TC 011.318/2008-5

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidades jurisdicionadas: Departamento Penitenciário Nacional – Depen/MJ; Caixa Econômica Federal

Responsáveis: Érika Hatano Routledge (CPF 042.823.257-47), Édson Collet Ibiapina (CPF 262.779.053-68), Cristiano Orém de Andrade (CPF 602.348.811-00), Maurício Kuehne (CPF 001.610.129-49), Palma Engenharia Ltda. (CNPJ 06.593.156/0001-00), Ricardo Paes Barreto Neto (CPF 007.789.368-99), Oscar Apolônio do Nascimento Filho (CPF 513.002.713-00), Eurico de Salles Cidade (CPF 130.671.680-20), Alexandre Cabana de Queiroz Andrade (CPF 013.636.947-23), Mário Massao Kobayashi (CPF 238.418.001-06), Marcele Simone Câmara de Andrade (CPF 591.240.917-15), Carla Sueli Barbosa (CPF 851.719.056-49)

Advogados: Natanael Grangeiro Cortez (OAB/CE 19.890), peça 27, p. 17; Erika C. Frageti Santoro (OAB/SP 128.776) e outros, peça 26, p. 50.

Interessado em sustentação oral: Erika Hatano Routledge, Oscar Apolônio do Nascimento Filho, Maurício Kuehne

Proposta: de mérito

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial constituída em razão do Acórdão 546/2008-TCU-Plenário, emitido no âmbito do processo TC 019.771/2006-4, que deliberou sobre auditoria em obras de penitenciárias federais sob a responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional – Depen/MJ – e determinou a abertura de processo apartado para apuração de eventual dano ao erário e identificação dos responsáveis pelas irregularidades verificadas na obra de construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS.

2. Em cumprimento à determinação do referido acórdão, realizaram-se diligências às unidades jurisdicionadas e, após instruções preliminares elaboradas por unidades técnicas do Tribunal, bem como Despachos do Ministro Relator do processo, promoveram-se as citações e audiências dos responsáveis por 3 das 11 irregularidades inicialmente apontadas. Esta etapa processual analisa as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

HISTÓRICO

3. O presente processo foi autuado em cumprimento ao subitem 9.6.2 do Acórdão 546/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 7), que determinou a instauração de tomada de contas especial (TCE) para quantificação do dano e identificação dos responsáveis pelas seguintes irregularidades levantadas em auditoria realizada na obra de construção do presídio de segurança máxima de Campo Grande/MS:

> 9.6.2.1. aplicação irregular dos índices de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior;
>
> 9.6.2.2. aplicação irregular de BDI de 25% sobre serviços acrescentados posteriormente à assinatura do contrato, sendo que a contratada cotou em sua proposta BDI de 22% para esses serviços;
>
> 9.6.2.3. inclusão, na composição do BDI do orçamento base, de parcelas relativas ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), tributos que, por terem natureza direta e personalística, onerando pessoalmente o contratado, não devem ser repassados ao contratante;
>
> 9.6.2.4. inclusão indevida de valores referentes à administração central da obra, os quais correspondem a custos indiretos da obra, no item 'Administração Geral da Obra' incluído na planilha orçamentária, no qual deveria constar apenas os custos diretos da obra;
>
> 9.6.2.5. inclusão de despesas com administração direta da obra na composição do BDI ao invés da presença desses serviços na planilha orçamentária que contempla os custos diretos da obra;
>
> 9.6.2.6. pagamento de serviços sem cobertura contratual, resultando em divergência entre o valor total pago pela construção da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS, até outubro de 2006, e o valor avençado no contrato e respectivos termos aditivos;
>
> 9.6.2.7. contratação de serviços de adequação de projetos de engenharia da Penitenciária sem licitação prévia;
>
> 9.6.2.8. ausência da exigência de apresentação da composição unitária de preços e do demonstrativo dos encargos sociais pelos licitantes no Edital de Concorrência MJ nº 001/2004, em descumprimento à determinação 9.3.2 do Acórdão 1461/2003-TCU-Plenário;
>
> 9.6.2.9. falta de previsão de limites máximos para preços unitários no Edital de Concorrência MJ nº 001/2004, descumprindo-se o artigo 40, inciso IX, da Lei 8.666/93 e o artigo 115 da Lei 11.439, de 29/12/2006 (LDO para o exercício de 2007);
>
> 9.6.2.10. baixa qualidade da obra realizada;
>
> 9.6.2.11. impedimento de funcionamento da Penitenciária Federal de Campo Grande/MS devido a problemas com alvará de construção da obra e com a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público devido à localização da Penitenciária ao lado do 'lixão' municipal de Campo Grande;

4. Em cumprimento às determinações do acórdão, inicialmente, a Secex/MS expediu ofícios de diligência ao Depen/MJ e à Caixa Econômica Federal – Caixa (peça 1, p. 18-19) solicitando documentação necessária à instrução do processo. Após análise preliminar da documentação enviada (peça 2, p. 10-17), solicitação de documentação adicional (peça 2, p. 18-25), pedidos e concessões de prorrogação de prazos (peça 2, p. 27-44) e envio de documentação complementar pelos entes jurisdicionados, o processo foi encaminhado para instrução da então 3ª Secretaria de Fiscalização de Obras do TCU – Secob-3.

5. A unidade técnica então responsável pela instrução do processo analisou a documentação com vistas a verificar a elisão ou a manutenção das irregularidades elencadas no

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

acórdão que ensejou a abertura desta TCE e, no caso de confirmação de dano ao erário, apurar o valor do débito e identificar os responsáveis.

6. Nessa análise (peça 13, p. 64-132) a unidade se posicionou pelo saneamento da irregularidade ou pela inexistência de dano ao erário em 8 dos 11 itens inicialmente apontados, restando não esclarecidos os fatos descritos nos subitens 9.6.2.1, 9.6.2.6 e 9.6.2.10 do Acórdão 546/2008-TCU-Plenário, a saber: aplicação irregular dos índices de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior; pagamento de serviços sem cobertura contratual; e baixa qualidade da obra.

7. Assim, para a irregularidade n. 1 (numeração de acordo com o último nível do subitem do acórdão) propôs-se a citação do engenheiro da Caixa responsável pela análise do orçamento, Sr. Ricardo Paes Barreto Neto, juntamente com a construtora executora da obra, Palma Engenharia Ltda.; para a irregularidade n. 6 propôs-se a audiência dos engenheiros da Caixa responsáveis pelo acompanhamento da obra, Srs. Ricardo Paes Barreto Neto e Mário Massao Kobayashi; e para a irregularidade n. 10 propôs-se a audiência desses engenheiros da Caixa, juntamente com os servidores do Depen/MJ responsáveis pelo recebimento da obra, Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade e Carla Sueli Barbosa e Sr. Eurico de Salles Cidade (peça 13, p. 94-95).

8. Entretanto, em Despacho constante da peça 13, p. 133-136 do processo, o Exmo. Sr. Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti manifestou discordância sobre alguns pontos da instrução da unidade técnica. As divergências versaram sobre a análise e encaminhamento concernentes às irregularidades de números 1, 4 e 6.

9. Quanto à irregularidade n. 1, aplicação irregular dos índices de reajuste, a discordância versou sobre a responsabilização. No Despacho, o Sr. Ministro deliberou pela exclusão da responsabilidade do engenheiro da Caixa, Sr. Ricardo Paes Barreto Neto, alegando que não caberia à Caixa ou a seus prepostos analisar a pertinência da aplicação dos índices de reajustes pactuados entre o Depen/MJ e a construtora (peça 13, p. 134). Assim, determinou-se a citação, em substituição ao engenheiro da Caixa, da gestora do contrato à época dos pagamentos a maior, a servidora do Depen/MJ Sra. Érika Hatano Routledge.

10. Quanto à irregularidade n. 6, pagamento de serviços sem cobertura contratual, embora tenha havido concordância sobre a ilegalidade do procedimento, entendeu o Sr. Ministro ser dispensável a audiência dos responsáveis, sendo suficiente a emissão de alerta ao órgão, uma vez que os serviços incluídos possuíam justificativa técnica, foram "legalizados" (ainda que *a posteriori*) por meio de aditivo e não ensejaram dano ao erário (peça 13, p. 135).

11. A divergência mais contundente foi quanto à irregularidade n. 4, referente às despesas de administração da obra. Consoante o edital da licitação, a empresa incluiu em seu BDI 2,5% relativos à 'administração local' e 1,5% relativo à 'administração central' (tais valores integravam o BDI proposto de 22%). Posteriormente, a partir da 14ª medição, incluiu-se na planilha orçamentária o item 'administração geral da obra', com valor mensal de R$ 68.171,25 (retroativos à 11ª medição). Este valor corresponde à aplicação do percentual de 4% (somatório dos valores 2,5% e 1,5% relativos à administração local e central, respectivamente) sobre o valor inicial do contrato, dividido pelo prazo inicial da obra (10 meses) – o que, em tese, seriam os custos mensais com administração da obra, para os dez primeiros meses.

12. Sobre esta questão, a unidade técnica constatou que o percentual de 4% não deveria ter sido aplicado sobre o preço total da obra, mas sim sobre o seu custo direto. Além disso, como o referido percentual já está incluso no BDI, houve duplicidade de pagamento para este serviço a partir da medição em que o item foi incluso na planilha orçamentária. Com base nessas considerações, a unidade apurou o valor de R$ 286.745,75 pagos a maior à contratada. Contudo, entendeu-se que não houve dano ao erário, tendo em vista, entre outros motivos, o expressivo desconto ofertado pela contratante em relação ao preço de referência (peça 13, p. 76).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

13. Entretanto, o Ministro-Relator entendeu que os esclarecimentos até então prestados pelo Depen/MJ e pela Caixa não demonstraram a regularidade do pagamento do item 'administração geral da obra', incluído a partir da 14ª medição. Dessa forma, considerou-se irregular o pagamento dessa despesa, que ao final da obra totalizou o valor de R$ 820.577,34. Assim, restituíram-se os autos à unidade instrutiva, então Secob-3, para identificação e citação dos responsáveis pelos pagamentos indevidos.

14. Em atenção ao Despacho do Ministro, a unidade apontou como responsável pelos pagamentos indevidos a gestora do contrato à época dos pagamentos, Sra. Érika Hatano Routledge (peça 13, p. 138). Em consequência, propuseram-se as novas citações e audiências de acordo com o entendimento exposto pelo Ministro Relator (peça 13, p. 138-140).

15. Entretanto, em nova análise dos autos, o Relator verificou novos fatos, que implicaram, novamente, ajustes na proposta encaminhada pela unidade técnica.

16. Quanto à irregularidade n. 1, verificou-se que o parecer técnico no qual se baseou o 5º termo aditivo (no qual se formalizou o reajuste de preços à contratada) não foi subscrito apenas pela gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge. Também manifestaram concordância com o documento os Srs. Édson Collet Ibiapina, Coordenador Geral do Sistema Penitenciário Nacional, e Cristiano Orém de Andrade, Diretor Substituto do Depen/MJ. Além disso, o 5º termo aditivo foi celebrado pelo Sr. Maurício Kuehne, Diretor do Depen/MJ (peça 13, p. 144). Dessa forma, os servidores acima também deveriam ser citados solidariamente pela irregularidade n. 1.

17. Ainda nessa nova assentada, o Ministro também incluiu outros responsáveis pela irregularidade n. 4. Além da gestora do contrato, também foram arrolados outros servidores que atuaram na liberação dos valores questionados, seja pela concordância com os documentos autorizadores, seja pela efetiva autorização dos pagamentos (peça 13, p. 145).

18. Em resumo, para facilidade de entendimento, apresenta-se a Tabela 1 abaixo, na qual mostram-se os encaminhamentos, para cada irregularidade, proferidos nas diversas análises realizadas no âmbito deste processo.

