da Silva e Genilson Barbosa da Silva, ao Ministério da Integração Nacional, à Procuradoria da República no Estado da Bahia, ao Delegado-Chefe da Delegacia de Polícia Federal em Sobradinho/BA e ao Município de Sobradinho.

Com essas considerações, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de abril de 2013.

BENJAMIN ZYMLER

Relator