Tabela 1 – Resumo do histórico processual

Irreg.	Apontamento inicial da irreg. (relatório de auditoria)	Encaminhamento proposto na instrução inicial - peça 13, p. 69-90		Encaminhamento proposto após Despacho divergente do Relator - peça 13, p. 137-142		Encaminhamento atual - peça 13, p. 144-146	
1	peça 31, p. 7-9	Citação	Ricardo Paes Barreto Neto Palma Engenharia Ltda.	Citação	Érika Hatano Routledge Palma Engenharia Ltda.	Citação	Érika Hatano Routledge Palma Engenharia Ltda. Édson Collet Ibiapina Cristiano Orém de Andrade Maurício Kuehne
2	peça 31, p. 16-18	Ausência de débito (peça 13, p. 73)		Concordância		-	
3	peça 31, p. 14-16	Ausência de débito (peça 13, p. 74-75)		Concordância		-	
4	peça 31, p. 10-13	Ausência de débito (peça 13, p. 75-77)		Citação	Érika Hatano Routledge Ricardo Paes Barreto Neto Palma Engenharia Ltda.	Citação	Érika Hatano Routledge Ricardo Paes Barreto Neto Palma Engenharia Ltda. Oscar A. do Nascimento Filho Édson Collet Ibiapina Cristiano Orém de Andrade Maurício Kuehne Eurico de Salles Cidade Alexandre C. de Queiroz Andrade
5	peça 31, p. 10-13	Irregularidade saneada (peça 13, p. 77)		Concordância		-	

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

Irreg.	Apontamento inicial da irreg. (relatório de auditoria)	Encaminhamento proposto na instrução inicial - peça 13, p. 69-90	Encaminhamento proposto após Despacho divergente do Relator - peça 13, p. 137-142	Encaminhamento atual - peça 13, p. 144-146
6	peça 31, p. 18-21	Audiência: Ricardo Paes Barreto Neto Mário Massao Kobayashi	Emissão de alerta ao Depen/MJ	-
7	peça 30, p. 48-50	Ausência de débito (peça 13, p. 80-81)	Concordância	-
8	peça 31, p. 4-5	Ausência de débito (peça 13, p. 81-82)	Concordância	-
9	peça 31, p. 5-6	Alerta ao Depen/MJ (peça 13, p. 82)	Concordância	-
10	peça 31, p. 21-23	Audiência: Ricardo Paes Barreto Neto Mário Massao Kobayashi Marcele Simone C. de Andrade Carla Sueli Barbosa Eurico de Salles Cidade	Audiência: Ricardo Paes Barreto Neto Mário Massao Kobayashi Marcele Simone C. de Andrade Carla Sueli Barbosa Eurico de Salles Cidade	Audiência: Ricardo Paes Barreto Neto Mário Massao Kobayashi Marcele Simone C. de Andrade Carla Sueli Barbosa Eurico de Salles Cidade
11	peça 31, p. 23-25	Irregularidade saneada (peça 13, p. 89-90)	Concordância	-

EXAME TÉCNICO

19. Em cumprimento ao Despacho do Ministro Relator (peça 13, p. 146), promoveram-se as citações e audiências dos responsáveis para que apresentassem suas alegações de defesa e/ou razões de justificativa pelos atos impugnados a eles atribuídos, referentes às irregularidades de n. 1, 4 e 10.

20. A Tabela 2 mostra a localização, no processo, das comunicações feitas pelo Tribunal e das alegações trazidas por cada um dos responsáveis citados e/ou chamados em audiência, de acordo com os atos a eles atribuídos. Nos casos das citações, também informa-se o valor do débito atribuído a cada responsável, atualizado até a data da citação (ressalva-se que se trata do somatório do débito atribuído a cada responsável, sendo que para cada caso existe a solidariedade desse débito, ou ao menos de parte dele, com outros responsáveis).

Tabela 2 – Ofícios de citação/audiência e alegações apresentadas pelos responsáveis

Irreg.	Ato impugnado	Responsáveis	Valor do débito atualizado até 13/07/2011 (R$)	Ofício TCU/SECOB-1		Alegações de defesa/razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis
				n.	peça 14, p.	
1	Aplicação irregular dos índices de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior	Palma Engenharia Ltda.	90.609,21	262	35	peça 27, p. 2-17
		Érika Hatano Routledge	90.609,21	258	19	peça 23, p. 32 - peça 26, p. 47
		Édson Collet Ibiapina	90.609,21	257	15	peça 27, p. 30 - peça 28, p. 18
		Cristiano Orém de Andrade	90.609,21	256	12	peça 22, p. 42 - peça 23, p. 31
		Maurício Kuehne	90.609,21	260	27	peça 18, p. 3 - peça 22, p. 41
4	Pagamento em duplicidade dos valores pertinentes à administração da obra	Erika Hatano Routledge	1.750.156,44	258	19	peça 23, p. 32 - peça 26, p. 47
		Ricardo Paes Barreto Neto	1.750.156,44	263	41	peça 29, p. 19-99
		Palma Engenharia Ltda.	1.750.156,44	262	35	peça 27, p. 2-17
		Oscar Apolônio do N. Filho	1.461.486,01	261	31	peça 15, p. 23-50
		Édson Collet Ibiapina	315.875,35	257	15	peça 27, p. 30 - peça 28, p. 18
		Cristiano Orém de Andrade	887.929,88	256	12	peça 22, p. 42 - peça 23, p. 31
		Maurício Kuehne	571.572,88	260	27	peça 18, p. 3 - peça 22, p. 41
		Eurico de Salles Cidade	144.460,09	259	25	peça 16, p. 16-85
		Alexandre Cabana de Q. Andrade	144.460,09	255	10	peça 17, p. 3 - peça 18, p. 2
10	Fiscalização deficiente da obra	Ricardo Paes Barreto Neto	-	254	9	-
		Mário Massao Kobayashi		253	8	peça 29, p. 10
	Recebimento definitivo de obra com diversos problemas relacionados à má execução de serviços	Marcele Simone C. de Andrade		252	7	peça 16, p. 12-15
		Carla Sueli Barbosa		250	5	peça 27, p. 21-28
		Eurico de Salles Cidade		251	6	-

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

21. Nos itens seguintes passa-se à análise das alegações de defesa e das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis. Convencionou-se estruturar a análise de acordo com a irregularidade em comento, para cada defendente.

I. Irregularidade n. 1: aplicação irregular de reajuste de preços sobre os valores pagos à contratada, culminando em pagamentos a maior

22. A irregularidade decorre de erro na metodologia utilizada para inclusão de novos serviços na planilha orçamentária.

23. Durante a execução contratual, devido a vários fatores, fez-se necessária a inclusão de novos serviços no orçamento da obra. Esses novos serviços foram incluídos na planilha orçamentária com o preço vigente à época de sua inclusão, e não com o preço vigente na data base do orçamento. Esse procedimento impossibilita a aplicação de um mesmo índice de reajuste a todos os serviços, uma vez que seus preços não estão numa mesma data de referência. Entretanto, quando do reajustamento do contrato, aplicou-se o mesmo índice em todos os serviços, implicando reajuste irregular para os itens incluídos posteriormente, que tinham data de referência posterior à data base do orçamento.

I.1. Responsável: Érika Hatano Routledge

Cargo/função: Chefe da Divisão de Fiscalização do Depen/MJ; gestora do contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a Construtora Palma Engenharia Ltda.

Conduta: emitir a Nota Técnica n. 30/2006-CGSPF/DEPEN (peça 24, p. 20-21), que instruiu a elaboração do 5º termo aditivo ao contrato 02/2004, contendo erro na aplicação do índice de reajuste sobre os itens aditivados, implicando pagamentos a maior.

I.1.1. Alegações

24. Inicialmente, a defendente tece comentários a respeito de sua atuação à frente da Divisão de Fiscalização do Depen/MJ. Ela informa que assumiu o cargo em 22/9/2005 e que, já de início, procurou se inteirar dos fatos relativos ao contrato de construção da penitenciária de Campo Grande/MS (peça 23, p. 33).

25. De acordo com a responsável, a construtora havia solicitado, em março de 2005, reajuste do contrato a partir da 7ª medição, uma vez que o prazo de 12 meses da apresentação da proposta se daria em 16/4/2005. Passaria, portanto, a fazer jus ao reajuste estipulado no contrato. Note-se que se tratava de um reajuste provisório, pois, apesar de o pagamento com valor reajustado estar previsto para ser efetuado após o prazo de 12 meses, o índice utilizado para cálculo do reajuste foi do mês anterior (peça 24, p. 11).

26. O pleito havia sido encaminhado à Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, que pronunciou-se, em meados de setembro daquele ano, sobre o reajuste relativo à 10ª medição (peça 23, p. 34). Como o pronunciamento da área jurídica não abrangeu todas as parcelas em que o reajuste seria cabível, a gestora encaminhou novo expediente à consultoria jurídica (Nota Técnica n. 045/2005-CGSPF/DEPEN – peça 24, p. 14-15), contemplando os cálculos de reajuste para cada uma das parcelas. Em nova manifestação a consultoria jurídica ratificou o entendimento da área gestora do contrato (peça 24, p. 17-18), que expediu novo parecer (Nota Técnica n. 30/2006-CGSPF/DEPEN – peça 24, p. 20-21) contendo os valores dos reajustes devidos, com vistas a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

instruir a formalização do 5º Termo Aditivo do Contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a construtora Palma.

27. A gestora alega, também, que não houve violação do dispositivo mencionado na citação, a saber, o art. 40, inciso XI da Lei 8.666/1993, uma vez que o edital contemplou cláusula acerca do reajuste. Além disso, afirma que o Depen/MJ estava vinculado, por força do art. 41 da Lei 8.666/1993, a conceder os reajustes à construtora (peça 23, p. 36).

28. Além disso, a responsável informa que os serviços aditivados foram decorrentes de fatos alheios à vontade dos envolvidos e eram essenciais para a funcionalidade da obra, uma vez que implicaram melhorias na segurança do presídio. Quanto aos valores dos serviços, a Sra. Érika informa que eles foram "devidamente avaliados pela Caixa, por força do Contrato 01/2003, que os considerou de acordo com o Sinapi, incluindo-os nos boletins de medição e nos relatórios de acompanhamento de obra" (peça 23, p. 36).

29. Por fim, a defendente informa que a unidade de Campo Grande foi a primeira do tipo a ser executada e serviu como referência para as demais unidades, sendo que os itens adicionados foram previstos nas obras subsequentes. Conclui a defendente que os pagamentos foram regulares e que não houve dano ao erário (peça 23, p. 36).

I.1.2. Análise

30. De início, vê-se que a gestora tomou providências com vistas a se resguardar quanto à legalidade da concessão de reajustes ao contratado, haja vista as tratativas mantidas com a área jurídica do Ministério da Justiça. Entretanto, tais providências em nada contribuem para afastar a responsabilidade a ela atribuída, uma vez que a irregularidade apontada não é no sentido de repudiar a concessão de reajustes, mas sim de impugnar os valores concedidos.

31. A concessão dos reajustes, desde que adstrita aos termos contratuais, é direito do contratado e dever do contratante. A impugnação feita no âmbito desta TCE é quanto ao valor dos reajustes concedidos. Conforme descrito em instrução preliminar (peça 13, p. 70-72), os serviços incluídos posteriormente à assinatura do contrato, por terem sido cotados à época de sua inclusão e não à época da elaboração da proposta, não poderiam ter sido reajustados com o mesmo índice que foi aplicado sobre os serviços inicialmente previstos. Para que se pudesse aplicar o mesmo índice a todos os serviços do contrato, sem majoração indevida dos custos, os serviços cotados *a posteriori* deveriam ser retroagidos à data base do orçamento.

32. Quanto às tratativas com a consultoria jurídica, entende-se que a manifestação do setor limita-se à análise da legalidade da concessão do reajuste. Embora o questionamento encaminhado pela gestora do contrato (Nota Técnica 45/2005-CGSPF/DEPEN – peça 24, p. 14-15) à área jurídica tenha incluído os cálculos dos reajustes, não é razoável inferir que um setor de consultoria jurídica entrará no mérito de conferir os valores ali presentes.

33. Ressalta-se que, no caso em tela, nem seria possível o departamento jurídico emitir manifestação sobre a aplicação de reajustes indevidos em determinados serviços, que é o fato impugnado nesta TCE. Para detectar tal inconsistência, seria necessário analisar os orçamentos discriminativos iniciais e aditivados da obra, comparando-os com os orçamentos de referência. Entretanto, entende-se que esta atividade configuraria extrapolação de suas atribuições, uma vez que a análise de orçamentos é atividade privativa dos profissionais de engenharia/arquitetura.

34. Em suma, vê-se que a responsável estrutura sua defesa alegando que os seus atos foram baseados em pareceres de outras unidades ou entidades, a saber: manifestação da Consultoria Jurídica e análise da Caixa. Quanto ao parecer jurídico, conforme já exposto, entende-se que não há elisão da irregularidade, tampouco isenção da responsabilidade da gestora, uma vez que a manifestação versava sobre os aspectos de legalidade da concessão do reajuste, enquanto a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

irregularidade decorre da aplicação de critérios inadequados de reajustes (valores). Quanto à análise de valores efetuada pela Caixa, cumpre ressaltar que o exercício da prerrogativa concedida pelo art. 67 da Lei 8.666/1993, a respeito da contratação de terceiros para auxiliar a administração na fiscalização de seus contratos, não afasta a responsabilidade do servidor público designado para fazer a gestão do contrato. O encargo assumido pela supervisora – Caixa – tem natureza assistencial, subsidiária. É este o entendimento ratificado nos Acórdãos 1930/2006-TCU-Plenário, 1278/2009-TCU-Plenário e 4983/2011-TCU-2ª Câmara.

35. Assim, conclui-se pelo não acatamento dos argumentos trazidos pela gestora e, portanto, ratifica-se que a sua conduta omissiva, no sentido de não verificar que os serviços aditivados deveriam ter seus preços retroagidos à data base do contrato antes de aplicar-lhes o índice de correção, conduziu ao reajustamento irregular do contrato, com pagamentos a maior à contratada.

36. Quanto à boa fé a que se refere o art. 202, § 2º, do RI/TCU, capaz de ensejar as medidas previstas nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo, quais sejam, a assinatura de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito (cuja liquidação tempestiva saneia o processo, implica julgamento das contas por regularidade com ressalva e dá quitação ao responsável), importa esclarecer que se trata da boa fé objetiva. Esta, uma vez não presumida (conforme entendimento dominante neste Tribunal, a exemplo do Acórdão 277/2010-TCU-Plenário), deve ser comprovada nos autos, considerando-se a prática efetiva e as consequências de determinado ato à luz de um modelo de conduta comum do homem médio. Tal circunstância difere da boa fé subjetiva, presumida, a qual consiste na ausência de má fé, de dolo. Assim, a ausência de má fé não implica boa fé (objetiva) do responsável.

37. No caso em tela, não se verificam nos autos condutas capazes de configurar a boa fé da gestora. Em princípio, poderia se alegar que a consulta feita à área jurídica do Ministério da Justiça (diante da sua insegurança quanto à concessão dos reajustes), embora não tenha impedido a ocorrência da irregularidade, tampouco afastado a sua responsabilidade, seria atitude capaz de configurar a sua boa fé objetiva. Entretanto, mais uma vez importa frisar que a irregularidade decorreu de erro no valor a ser reajustado, e não da ilegalidade de concessão do reajuste – sobre o que poderia se manifestar a área jurídica. Quanto ao valor, não houve conferência dos cálculos pela gestora, tampouco qualquer questionamento ao fiscal da caixa sobre o assunto. Assim, nos termos do art. 202, § 6º, do RI/TCU e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c" e 19, caput, da Lei 8.443/1992, deve-se proferir, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas da Sra. Érika Hatano Routledge.

38. Ante todo o exposto, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c" e 19, caput, da Lei 8.443/1992, propõe-se julgar irregulares as contas da Sra. Érika Hatano Routledge, condenando-a ao pagamento do valor atualizado do débito apurado nestes autos e informados à responsável no ofício de citação (peça 14, p. 19-20), atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora. Note-se que, conforme expresso no art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992, faz-se solidária a este débito a empresa Palma Engenharia Ltda.

I.2. Responsável: Palma Engenharia Ltda. (atualmente denominada Palma Construções Ltda.)

I.2.1. Alegações

39. A empresa citada, que informa ter alterado sua razão social para Palma Construções Ltda. (peça 27, p. 2), apresentou sua defesa (por meio de procurador legalmente constituído nos autos - peça 27, p. 17) no sentido de desconstituir as irregularidades apontadas, alegando que a fiscalização pautou-se em premissas equivocadas (peça 27, p. 3).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

40. Inicialmente, a empresa alega ser "parceira do poder público", tendo realizado diversas obras públicas e sendo reconhecida pelas instituições que compõem a administração. Quanto às irregularidades em que foi arrolada como solidária, argúi que sempre agiu em consonância com a lei e com o contrato da obra, referindo-se à instrução preliminar desta TCE (constante da peça 13, p. 64-96) para embasar sua tese de inexistência das irregularidades (peça 27, p. 3-4).

41. Especificamente sobre a irregularidade n. 1 – aplicação irregular de reajustes –, alega que os serviços aditivados sofreram deflações para se compatibilizarem com o valor histórico da data base do orçamento, justamente para que a aplicação dos reajustes não implicasse irregularidade. A empresa alega que o procedimento realizado é usual e já foi chancelado pelo TCU no Acórdão 1680/2007-Plenário, apresentado como anexo (peça 27, p. 4).

42. Assim, a empresa peticiona a desconsideração da irregularidade e o arquivamento do processo.

I.2.2. Análise

43. Inicialmente, quanto às informações da empresa sobre seu histórico de conduta (realização de diversas obras públicas, obediência à lei etc.), entende-se que tais alegações genéricas não contribuem para a elucidação das irregularidades. Em verdade, tais fatos constituem apenas o que seria desejável de uma empresa para atuação junto à administração pública, que sempre deve exigir de seus contratados os mais elevados padrões de probidade e retidão.

44. Quanto à alegada manifestação do Tribunal sobre a inexistência das irregularidades, cumpre esclarecer que a arguição não procede. O TCU em momento algum deliberou sobre a inexistência das irregularidades pelas quais os responsáveis foram citados. O que ocorrera, para uma das irregularidades que ensejaram citações (que, observa-se, não é esta, mas sim a relativa ao pagamento da administração da obra), foi o entendimento da unidade técnica no sentido da ausência de débito. Entendimento este que, por sinal, não perdurou, tendo em vista posterior Despacho do Ministro-Relator para melhor apuração dos fatos, que assim dispôs: "12. Por fim, manifesto minha discordância quanto ao encaminhamento sugerido para o subitem 9.6.2.4" (peça 13, p. 135). Dessa forma, não cabe falar em manifestação do Tribunal a respeito da inexistência das irregularidades.

45. Quanto às alegações acerca desta irregularidade propriamente dita, também entendem-se improcedentes. Apesar de a prática de deflação nos preços dos serviços aditivados ser, de fato, usual (e necessária no caso de aplicação de índices de reajustes às faturas), a empresa não apresentou qualquer comprovação de que tal cuidado foi tomado. Aliás, depreende-se dos autos o contrário. Conforme já relatado na instrução de citação, a Caixa confirmou que os preços dos serviços aditivados tiveram sua cotação à época de cada reprogramação. Uma reiteração desta informação pode ser vista na peça 2, p. 46. Desta forma, ratifica-se a ocorrência da irregularidade que culminou em pagamentos a maior à contratada.

46. Cabe observar ainda, sobre as alegações da empresa, que o acórdão mencionado (Acórdão 1680/2007-TCU-Plenário) não trata de questão sobre deflação de preços para data base do orçamento. A deliberação, bem como o relatório e voto instrutores, tratam da diferenciação entre reajuste de preços (procedimento padrão, previsto em contrato) e recomposição de preços para manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta essa relação de equilíbrio). Assim, o precedente colacionado não referenda os argumentos apresentados pela defendente.

47. Dessa forma, não fica afastada a solidariedade da empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda., ao débito decorrente da aplicação irregular de reajustes ao Contrato 02/2004, firmado entre a referida construtora e o Depen/MJ, devendo a empresa recolher aos cofres públicos a quantia devida em solidariedade à gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

I.3. Responsável: Édson Collet Ibiapina

Cargo/função: Coordenador-Geral do Sistema Penitenciário Federal.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com a Nota Técnica n. 30/2006-CGSPF/DEPEN (peça 24, p. 20-21), que continha erro na aplicação do índice de reajuste sobre os itens aditivados e instruiu a elaboração do 5º termo aditivo ao contrato 02/2004, implicando pagamentos a maior.

I.3.1. Alegações

48. Inicialmente, o defendente justifica-se a respeito da intempestividade da apresentação da sua defesa, alegando que estava em viagem ao exterior à época da citação (peça 27, p. 30). Na sequência, ainda antes das justificativas apresentadas para cada uma das irregularidades a ele atribuídas, faz comentários sobre a sua atuação, bem como da sua pasta (Coordenação Geral do Sistema Penitenciário Federal) em relação à gestão das obras do Depen/MJ.

49. Quanto às atribuições da coordenação-geral, o defendente reproduz trecho da Portaria Ministerial n. 156, de 6/2/2006, alegando que as competências ali citadas eram voltadas para o "planejamento político-organizacional do sistema a ser implementado (...), não tratando, pois, de obras envolvendo penitenciárias" (peça 27, p. 31).

50. Na sequência, a defesa passa a tratar do contrato firmado entre o Depen/MJ e a Caixa para gerenciamento da construção de penitenciárias federais – contrato 01/2003. O citado informa que aceitou a assunção do cargo de coordenador, principalmente, por causa da existência do referido contrato. No mais, alega que a competência dos profissionais de engenharia da Caixa é notória e que, dada a complexidade da atividade de implantação de penitenciárias federais, os dirigentes do Ministério da Justiça e do Depen tomaram a iniciativa de contratar a empresa pública para acompanhar a execução de tais obras (peça 27, p. 32).

51. Ainda sobre a competência da Caixa, o responsável alude à LDO, em artigo que trata da manutenção e publicação do Sinapi pela Caixa, e cita alguns acórdãos em que o TCU recomenda a utilização dos serviços prestados pela Caixa para avaliação de imóveis (peça 27, p. 32-38).

52. Quanto ao contrato 01/2003, firmado entre o Depen/MJ e a Caixa para acompanhamento das obras de cinco penitenciárias federais, o responsável lista as obrigações da contratada, definidas na cláusula 4ª. Entre elas, destacam-se as constantes das alíneas "b" e "d", transcritas abaixo (peça 27, p. 38):

> b) Acompanhar todas as fases de execução das obras podendo tomar todas as providências necessárias ao fiel cumprimento de suas obrigações pactuadas neste Contrato, e atestar a regularidade dos serviços executados, a fim de subsidiar a liberação do pagamento, com base na medição dos mesmos;
>
> (...)
>
> d) Apresentar parecer técnico, quando solicitado pelo contratante, no caso da necessidade de reprogramação contratual e/ou revisão da obra;

53. Além disso, o responsável cita também a cláusula 2ª do contrato 01/2003, que trata das atividades a serem desenvolvidas pela contratada (Caixa), com ênfase às alíneas "b" e "c" (peça 27, p. 39):

> b) assessorar na elaboração dos termos de referência e editais de licitação para a contratação de obras e serviços que visem a implantação de penitenciárias federais;
>
> c) realizar o controle e fiscalização da execução de todos os contratos de construção, fornecimento de materiais, fornecimento de equipamentos e serviços especiais, necessários para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

> a implantação das penitenciárias federais, visando a perfeita coordenação dessas atividades, o fornecimento tempestivo de materiais, equipamentos e de acordo com o cronograma de execução e determinação dos caminhos críticos elaborado em conjunto com o contratante, sendo que estas atividades de controle e a fiscalização recairão sobre: prazo, custo da obra e acompanhamento técnico de licitações e contratações e,

54. Com base nesses excertos, o responsável visa afastar a responsabilidade da Coordenação Geral sobre os assuntos relativos às obras, transferindo-as à Caixa por força do contrato 01/2003. Ainda nessa linha de argumentação, o defendente cita as competências da Divisão de Fiscalização do Depen, a quem cumpriria "acompanhar, fiscalizar e avaliar a execução dos convênios, contratos e ajustes celebrados com entidades de direito público ou privando" e, ainda, "vistoriar as obras de execução das penitenciárias federais, com a participação da Coordenação-Geral de Apoio aos Sistemas Penitenciários" (peça 27, p. 39-40).

55. O defendente finaliza o intróito da sua defesa afirmando que o Depen cumpriu o art. 67 da Lei 8.666/1993, que versa sobre a contratação de terceiros para auxílio no acompanhamento e fiscalização das contratações, e, ainda, que não foi negligente ou imprudente, uma vez que, ao não ter conhecimento próprio da área de engenharia, pautou suas ações com base na assessoria técnica contratada, qual seja, a Caixa Econômica Federal (peça 27, p. 40).

56. Na sequência, o defendente passa a expor, especificamente, sobre os dois atos pelos quais foi citado. Quanto à aplicação irregular dos índices de reajuste, objeto de análise nesta seção, alega que o "de acordo" aposto nos documentos fundamentou-se em notas técnicas emitidas pela gestora do contrato (a saber, a Sra. Érika Hatano Routledge), que tinha habilitação legal (incluindo inscrição no CREA) para realizá-las, bem como nos relatórios de acompanhamento de obra e boletins de medição mensais emitidos pela Caixa – contratada responsável pelo gerenciamento da obra (peça 27, p. 41). Além disso, informa que houve manifestação favorável da consultoria jurídica do Ministério da Justiça, tanto quanto ao pagamento dos reajustes, quanto sobre a minuta do 5º termo aditivo, transcrevendo trechos dos documentos emitidos pelo setor (peça 27, p. 41-43).

57. Em resumo, o defendente alega que sua conduta foi zelosa, amparada nas manifestações de quem era técnica e legalmente competente para atuar, a saber: os engenheiros da Caixa Econômica Federal, a gestora do contrato e a consultoria jurídica do Ministério da Justiça. Por fim, o responsável aduz que foi exonerado do cargo de Coordenador Geral do Depen em 11/06/2006 e, portanto, haveria equívoco em lhe atribuir a responsabilidade pelos pagamentos de reajuste realizados em 14/07/2006, 8/8/2006 e 31/10/2006 (peça 27, p. 44).

58. Ao final das alegações de defesa para cada uma das irregularidades, o defendente passa a arguir, novamente, sobre aspectos gerais concernentes à sua atuação nos dois atos em que foi incluído como solidário. Agora, para embasar o afastamento de sua responsabilidade, ele invoca a ausência de nexo de causalidade, a inexigibilidade de conduta diversa e a inexistência de culpa.

59. Quanto ao nexo de causalidade, alega que, como o acompanhamento de obras não constava no bojo de suas atribuições regimentais, a aposição de sua assinatura nos documentos que culminaram nos pagamentos impugnados não tinha o condão de referendar ou autorizar tais pagamentos, mas tão somente de atestar a ciência do cumprimento de uma etapa dentro da "cadeia burocrática de comunicação pela qual o documento seguia". Nesse sentido o gestor aduz que a inexistência da sua assinatura nos documentos autorizadores, desde que estes estivessem assinados pelo ordenador de despesas, não implicaria o sobrestamento do pagamento. A situação contrária, ou seja, a assinatura do defendente sem a assinatura do ordenador de despesas, não seria suficiente para autorizar os pagamentos (peça 27, p. 48).

60. Ainda quanto ao nexo de causalidade, o autor da defesa cita trecho do Acórdão 3854/2011-TCU-2ª Câmara, em que o Tribunal ratificou que para legitimar a pretensão de reparação do dano devem estar comprovados a conduta omissiva ou comissiva, o nexo de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

causalidade e o resultado. Dessa forma, uma vez que a conduta do agente não teria a capacidade de autorizar os pagamentos (seria, portanto, de mero expediente, sem caráter decisório), estaria ausente o nexo de causalidade e, assim, excluída a possibilidade de imputar-lhe débito (peça 27, p. 49).

61. Com vistas a afastar a culpabilidade da sua conduta, o defendente procura justificá-la por meio da inexigibilidade de conduta diversa. Ele alega que não seria exigível, eficiente, proporcional ou razoável sobrestar o encaminhamento de documentos autorizadores de pagamentos, uma vez que se acautelou quanto ao conteúdo da documentação técnica existente e, ainda, que o sobrestamento poderia ensejar a aplicação de sanção disciplinar, por suposta infração aos art. 117, incisos IV e XV da Lei 8.112/1990 (peça 27, p. 50). Dessa forma, entende que não poderia ser censurado pelo ato praticado, uma vez que não se poderia exigir conduta diversa.

62. Por fim o defendente faz considerações acerca da inexistência de culpa na sua conduta – elemento necessário para caracterização da responsabilidade. O agente cita a doutrina de Damásio de Jesus a respeito das definições de imprudência, negligência e imperícia, alegando que sua conduta não se enquadra em nenhum desses conceitos (peça 27, p. 51).

63. Quanto à imprudência, afirma estar afastada porque sua ação foi cautelosa, uma vez que antes de assinar os documentos autorizadores verificou a existência de: boletins de medição e relatórios de acompanhamento emitidos pela Caixa, notas técnicas concordantes emitidas pela gestora do contrato e manifestação favorável da Consultoria Jurídica (peça 27, p. 51). Baseado nos mesmos fatos, o responsável também argumenta que não foi negligente, uma vez que não desprezou nem desatendeu nenhuma norma legal, nem foi omisso, pois atuou ao verificar as manifestações técnicas precedentes. Quanto à imperícia, afirma que sempre atuou baseado em manifestações de profissionais capacitados, inscritos no CREA (peça 28, p. 1).

64. O gestor finaliza sua defesa solicitando o acolhimento de seus argumentos e, por conseguinte, a isenção de sua responsabilidade pelos atos impugnados.

I.3.2. Análise

65. Inicialmente, quanto à extemporaneidade da defesa, cumpre registrar que em respeito ao princípio da verdade material acata-se a manifestação do defendente, que passa a ser analisada no mérito.

66. De maneira geral, verifica-se que o defendente intenta demonstrar a isenção de sua responsabilidade pelo fato questionado, sem tentar descaracterizar a existência da irregularidade. A despeito de alguns aspectos em que a defesa peca, considera-se que os argumentos apresentados merecem acolhimento.

67. Quanto às alegações relativas ao contrato firmado entre o Depen e a Caixa, nota-se uma extrapolação no entendimento do defendente sobre as atribuições e responsabilidades de cada parte, ao passo que intenta demonstrar a isenção de responsabilidade do órgão sobre os fatos relativos às obras do Depen. Conforme exposto em item anterior desta instrução (parágrafo 34), a jurisprudência do TCU é no sentido de afirmar que o contrato de supervisão, celebrado nos termos do art. 67 da Lei 8.666/1993, tem caráter subsidiário, não eximindo o gestor do contrato – servidor vinculado ao órgão contratante, especialmente designado para tal atividade – da responsabilidade pelo bom andamento do contrato e regular aplicação dos recursos públicos.

68. No caso em apreço, verifica-se que o ora defendente não era o gestor do contrato. Este fato, por si só, não o exime de responsabilidade, vez que ocupava cargo de gestão no órgão e participou da cadeia de eventos que culminou em pagamentos a maior à contratada – após seu "de acordo" nas notas técnicas sobre os reajustes. Entretanto, considerando as atribuições do cargo que ocupava, entende-se que o erro do qual decorreu o dano ao erário (relembrando: a não retroação dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

preços dos serviços aditivados à data base do contrato antes da aplicação do índice de reajuste) não era de percepção (e correção) exigível do defendente.

69. Conforme exposto na defesa, competia à Divisão de Fiscalização do Depen acompanhar, fiscalizar e avaliar a execução de convênios, contratos e ajustes dentro da sua área de atuação (peça 27, p. 39). Deste modo, verifica-se que esta divisão era diretamente responsável pelo regular andamento do contrato da obra.

70. Quanto à assinatura do defendente nas notas técnicas aprovadoras dos reajustes, cabe analisar o seu significado. Com base nas atribuições dos cargos e divisões do órgão (peça 27, p. 31 e p. 39-40), entende-se que a atuação do defendente no trâmite processual foi de verificar a regularidade formal do processo e encaminhá-lo às instâncias superiores. Dessa forma, uma vez que o processo continha as análises de quem de direito (da fiscalizadora – Caixa –, da gestora do contrato e, ainda, no âmbito legal, da consultoria jurídica do Ministério da Justiça), conclui-se que assiste razão ao defendente no tocante ao alegado correto cumprimento de sua função e consequente ausência de responsabilidade pela irregularidade em análise.

71. Na mesma linha, entendem-se procedentes os argumentos trazidos a respeito da inexistência de nexo causal, da inexigibilidade de conduta diversa e da inexistência de culpa.

72. Pelos motivos já expostos, fica afastada a existência de culpa, uma vez que o defendente foi diligente ao verificar a regularidade formal do processo antes de encaminhá-lo. Também conforme já verificado, não se poderia exigir que o agente deixasse de encaminhar os documentos, uma vez que estavam instruídos pelas instâncias competentes. E, quanto ao nexo de causalidade, também parece não existir, uma vez que a supressão da etapa de encaminhamento realizada pelo defendente não faria inexistir a irregularidade, tampouco evitaria a materialização do dano ao erário, já que a assinatura do ordenador de despesas seria suficiente para autorizar o pagamento.

73. Dessa forma, embora a irregularidade não tenha sido descaracterizada, nem tenha sido excluída a responsabilidade do Depen pela gestão do contrato de execução da obra, entende-se que o defendente logrou êxito na demonstração da ausência de sua responsabilidade pelo ato impugnado. Portanto, propõe-se o acolhimento dos argumentos trazidos pelo defendente e a consequente exclusão de sua solidariedade pelo débito apontado.

I.4. Responsável: Cristiano Orém de Andrade

Cargo/função: Diretor Substituto do Depen/MJ.

Conduta: manifestar-se, quando em substituição ao Diretor do órgão, "de acordo" com a Nota Técnica n. 30/2006-CGSPF/DEPEN (peça 24, p. 20-21), que continha erro na aplicação do índice de reajuste sobre os itens aditivados e instruiu a elaboração do 5º termo aditivo ao contrato 02/2004, implicando pagamentos a maior.

I.4.1. Alegações

74. O Diretor Substituto (e Adjunto) do Depen inicia sua defesa fazendo comentários sobre as atribuições do órgão e sobre a força de trabalho disponível. Informa que, em função do quadro deficitário e com a missão de construir 5 penitenciárias federais, a direção do órgão resolveu contratar a Caixa Econômica Federal, empresa pública com reconhecida expertise na área de gerenciamento de obras públicas, para fazer a gestão e acompanhamento das referidas obras. Assim, foi firmado o Contrato 001/2003, entre o Depen/MJ e a Caixa, do qual o defendente cita alguns trechos referentes às atribuições da contratada e da contratante. Também são colacionadas as atribuições regimentais da Divisão de Fiscalização do órgão, vinculada à Coordenação-Geral do Sistema Penitenciário Nacional (peça 22, p. 43-45). Entre os trechos citados, destacam-se os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

também trazidos pelo Sr. Édson Collet Ibiapina em sua defesa, em parte reproduzidos nos parágrafos 52 a 54 desta instrução.

75. Com vistas a demonstrar sua preocupação com a observância aos dispositivos legais e salvaguarda do interesse público, o defendente informa que as pessoas ocupantes do cargo de chefe da Divisão de Fiscalização eram legal e tecnicamente habilitadas para o exercício de fiscalização de obras e, também, menciona outro contrato firmado com Caixa (Contrato 003/2004) para prestação de serviços na área de construção de estabelecimentos penais (peça 22, p. 46).

76. Com base nessas explanações preliminares o defendente afirma ter sido diligente e ter se cercado de todas as cautelas para garantir o fiel cumprimento do art. 67 da Lei 8.666/1993.

77. Na sequência a defesa passa a tratar das irregularidades imputadas ao responsável. Quanto à aplicação irregular de reajustes, objeto de análise nesta seção, o autor alega, em suma, que cercou-se das medidas necessárias ao regular prosseguimento do processo. Antes de manifestar-se "de acordo" com a Nota Técnica n. 030/2006-CGSPF/Depen, que instruiu a formalização do 5º termo aditivo e foi elaborada pela chefe da Divisão de Fiscalização e gestora do contrato de construção da obra (Sra. Érika Hatano Routledge), verificou constar no processo a Nota Técnica n. 045/2005-CGSPF/Depen, na qual a gestora, baseada nos relatórios de acompanhamento de obra emitidos pela Caixa, apresenta informações e memória de cálculo sobre os reajustes a serem pagos à construtora (peça 22, p. 49).

78. O defendente ressalta que a Nota Técnica n. 045/2005-CGSPF/Depen foi analisada e aprovada pela consultoria jurídica do Ministério da Justiça. O autor reproduz, na íntegra, a manifestação do órgão consultivo e afirma que estariam afastadas dúvidas e inseguranças jurídicas quanto à liberação dos reajustes (peça 22, p. 49-50).

79. Assim, o gestor afirma que não identificou nos documentos técnicos integrantes do processo indícios de divergência ou que suscitassem dúvidas a respeito da aplicação dos reajustes, não havendo, portanto, fato motivador para que ele não se louvasse das notas técnicas mencionadas. Adiciona, ainda, que a irregularidade apontada não se configurava de forma evidente no processo, vez que as questões técnicas foram analisadas pela gestora do contrato, legalmente habilitada e regimentalmente competente para fazê-lo, e, ainda, passaram pelo crivo da consultoria jurídica do ministério (peça 22, p. 49 – peça 23, p. 1).

80. Por fim, o defendente alega que não era possível identificar no processo indícios de ofensa à norma legal e, portanto, não se poderia imputar-lhe conduta omissiva ou comissiva que tenha resultado na irregularidade apontada. Também assevera que não ficou demonstrada negligência, imprudência ou imperícia de sua parte. Dessa forma, pede que seja afastada a sua responsabilidade solidária pelo ato impugnado (peça 23, p. 1).

I.4.2. Análise

81. Em linhas gerais, a defesa do Sr. Cristiano Orém de Andrade apresenta argumentos semelhantes aos trazidos pelo Sr. Édson Collet Ibiapina, ou seja, visa afastar a sua responsabilidade pela aplicação irregular de reajustes frente à existência de análises precedentes acerca dos reajustes efetuadas pelas instâncias competentes – Caixa e Divisão de Fiscalização do Depen.

82. Da mesma forma como exposto para o defendente anterior (Sr. Édson Collet Ibiapina – item I.3.2), entende-se que não competia aos ocupantes dos cargos de direção do órgão a verificação dos cálculos constantes das notas técnicas autorizadoras dos reajustes (fato gerador do dano). Essa inexigibilidade de detecção do problema fica mais evidente ao se considerar o detalhe do qual a irregularidade adveio: a não retroação dos preços de alguns serviços (aditivados) à data base do orçamento antes da aplicação do índice de reajuste. Ressalta-se que no caso deste defendente trata-se da Diretoria Geral, instância máxima do órgão, a qual o defendente ocupava em substituição ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

titular na ocasião da aposição do seu "de acordo" na Nota Técnica n. 030/2006 – CGSPF/Depen (peça 24, p. 21), que ensejou o reajuste irregular.

83. Assim, vê-se que, até chegar às mãos do Sr. Cristiano, o processo havia sido instruído pela gestora do contrato e chefe da Divisão de Fiscalização do Depen, Sr. Érica Hatano, pessoa tecnicamente habilitada e regimentalmente competente para fazê-lo, contou com o encaminhamento do seu superior, o Coordenador Geral do Sistema Penitenciário Federal, Sr. Édson Collet Ibiapina, e, ainda, teve ratificação da consultoria jurídica quanto à regularidade (jurídica) do ato. Portanto, assiste razão ao defendente ao afirmar que não era possível identificar indícios de divergência que suscitassem dúvidas a respeito da aplicação dos reajustes.

84. Com base no exposto, entende-se por adequado o acolhimento dos argumentos apresentados pelo defendente e a consequente exclusão da sua solidariedade ao débito decorrente desta irregularidade.

I.5. Responsável: Mauricio Kuehne

Cargo/função: Diretor Geral do Depen/MJ.

Conduta: assinar o 5º termo aditivo ao contrato 02/2004, com base na Nota Técnica n. 30/2006-CGSPF/DEPEN (peça 24, p. 20-21), que continha erro na aplicação do índice de reajuste sobre os itens aditivados, implicando pagamentos a maior.

I.5.1. Alegações

85. O responsável inicia sua defesa elencando os decretos que criaram e definiram a estrutura e atribuições do Depen/MJ, seguidos de um relato sobre sua carreira profissional, que o levou a assumir o cargo de Diretor Geral do órgão de 4/10/2005 a 1/7/2008 (peça 18, p. 3-4).

86. Na sequência, o defendente versa sobre a transição que se operava no Depen/MJ à época da assunção de seu cargo, citando as dificuldades operacionais frente às novas atribuições do órgão. Nesse aspecto, cita o ajuste feito entre o Depen/MJ e a Caixa (Contrato 01/2003, firmado ainda antes da sua gestão) para gerenciamento das obras de penitenciárias federais. Assim como outros defendentes, o ex-Diretor Geral enfatiza a cláusula 2ª do referido contrato, que versa sobre as atribuições da Caixa no tocante ao acompanhamento das obras (trecho transcrito no parágrafo 53 desta instrução).

87. O gestor prossegue citando números sobre a diminuição de rebeliões ocasionada pela criação do Sistema Penitenciário Nacional que, por sua vez, implicou a necessidade de reestruturação no órgão. Sobre esta reestruturação, que envolvia a escolha de equipe para ocupar os cargos de gestão, o defendente alega que cercou-se de todos os cuidados necessários na escolha das pessoas, baseado em suas experiências anteriores (peça 18, p. 5).

88. Ainda versando sobre aspectos gerais, não diretamente relacionados às irregularidades apontadas, o autor da defesa apresenta a estrutura (reformulada) do Depen/MJ e, novamente, alude à necessidade de contratação da Caixa para auxílio no desempenho das atribuições do órgão, notadamente as relacionadas com obras, dadas sua excelência no assunto e capilaridade em todo território nacional (peça 18, p. 6).

89. Quanto à irregularidade ora em análise, o defendente alega que o ato impugnado não ocorreu, uma vez que todas as "situações" teriam sido examinadas pelos órgãos competentes (peça 18, p. 6), e ressalta que há fatos constantes na citação que ocorreram antes do seu ingresso como Diretor do órgão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

90. O defendente faz um breve retrospecto dos fatos que levaram à celebração do 5º termo aditivo, ressaltando que diante da dúvida sobre a regularidade do pagamento do reajuste pleiteado pela contratada o órgão elaborou questionamento à Consultoria Jurídica (através da Nota Técnica 045/2005), que chancelou o entendimento da área técnica e deu ensejo à elaboração da Nota Técnica 030/2006, que, por sua vez, instruiu a elaboração do 5º TA (peça 18, p. 6).

91. Dessa forma, o defendente alega que exerceu suas atividades cercado de todas as cautelas e, portanto, pede a exclusão de sua responsabilidade pelos atos impugnados, colocando-se a disposição para depoimento pessoal (peça 18, p. 12).

I.5.2. Análise

92. Quanto às informações genéricas prestadas pelo defendente sobre a criação, atribuições e reestruturação vividos pelo Depen à época da ocorrência das irregularidades aqui analisadas, bem como às informações a respeito do seu currículo e das estatísticas concernentes à área de atuação do órgão, embora tais elementos dêem um contexto histórico às ocorrências, ressalta-se que elas não tem conexão com as irregularidades e, portanto, não contribuem para a elucidação dos fatos.

93. A respeito da contratação da Caixa para prestar auxílio ao Depen no acompanhamento das obras sob sua gestão, conforme já abordado em item anterior (parágrafo 34), a empresa gerenciadora exerce função subsidiária, ou seja, não há transferência de responsabilidade do órgão para a gerenciadora. Então, embora seja procedimento previsto em lei (art. 67 da Lei 8.666/1993) e até desejável no caso de carência de estrutura administrativa para acompanhamento adequado das obras, a contratação da Caixa não exime o órgão das suas responsabilidades.

94. Quanto às arguições a respeito da irregularidade propriamente dita (neste caso, a aplicação irregular de reajustes), a despeito da alegação do defendente de que o fato não ocorrera, analisa-se que o Sr. Maurício, de fato, não deu causa ao dano ao erário.

95. O responsável, então dirigente máximo do órgão, foi citado por ter assinado o 5º termo aditivo ao contrato de construção da penitenciária de Campo Grande. Esse 5º TA formalizou a aplicação do reajuste irregular, decorrente da não retroação dos preços dos serviços aditivados à data base do contrato antes da aplicação do índice de reajuste. Como se vê, a situação se faz muito semelhante à vivida pelos corresponsáveis citados Srs. Édson Collet Ibiapina e Cristiano Orém de Andrade: o defendente atuou na cadeia de eventos com base em informação técnica da gestora do contrato. Informação esta que fora referendada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

96. A divergência da atuação do então Diretor Geral em relação aos dois defendentes retro mencionados se dá apenas no ato praticado. Enquanto os últimos encaminharam (com seus respectivos "de acordo") as notas técnicas que versavam sobre o reajuste do contrato, o dirigente do órgão celebrou o respectivo termo aditivo, ou seja, formalizou o ajuste. Em que pese a diferença nos atos praticados, entende-se adequada a aplicação do mesmo raciocínio: não parece conveniente entender que o dirigente do órgão, ao tomar decisão baseado em informação técnica da gestora do contrato, devidamente encaminhada pelos seus superiores, deveria questionar os cálculos e premissas ali constantes, sobretudo no caso em questão, em que o erro encontra-se em um pormenor negligenciado pela gestora. Tampouco seria razoável exigir que o dirigente se eximisse de assinar o aditivo quando todos os trâmites antecessores não apresentavam sinal de vício.

97. Assim, propõe-se o acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelo então Diretor Geral do Depen, Sr. Maurício Kuehne, com a consequente exclusão de sua responsabilidade pelo dano decorrente da aplicação irregular de reajustes.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

II. Irregularidade n. 4: pagamento em duplicidade dos valores pertinentes à administração da obra

98. O apontamento inicial desta irregularidade (relatório de auditoria, peça 31, p. 10-13) decorreu da inclusão do item 'administração geral da obra' na planilha orçamentária a partir da primeira prorrogação de prazo do contrato. Tendo em vista a previsão de percentuais relativos à 'administração local' e 'administração central' como componentes do BDI, a inclusão do item 'administração geral da obra' na planilha orçamentária configuraria duplicidade de pagamento para os serviços, além de irregularidade quanto à inclusão de despesas indiretas ('administração central') na planilha orçamentária e da inclusão de despesas diretas ('administração local') no BDI.

99. Na deliberação inicial sobre a fiscalização (Acórdão 546/2008-TCU-Plenário) o assunto foi abordado considerando-se a existência de duas irregularidades (itens 9.6.2.4 e 9.6.2.5 do acórdão). Entretanto, após análises posteriores, conforme relatado nos parágrafos 11 a 17 desta instrução, restam serem esclarecidos os fatos concernentes ao indício de duplicidade de pagamento para os serviços relativos à administração da obra, que ensejaram as citações dos responsáveis abaixo arrolados.

II.1. Responsável: Ricardo Paes Barreto Neto

Cargo/função: engenheiro da Caixa Econômica Federal; fiscal da obra objeto do contrato 02/2004.

Conduta: autorizar, na qualidade de fiscal da obra, a inclusão do item 'administração geral da obra' no orçamento a partir da primeira prorrogação de prazo do contrato, tendo emitido os respectivos Relatórios de Acompanhamento de Obra – RAO (em alguns casos denominados Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento – RAE) e Boletins de Medição – BM (peça 49, p. 25 – peça 56, p. 19) que instruíram os pagamentos da despesa.

II.1.1. Alegações

100. O defendente inicia sua petição relatando a existência de deficiências no projeto executivo da obra, incluindo caderno de encargos e planilha orçamentária, de responsabilidade do Depen/MJ, que implicaram 15 reprogramações de planilha e 5 prorrogações de prazo, sendo que o prazo inicial de 300 dias foi alterado para 671 dias. Quanto às prorrogações de prazo, que são o fato gerador da irregularidade em análise, o responsável alega ter participado apenas de duas, conforme documentação anexada à sua defesa (peça 29, p. 19-20).

101. Na sequência o engenheiro faz considerações a respeito do contrato de prestação de serviços firmado entre a Caixa e o Depen (contrato 001/2003), alegando que o gerenciamento da obra se daria em sintonia e concordância com o órgão gestor do contrato. Além disso, informa que a administração desse contrato, por parte da Caixa, se dava pela unidade denominada Geurb (sediada em Brasília), sendo que a representação em que ele trabalhava (Gidur/CG, em Campo Grande – MS) reportava-se àquela.

102. Quanto aos aditivos de prazo, o autor faz considerações em separado para cada uma das 5 prorrogações, em função de sua atuação em cada uma delas. Nos parágrafos seguintes, faz-se a compilação das alegações do defendente, expostas na peça 29, p. 21-33, com as adequações e correções necessárias (a defesa contém erros em datas, números de documentos, entre outros).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

103. Na 1ª dilatação de prazo, o autor informa que a prorrogação foi solicitada pela construtora e autorizada diretamente pelo Depen. A aprovação se deu pela nota técnica NT 038/2005-CGSPF/Depen, de 15/7/2005 (anexa à peça 29, p. 38), cujo entendimento foi ratificado pela celebração do 2º termo aditivo do contrato, assinado em 2/8/2005 (anexo à peça 29, p. 39-40).

104. Posteriormente, diante de nova solicitação da construtora, o Depen acionou a Caixa (Ofício 3605/2005-Depen/GAB e NT 057/2005-CGSPF/Depen, ambos de 25/10/2005 – anexos à peça 29, p. 41-42) para análise dos valores pleiteados em decorrência da prorrogação de prazo. O defendente ressalta que nessa nota técnica o Depen/MJ ratifica o BDI utilizado pela construtora, de 22%. Registre-se que em 3/11/2005 foi emitida nova nota técnica e expedido novo ofício à Caixa (NT 061/2005/CGSPF/Depen e Ofício 3684/2005/Depen/GAB – anexos à peça 29, p. 43-44), que versavam sobre retificação da NT anterior. Entretanto, não se verifica alteração de conteúdo na nova solicitação.

105. Quanto ao mérito do pedido, que consistia em aditivação do orçamento para cobrir despesas com 'administração da obra', 'locação de equipamentos junto a terceiros' e 'locação de equipamentos próprios', o engenheiro ora defendente manifestou-se em 9/12/2005, por meio da CI Gidur/CG3 - 1178/05 (anexa à peça 29, p. 49-56).

106. No parecer do engenheiro, os custos com equipamentos foram acatados e os respectivos serviços foram pagos a cada medição, após aferição da utilização dos equipamentos (mediante vistoria na obra) e apresentação das notas fiscais comprobatórias das despesas (peça 29, p. 21).

107. Com relação à 'administração da obra', o engenheiro, inicialmente, comenta sobre a nomenclatura dada para o item, uma vez que o serviço incluso na planilha orçamentária tinha praticamente o mesmo nome do serviço constante no BDI, o que possibilitou o entendimento de ocorrência de duplicidade de pagamento. Em resumo o defendente alega que, embora as duas despesas ('administração da obra' constante do BDI e 'administração geral da obra' incluída na planilha orçamentária a partir da 1ª reprogramação de prazo) tivessem a mesma natureza, elas referiam-se a períodos distintos (peça 29, p. 22).

108. Quanto ao valor aprovado para o item, o defendente alega que seu parecer foi baseado nas seguintes considerações: a prorrogação do prazo (primeira prorrogação – 120 dias) já havia sido aprovada pelo Depen; o valor do BDI (que incluía 4% relativos à administração central e local da obra) também já tinha sido ratificado pelo órgão; os itens reprogramados tinham causa, basicamente, em falhas de projeto; a construtora mantinha-se mobilizada no canteiro; e as alterações promovidas implicavam serviços complementares de razoável complexidade à construtora. Com base nesses fatos, o fiscal entendeu, conforme pleito da construtora, que o pagamento dos custos de administração da obra (local e central) unicamente com base no valor previsto inicialmente no BDI não seria suficiente para cobrir os gastos decorrentes da prorrogação do prazo (peça 29, p. 22-23).

109. Para melhor embasar sua tese, o defendente cita os valores acrescidos ao contrato, ressaltando que a não inclusão de um item no orçamento a título de ressarcimento de valores relativos à administração da obra implicaria "desalinhamento em relação às bases do contrato". Explica-se: nessa primeira reprogramação o prazo estava sendo ampliado em 40% (de 300 para 420 dias) e o aumento do valor relativo à administração da obra, caso se considerasse apenas aquele constante no BDI, seria de 4% sobre o custo dos novos serviços incluídos. Nessa situação, ter-se-iam os seguintes valores para administração da obra: nos primeiros 10 meses, um valor mensal de R$ 55.878,07, resultado da aplicação de 4% sobre o custo direto inicial da obra (conforme previsto no BDI aprovado) dividido pelo seu prazo inicial; e, nos 4 meses acrescidos, um valor mensal de R$ 3.486,88, resultado da aplicação de 4% sobre o custo direto dos serviços incluídos dividido pelo prazo acrescido (peça 29, p. 23).

110. Dessa forma, considerando que o BDI estava aprovado pelo órgão gestor do contrato, entendeu a fiscalizadora que o valor previsto para administração da obra nos primeiros 10 meses era

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

adequado, motivo pelo qual deveria ser replicado (mediante inclusão de novo serviço na planilha orçamentária) nos meses acrescidos. Assim, o defendente alega que não houve pagamento em duplicidade (peça 29, p. 24).

111. Para o 2º aditamento de prazo (mais 90 dias), o procedimento foi análogo. O engenheiro informa que o Depen solicitou à Caixa, mediante Ofício 4309/2005 - Depen/GAB e NT 071/2005 - CGSPF/Depen, ambos de 30/11/2005 (anexos à peça 29, p. 59-60), análise do pedido de prorrogação feito pela construtora. Nota-se que na referida NT o Depen já considera o pedido como procedente. O engenheiro manifestou-se na CI Gidur/CG3 - 1138/05, de 1/12/2005 (anexa à peça 29, p. 68-70) pela viabilidade técnica do pedido, alertando que caberia ao Depen verificar a viabilidade jurídica do aditamento.

112. Quanto ao serviço 'administração geral da obra', o procedimento foi o mesmo adotado no 1º aditamento. Replicou-se, nos meses prorrogados, o valor previsto para os 10 primeiros meses. Nesse caso o defendente salienta que a inexistência desse item na planilha orçamentária (já incluso na 1ª prorrogação), ou seja, o pagamento das despesas de administração de obra com base apenas no percentual inicialmente previsto no BDI sobre os novos serviços adicionados implicaria a seguinte distorção: para os 10 meses iniciais ter-se-ia um custo mensal de R$ 55.879,07 com a administração da obra; para os 7 meses aditivados (4 na primeira reprogramação e 3 na segunda), R$ 2.025,53 mensais (peça 29, p. 26).

113. Na sequência o defendente reconhece erro nos cálculos utilizados para definição do valor do serviço 'administração geral da obra' incluído na planilha. Conforme já relatado na análise inicial feita por unidade técnica do TCU (peça 13, p. 75-77), caso devido, o valor mensal a ser pago deveria ser baseado no custo direto da obra, e não no preço de venda. Assim, o valor mensal resultaria em R$ 55.879,07, e não R$ 68.172,25, conforme orçado e pago.

114. Ainda mencionando a análise inicial do TCU, o engenheiro alega que a inclusão do item 'administração geral da obra' na planilha se deu a partir da 13ª medição, resultando em pouco mais de 11 meses, e não em 23 meses, conforme considerado naquela análise. Além disso, o defendente informa que os únicos aditamentos de prazo que tiveram análise da Caixa foram o 1º e o 2º, num total de 7 meses. Os demais teriam sido acordados diretamente entre o Depen e a construtora (peça 29, p. 26).

115. O autor argumenta, também, que as análises sobre os valores questionados não levaram em consideração a defasagem do valor da obra. Quando da definição do valor a ser pago para administração da obra nos meses acrescidos (análise da Caixa feita em dezembro de 2005), já haviam se passado 13 meses da assinatura do contrato. O engenheiro acrescenta que a proposta vencedora da licitação, datada de 4/4/2004, já apresentava 25% de desconto em relação ao orçamento base da licitação, estimado com base no Sinapi (peça 29, p. 27). Registra, ainda, que a variação do índice de custo da construção (ICC) indicado pelo Sinapi para o estado do Mato Grosso do Sul entre os meses de apresentação da proposta (4/2004) e de definição sobre o valor da administração da obra (12/2005) registra um percentual de 16,91% (peça 29, p. 27).

116. Finalizando as suas considerações ainda sobre a 2ª prorrogação de prazo, o defendente alega que o percentual de 4% incluso no BDI a título de administração central e local da obra pode ser considerado baixo, uma vez que é inferior à média do intervalo admitido no Acórdão 325/2007-TCU-Plenário para cobertura das despesas unicamente com administração central. Também registra que, nas suas análises, sempre se baseou em critérios técnicos, alertando o Depen que deveria verificar junto ao seu departamento jurídico a viabilidade de pagamento dos valores solicitados (peça 29, p. 27).

117. Na sequência, o defendente passa a tratar da 3ª, 4ª e 5ª reprogramações, sobre as quais alega não ter havido aprovação da Caixa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

118. Quanto à 3ª, de mais 90 dias, o responsável informa que foi solicitada análise da Caixa em 21/2/2006 (documento anexo à peça 29, p. 74) e que em 3/3/2006 emitiu parecer (CI Gidur/CG3 - 0685/06, anexo à peça 29, p. 79-83), ratificando mensagem eletrônica enviada ao Depen em 22/2/2006 (anexa à peça 29, p. 76-78), na qual não acolhia plenamente as justificativas apresentadas pela construtora para prorrogação do prazo. O engenheiro ressalva que duas questões apresentadas pela construtora tinham procedência: a destruição da estação de tratamento de esgoto (ETE) por uma enchente e a inclusão de serviços relacionados à segurança pelo Depen, sendo que esta última implicou dificuldades ao andamento da obra (peça 29, p. 28).

119. Assim, o autor alega que embora a Caixa não tenha aprovado formalmente a 3ª reprogramação, nem tenha ocorrido nova análise sobre os valores a serem ressarcidos a título de administração da obra, o Depen concedeu o prazo solicitado, acrescentando mais 3 meses ao contrato e, consequentemente, mais 3 meses para o item 'administração geral da obra' (peça 29, p. 28).

120. Seguindo a mesma linha de argumentação apresentada para o dois primeiros aditivos de prazo, o autor informa os valores que seriam pagos para a administração da obra caso não se incluísse o novo item na planilha orçamentária. Nessa ocasião, enquanto para os 10 primeiros meses o valor mensal teria sido de R$ 55.878,07, para os 10 meses subseqüentes (após 3 reprogramações) o valor seria de R$ 2.123,64 por mês.

121. Quanto a 4ª e 5ª prorrogações de prazo, que somam 71 dias, o engenheiro alega, mais uma vez, que foram acordados diretamente entre Depen e construtora, indicando a documentação onde o órgão comunicou à Caixa a sua aprovação.

122. Para a 4ª reprogramação registram-se os e-mails trocados entre a gestora do contrato, Sra. Erika Hatano, e o defendente em 23/5/2006 (anexos à peça 29, p. 90-92), onde há comunicação do novo prazo e orientação para 'cálculo' das despesas de administração de obra de forma análoga às prorrogações anteriores. Para o 5º, registram-se os e-mails trocados nas datas de 17 a 21/7/2006 (anexos à peça 29, p. 95-97), nos quais, sequencialmente: o Depen informa a Caixa sobre a concessão de mais prazo para conclusão da obra; a Caixa questiona o Depen sobre a pertinência do pagamento dos valores relativos à administração da obra no novo prazo; e o Depen orienta pelo pagamento dos serviços. Ressalta-se que no questionamento feito pela Caixa o engenheiro alerta que alguns itens componentes do serviço de administração da obra já haviam sido desativados, a exemplo do barracão da obra.

123. Novamente, para esses dois últimos aditivos de prazo, o defendente faz a comparação do valor relativo à administração da obra pago nos 10 primeiros meses e o valor que seria pago caso não houvesse a inclusão do serviço na planilha orçamentária. Dessa vez, em contraponto aos R$ 55.878,07 pagos inicialmente, seriam pagos R$ 2.787,43 para os 12,4 meses subseqüentes. Nessa linha de argumentação, o defendente registra que, embora a Caixa não tenha participado da aprovação dos aditamentos de prazo, nem sido solicitada a se manifestar sobre os valores do item 'administração geral da obra' para a 4ª e 5ª reprogramações, o não pagamento do item poderia penalizar a construtora, tendo em vista o "desalinhamento de valores em relação às bases do contrato" (peça 29, p. 32).

124. Por fim, o engenheiro Ricardo Paes Barreto Neto alega que não houve pagamento em duplicidade relativo à administração da obra e, consequentemente, inexistiu dano ao erário.

II.1.2. Análise

125. Após solicitação e concessão de prorrogação de prazo (peça 29, p. 3 e p. 18, respectivamente), o responsável apresentou defesa visando esclarecer os fatos que envolveram o pagamento do item 'administração geral da obra'. Em suas alegações, em parte procedentes, o autor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

faz um relato desses fatos, apresenta documentação comprobatória e tenta justificar o pagamento da despesa, alegando inexistência de débito, bem como visa isentar sua responsabilidade sobre parte dos valores eventualmente pagos a maior.

126. De início, vê-se que o contrato de execução da penitenciária de Campo Grande apresentava grandes dificuldades para sua gestão. As 15 reprogramações de serviços e a mais que duplicação do prazo inicial previsto comprovam a deficiência do projeto concebido para execução da obra. Outro fato importante a se registrar é a divergência entre o prazo previsto no cronograma da obra e o prazo constante dos últimos termos aditivos do contrato. Enquanto o defendente relata 5 prorrogações de prazo para a obra (baseado nas solicitações feitas pelo Depen, por e-mail, diretamente para o fiscal – peça 29, p. 20), nota-se que o contrato sofreu 7 prorrogações de vigência (peça 13, p. 66).

127. A despeito desta dificuldade, há que se verificar a adequação da conduta dos agentes envolvidos nesse processo.

128. Na expectativa de melhor elucidar a questão, a análise das alegações de defesa do Sr. Ricardo Paes Barreto Neto foi divida em 4 subitens, que tratam dos seguintes assuntos: pertinência do pagamento da despesa relativa à administração da obra, possibilidade de responsabilização do agente por dano ao erário, análise da responsabilidade do agente em cada fato gerador de dano (prorrogações de prazo) e cálculo dos valores do débito.

Da pertinência do pagamento do item 'administração geral da obra'

129. O item 'administração geral da obra' foi incluído no orçamento a partir do primeiro aditamento de prazo. Conforme alega o defendente, essa primeira prorrogação foi aprovada pelo Depen previamente à sua análise sobre o valor a ser utilizado para o novo item da planilha orçamentária (conforme NT 057/2005 - CGSPF/Depen, anexa à peça 29, p. 42).

130. Tendo em vista os fatos que ensejaram a prorrogação do contrato (falhas de projeto, necessidade de serviços complementares, embargo da obra, entre outros, conforme informado pelo defendente – peça 29, p. 22), entendemos, até certo ponto, aplicável a inclusão do novo item na planilha orçamentária. Em suma, se a construtora não dá causa a atrasos na obra e, em decorrência de fatores supervenientes, se vê obrigada a realizar novos serviços que demandam mais tempo para conclusão do empreendimento, com o consequente aumento dos custos de administração local e administração central, entende-se justa a aditivação desses valores no período prorrogado, desde que mantidos os mesmos critérios do ajuste inicial.

131. No caso em tela, a construtora previu na sua proposta um valor de 4% sobre o custo da obra, incluso no BDI, para os serviços de administração local e central. Conforme argumentado pelo defendente, a incidência de 4% sobre o custo dos novos serviços aditivados não seria suficiente para ressarcir a contratada pelos gastos adicionais decorrentes da ampliação do prazo, uma vez que os serviços aditivados implicavam, até o primeiro aditivo de prazo, um acréscimo de aproximadamente 2,5% no orçamento, ao passo que o acréscimo de tempo era de 40%.

132. Desta forma, considerando que a ampliação do prazo não se deu unicamente devido à inclusão de novos serviços, mas, também, devido a fatores supervenientes (embargos, falhas em projeto), assiste razão ao defendente ao afirmar que a não inclusão de um item no orçamento a título de ressarcimento dos valores de administração da obra no período prorrogado prejudicaria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da contratada.

133. Contudo, também é verdade que o valor a ser pago não deveria ser o valor total mensal previsto inicialmente, sendo que a quantia justa estaria entre este valor e o valor de 4% sobre os novos serviços inclusos. Entretanto, na ausência da composição de custo unitário desses serviços, não é possível, neste momento, calcular qual seria o valor adequado para pagamento mensal da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

despesa. Assim, em uma análise conservadora, favorável aos citados, considerar-se-á que o valor devido nos meses em que o aditivo de prazo fazia-se justo era o valor total mensal previsto inicialmente.

134. Cabe analisar, portanto, para cada aditamento de prazo, quem deu causa ao atraso da obra. Não havendo responsabilidade das partes contratantes, ou seja, advindo o atraso de fatores extraordinários, justifica-se o pagamento da despesa. Caso a construtora tenha concorrido para o atraso e, portanto, não se justificava a aditivação do serviço de administração da obra, faz-se necessário identificar os responsáveis pela prorrogação do prazo, que deverão responder pelos valores pagos indevidamente a título de administração da obra.

135. Ressalva-se que, mesmo nos casos em que a despesa fazia-se justa, o valor pago foi equivocado. Conforme já relatado na instrução inicial desta TCE, quando devido, o valor a ser utilizado no item era R$ 55.879,07, resultado da aplicação do percentual de 4% sobre o custo direto inicial do contrato, dividido pelo prazo inicial da obra, e não R$ 68.172,25, resultado dessa operação sobre o preço inicial da obra. Essa diferença configura superfaturamento e, portanto, mesmo nos casos onde o pagamento justificou-se, devem ser identificados os responsáveis pelo dano.

Da possibilidade de responsabilização do agente pelo dano ao erário

136. Em sua defesa o engenheiro alude ao contrato 001/2003, celebrado entre o Depen/MJ e a Caixa para gerenciamento da obra. Entende-se que assiste razão ao defendente ao afirmar que esse gerenciamento deveria ser realizado em sintonia com o órgão gestor do contrato da obra. Conforme já discutido nesta instrução, a atuação da fiscalizadora não isenta de responsabilidade o órgão contratante. O órgão, na pessoa do gestor do contrato – servidor formalmente designado para esta atividade –, é quem deve responder pelo bom andamento do ajuste e pela regular aplicação dos recursos. Entretanto, em que pese a gestão do contrato da obra não ser transferida do órgão contratante para a supervisora, esta última não fica isenta da responsabilidade pelos seus atos, especialmente quando destes atos emana erro que implica dano ao erário. Assim, em função do comando dado pelo art. 1º, inciso I da Lei 8.443/1992, cabe analisar a participação do fiscal da Caixa na ocorrência do débito.

137. No caso em tela, conforme reconhece o defendente (peça 29, p. 26), houve erro no cálculo do valor a ser utilizado para ressarcimento dos custos com administração da obra no período prorrogado. Dessa forma, mesmo nos casos em que o pagamento justificava-se, houve pagamento superfaturado para a despesa, o que implica enquadramento do fato na situação descrita no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992. Assim, nos termos do § 2º, alínea "a" do mesmo artigo de lei, responde solidariamente o fiscal da Caixa que concorreu para a consecução do dano.

Da análise da responsabilidade do defendente pelos aditamentos

138. Inicialmente registra-se que a análise sobre os aditamentos será feita com relação aos prazos previstos para conclusão da obra (que sofreu 5 prorrogações) e não com relação aos prazos de vigência do contrato, que previu prazo adicional para atividades internas do Depen (emissão de termos de recebimento, pagamentos etc.), já que em função dos primeiros é que ocorreram os pagamentos do item 'administração geral da obra'.

139. O Sr. Ricardo alega que a Caixa emitiu parecer favorável somente aos dois primeiros aditivos de prazo, sendo que os três últimos foram acordados diretamente entre a construtora e o Depen. De acordo com a documentação juntada à defesa, vê-se que procede a alegação do defendente. Na verdade, o que se vê da documentação integrante dos autos é que, embora a decisão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

tenha sido corroborada pela Caixa nas duas primeiras reprogramações, os cinco pedidos de aditamento de prazo feitos pela construtora foram aprovados diretamente pelo Depen.

140. Na 1ª prorrogação de prazo (120 dias), quando da manifestação da Caixa (CI Gidur/CG3 - 1178/05, de 9/12/2005, anexa à peça 29, p. 49-56), que versou sobre os valores da administração da obra, o pleito já havia sido aprovado e, inclusive, o termo aditivo do contrato já havia sido formalizado – vide NT 038/2005-CGSPF/Depen, de 15/7/2005 (anexa à peça 29, p. 38) e 2º TA do Contrato 02/2004, firmado em 2/8/2005 (anexo à peça 29, p. 39-40).

141. Na 2ª ampliação de prazo (90 dias) houve consulta do Depen à Caixa (Ofício 4309/2005 - Depen/GAB e NT 071/2005 - CGSPF/Depen, ambas de 30/11/2005, anexos à peça 29, p. 59-60), à qual o engenheiro ora defendente manifestou-se favoravelmente (CI Gidur/CG3 - 1138/05, de 1/12/2005, anexa à peça 29, p. 68-70). Entretanto, note-se que a solicitação do Depen já considerava o pleito como procedente.

142. Quanto à 3ª dilatação de prazo (90 dias), vê-se que a manifestação do defendente não foi favorável ao pleito da construtora, conforme se verifica na CI Gidur/CG3 - 0685/06, de 3/3/2006 (anexa à peça 29, p. 79-83). Embora tenha havido concordância com alguns pontos levantados pela construtora como justificantes da solicitação de ampliação de prazo, na grande maioria das questões suscitadas o defendente considerou improcedente o pleito da construtora. Não obstante o parecer desfavorável (em sua maior parte) emitido pelo engenheiro, formalizou-se a 3ª prorrogação de prazo, com ampliação da vigência em mais 90 dias.

143. Para a 4ª e 5ª reprogramações, conforme relata o defendente (vide parágrafo 122 retro), não houve aprovação da Caixa. Nos e-mails trocados entre o Depen e o defendente (documentação anexa à peça 29, p. 90-92 e p. 95-97) comprova-se que o órgão gestor aprovou a concessão de mais prazo à contratada sem participação do engenheiro da Caixa na decisão. Observa-se, ainda, que o engenheiro questionou a gestora do contrato sobre a pertinência de pagamento dos valores de administração da obra no último prazo concedido, ressaltando que alguns itens que compunham esse serviço já não se justificavam. Apesar da manifestação do engenheiro, a gestora autorizou o pagamento da despesa (peça 29, p. 95).

144. Dessa forma, vê-se que as condutas do defendente quanto às reprogramações da obra foram: ratificar a 1ª, previamente aprovada pelo Depen, e manifestar-se favoravelmente ao pleito da 2ª. Quanto às demais, não houve sua participação na decisão.

145. Assim, a despeito dos argumentos apresentados pelo defendente em que ele considera adequado o pagamento das despesas de administração da obra em todo o prazo ampliado (inclusive para aquelas reprogramações que não contaram com sua aprovação), sob alegação de que o não pagamento implicaria "desalinhamento em relação às bases do contrato", entende-se que ele deve ser responsabilizado somente pelos pagamentos relativos aos meses prorrogados que contaram com sua manifestação favorável, ou seja, os sete meses abarcados pelas duas primeiras reprogramações, sendo isento de responsabilidade quanto às demais.

146. Ressalta-se que, de acordo com a documentação do processo (notas técnicas, mensagens eletrônicas), não há indícios que suscitem dúvidas sobre a necessidade técnica dessas duas prorrogações iniciais. Portanto, com base na análise realizada, o defendente deve responder não pela integralidade dos valores pagos a título de administração da obra, mas apenas pelos valores pagos a maior em decorrência da divergência entre os valores devidos e os valores efetivamente pagos, no período que contou com sua aprovação.

Do valor do débito

147. Conforme exposto, cabe ao fiscal arcar com o débito decorrente da diferença entre os valores devidos e os valores pagos para o serviço 'administração geral da obra' nos meses que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

contaram com sua aprovação. Ressalta-se que são solidários a esse débito a gestora do contrato (em última análise, a responsável pela aplicação dos recursos) e a empresa construtora, que recebeu quantia indevida.

148. De acordo com esse entendimento, procede a alegação do defendente no sentido de impugnar o cálculo do débito realizado na instrução de citação. Primeiro, porque os pagamentos a maior iniciaram-se a partir do primeiro aditivo de prazo, ou seja, a partir do 11º mês da obra; segundo, porque nem todas as reprogramações contaram com a anuência do fiscal. Dessa forma, são de responsabilidade do Sr. Ricardo os pagamentos a maior realizados em decorrência dos dois primeiros aditivos de prazo, que totalizam 7 meses – 4 aprovados no primeiro aditivo de prazo e 3 aprovados no segundo. A Tabela 3 mostra o cálculo do débito atribuído ao responsável. Observa-se que os pagamentos foram realizados com reajustes e a partir do 14º boletim de medição, no qual já se consideraram executados 4 meses para o item (do 11º ao 14º meses da obra).

149. Quanto às alegações do responsável sobre defasagem do valor da obra à época da inclusão do novo item na planilha orçamentária, bem como sobre o desconto concedido na proposta vencedora e sobre o baixo percentual previsto no BDI para as despesas de administração central, sobre o qual o defendente cita acórdão do TCU (peça 29, p. 27), entendemos não serem pertinentes.

150. Quanto ao BDI, cumpre esclarecer que o acórdão aludido pelo defendente (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, que, a propósito, versava sobre obras de transmissão de energia elétrica) informa uma faixa referencial para os itens que devem compor o seu percentual, não vinculando a administração ou as empresas construtoras à obediência irrestrita aos valores ali presentes. Em outras palavras, não era vedada a utilização de valores superiores aos ali indicados, desde que tecnicamente justificados para o caso concreto, muito menos a utilização de valores inferiores, como no caso em tela, quando a empresa licitante julgar que consegue reduzir os seus custos indiretos.

151. Sobre o desconto concedido na licitação, não há que se utilizar esse fato como justificante para inclusão de valores a maior no orçamento. A proposta vencedora, pressupõe-se, foi feita de forma livre pela construtora, que, em consequência, deve arcar com as condições ofertadas.

152. A respeito da suposta defasagem do valor da obra, também não assiste razão ao defendente. A defasagem de valores decorrente de lapso temporal entre a formulação da proposta e o pagamento da despesa é fato natural, cujo antídoto é previsto em todo contrato administrativo: o critério de reajuste. No contrato em comento não foi diferente. Para os pagamentos efetuados após 12 meses da data de apresentação da proposta aplicou-se o INCC, conforme cláusula quinta do contrato 02/2004. Dessa forma, não há que se falar em defasagem de valores.

Tabela 3 – Valores do item 'administração geral da obra' relativos aos meses em que o Sr. Ricardo Paes Barreto Neto aprovou o aditamento de prazo do contrato

Medição	Valor devido (sem reajuste)	Valor pago (sem reajuste)	Reajuste aplicado à parcela	Valor devido	Valor pago	Diferença (débito)	Data de ocorrência (peça 60, p. 24 – peça 61, p. 7)
14 (peça 49, p. 33)	235.516,28	272.685,00	10,51%	260.258,44	301.331,92	41.073,48	05/12/2005
15 (peça 50, p. 23)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	26/12/2005
16 (peça 51, p. 6)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	03/02/2006
17 (peça 51, p. 47)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	08/03/2006

153. Por fim, conforme prevê o art. 202, § 2º, do RI/TCU, cabe analisar a existência de boa fé e de outra irregularidade nas contas do agente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

154. Quanto à boa fé, não se verificam nos autos elementos capazes de configurá-la. Assim, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, propõe-se julgar irregulares as contas do Sr. Ricardo Paes Barreto Neto, que, conforme prevê o art. 19, caput da mesma lei, deve restituir aos cofres do tesouro nacional o débito a ele atribuído (em solidariedade com a gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge, e com a empresa contratada, Palma Engenharia Ltda., nos termos do art. 16, § 2º, alíneas "a" e "b", do mesmo diploma legal) atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do recolhimento. Verifica-se ainda a possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

II.2. Responsável: Érika Hatano Routledge

Cargo/função: Chefe da Divisão de Fiscalização do Depen/MJ; gestora do contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a Construtora Palma Engenharia Ltda.

Conduta: autorizar a inclusão do item 'administração geral da obra' no orçamento a partir da primeira prorrogação de prazo do contrato, tendo em vista a emissão das Notas Técnicas 075/2005, 080/2005, 004/2006, 012/2006, 017/2006 (de 17/4/2006), 017/2006 (de 19/5/2006), 036/2006, 047/2006 e 268/2006, que instruíram os pagamentos da despesa.

II.2.1. Alegações

155. Inicialmente a defendente informa que a solicitação da construtora para ressarcimento dos valores relativos à administração da obra se deu em 22/9/2005, mesma data de sua nomeação ao cargo de Chefe de Divisão de Fiscalização no Depen. A responsável esclarece que os valores solicitados versavam sobre locação de equipamentos, decorrentes de fatores alheios à vontade da construtora (peça 23, p. 37).

156. A gestora relata que "foi esclarecida" de que os custos a que se referiam o pedido (entre eles: combustível, depreciação, manutenção e vigilância) diferiam dos custos que compunham o BDI – administração local e administração central – daí a sua denominação como "administração geral", de forma a diferenciá-lo daqueles (peça 23, p. 37).

157. Na sequência a defendente faz remissão ao Contrato 01/2003, celebrado entre o Depen e Caixa para gerenciamento da implantação de penitenciárias federais. Assim como outros defendentes citados nestes autos, a gestora transcreve as cláusulas segunda e quarta do referido contrato (peça 23, p. 37-39), nas quais são definidas as atividades e obrigações da contratada.

158. A gestora informa que, no exercício da prerrogativa conferida pelo art. 67 da Lei 8.666/1993, solicitou (mediante NT 057/2005-CGSPG/Depen, de 25/10/2005, posteriormente retificada pela NT 061/2005-CGSPG/Depen, de 3/11/2005, anexas à sua defesa na peça 24, p. 33 e 50, respectivamente) parecer da Caixa a respeito da análise financeira do pleito da construtora.

159. A responsável afirma que, após análise de documentação enviada pela construtora a respeito dos custos de equipamentos, a Caixa elaborou em 9/12/2005 proposta de reprogramação do contrato, na qual constavam os valores relativos à administração da obra pleiteados pela empresa. Posteriormente, em 22/12/2005, o Depen recebeu o parecer da área técnica da Caixa (CI Gidur/CG3 - 1178/05, anexo à sua defesa na peça 26, p. 36-43), no qual o engenheiro Ricardo Paes Barreto Neto, também arrolado nestes autos, aprovara os valores questionados, submetendo ao Depen a análise da viabilidade jurídica do pagamento (peça 23, p. 41).

160. Diante do parecer da Caixa, a gestora informa que retomou o estudo dos fatores que levaram à solicitação da construtora – a composição do BDI e do orçamento base, as causas dos aditivos de prazo, a necessidade de pagamento dos equipamentos e os custos decorrentes. Nesse

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

sentido, aduz que o BDI apresentado pela construtora estava abaixo do esperado na licitação e, considerando as alegações da empresa sobre os insumos dos serviços propostos, bem como que não existem legislação ou normas técnicas que disciplinem a elaboração de orçamentos, decidiu pela continuidade dos pagamentos referentes ao item (peça 23, p. 41).

161. Com base nas informações apresentadas, a defendente alega que não houve pagamento em duplicidade para o item administração da obra, asseverando que o item "administração geral" é fundamentalmente distinto dos itens 'administração local' e 'administração central' previstos no BDI (peça 23, p. 41). Além disso, a gestora aduz que a assunção do cargo de Chefe de Divisão de Fiscalização foi ponderada com base na existência do contrato 01/2003, entre Depen e Caixa, tendo em vista a expertise daquela estatal na fiscalização de obras públicas.

162. Por fim, a responsável pede que suas alegações de defesa sejam acolhidas, que a sua solidariedade seja excluída e que sejam julgadas regulares as contas do processo de construção da penitenciária de Campo Grande/MS. Caso seu pleito não prospere, solicita que lhe seja dada a oportunidade de "ser ouvida em audiência" (peça 23, p. 42).

II.2.2. Análise

163. Observa-se que o entendimento da gestora com relação ao item 'administração geral da obra' difere da explicação dada pelo fiscal da Caixa. Enquanto o fiscal informa que o item referia-se exatamente aos serviços com custos abarcados pelo BDI (mas para períodos diferentes), a gestora alega que tratavam-se de serviços distintos, com vistas a cobrir custos com combustível, depreciação, entre outros.

164. Entende-se que a alegação da gestora não procede. Primeiro porque não foi apresentada qualquer composição de custos para a o item 'administração geral da obra' incluso no orçamento, de forma a ratificar seu entendimento. Depois, porque algumas das despesas indicadas como componentes do item são, em regra, inclusos nas composições de custos dos serviços da obra e, portanto, não devem ser replicados em item distinto do orçamento. O custo horário de equipamentos, por exemplo, já contempla os custos com combustível e operador. Dessa forma, quando se utiliza tal equipamento como insumo de determinado serviço (escavação de valas com escavadeira hidráulica, por exemplo), ao indicar, na composição de preço unitário, o tempo de utilização do equipamento necessário para produzir uma unidade de medida do serviço (1 m³ de escavação, por exemplo), já se considera o combustível e a mão de obra necessários.

165. Quanto às alegações sobre o contrato entre Depen e Caixa, conforme já discutido nesta instrução, entende-se que a contratação de terceiros para auxílio à fiscalização, nos termos no art. 67 da Lei 8.666/1993, não exime o órgão contratante da sua responsabilidade pela regular aplicação dos recursos. Dessa forma, em que pese a concorrência do fiscal da Caixa quanto à diferença entre o valor devido e o valor pago, a gestora não é isenta de responsabilidade por qualquer dano ao erário ocorrido no âmbito do contrato de execução da obra.

166. Para verificação da responsabilidade da gestora pelos pagamentos, faz-se remissão à análise empreendida para o engenheiro Ricardo Paes Barreto Neto, expressa nos parágrafos 129 a 135. Conforme ali exposto, a pertinência do pagamento do item 'administração geral da obra' está diretamente ligada às causas do atraso da obra. Assim, nos casos em que o atraso da obra não foi oriundo de fatores externos, supervenientes, cabe a responsabilização de quem lhe deu causa, bem como de quem aprovou a prorrogação do contrato.

167. Conforme exposto também na análise da defesa do engenheiro da Caixa (parágrafo 146), as duas primeiras dilatações de prazo mostraram-se pertinentes. Cabe, agora, a análise da adequação das três prorrogações subsequentes.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

168. Quanto à 3ª prorrogação, conforme CI Gidur/CG3 - 0685/06 (anexa à peça 29, p. 79-83), observa-se que o pleito da construtora baseava-se em diversos eventos. Dos 12 eventos alegados, 7 foram considerados improcedentes pelo fiscal, 3 foram considerados procedentes, porém sem qualquer influência no prazo da obra por tratarem-se de serviços de pequeno porte, e apenas 2 considerados procedentes, com possível impacto no prazo da obra: projeto de nova ETE e novos serviços relativos à segurança do presídio.

169. Embora o parecer do fiscal não tenha sido favorável à concessão do novo prazo pleiteado, alertando, inclusive, que a obra encontrava-se em atraso por culpa da construtora, há que se considerar os dois eventos que implicavam novos serviços. A alteração na ETE mostrava-se necessária em função de possível inundação da área onde estava prevista, conforme já havia ocorrido, e os serviços relativos à segurança foram exigências posteriores do Depen (peça 29, p. 25).

170. Assim, entende-se que ao menos parte do aditamento proposto seria pertinente. Tendo em vista a insuficiência de informações para quantificar o tempo necessário para realização desses serviços, considerar-se-á, em uma análise conservadora sob a ótica da responsabilização da gestora, que todo o período aditivado fazia-se justo. Desta forma, também para este prazo prorrogado considera-se mais adequada a responsabilização da gestora apenas pela diferença entre o valor devido e o valor efetivamente pago para o item (assim como no caso das duas reprogramações iniciais).

171. A respeito da 4ª e 5ª reprogramações, não se vê no processo qualquer justificativa técnica para as concessões.

172. O pedido da construtora para a 4ª dilatação de prazo, em mais 50 dias, baseou-se em problemas com a aprovação do projeto da ETE (peça 4, p. 11). Entretanto, verifica-se que a prorrogação anterior já havia sido justificada por questões relativas à ETE. Frise-se, ainda, que a gestora do contrato não emitiu qualquer juízo de valor sobre o pleito da construtora na nota técnica que aprovou a prorrogação – Nota Técnica 030/2006 – CGSPF/Depen (peça 4, p. 13). Na referida NT a gestora se limita a mencionar o ofício encaminhado pela construtora com suas justificativas e propõe acréscimo de mais 50 dias à vigência do contrato (após a entrega da obra), para trâmites de recebimento do objeto.

173. Por fim, para a 5ª reprogramação, não se verifica nenhum ato formal autorizativo, já que os dias concedidos à empresa (23 dias, de 18/7 a 10/8/2006) ainda não transbordavam a vigência do contrato estabelecida no aditivo anterior. Consta apenas mensagem eletrônica da gestora do contrato instruindo o fiscal da Caixa acerca da reprogramação, com orientação para o pagamento do item 'administração geral da obra' no novo prazo concedido (peça 29, p. 95-97).

174. Com base no exposto, vê-se que não se justificaram as concessões da 4ª e 5ª reprogramações, que somaram 73 dias ao prazo para entrega da obra. Dessa forma, entende-se que a gestora do contrato, em solidariedade com a empresa construtora, deve responder pelo dano causado ao erário.

175. A Tabela 4 mostra o cálculo do débito atribuído à responsável, de acordo com os critérios acima expostos.

Tabela 4 – Valores do item 'administração geral da obra' pagos a maior

Medição	Valor devido (sem reajuste)	Valor pago (sem reajuste)	Reajuste aplicado à parcela	Valor devido	Valor pago	Diferença (débito)	Data de ocorrência (peça 60, p. 24 – peça 62, p. 30)
14 (peça 49, p. 33)	235.516,28	272.685,00	10,51%	260.258,44	301.331,92	41.073,48	05/12/2005
15 (peça 50, p. 23)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	26/12/2005
16 (peça 51, p. 6)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	03/02/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

Medição	Valor devido (sem reajuste)	Valor pago (sem reajuste)	Reajuste aplicado à parcela	Valor devido	Valor pago	Diferença (débito)	Data de ocorrência (peça 60, p. 24 – peça 62, p. 30)
17 (peça 51, p. 47)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	08/03/2006
18 (peça 52, p. 40)	58.879,07	68.171,25	10,51%	65.064,61	75.332,98	10.268,37	06/04/2006
19 (peça 53, p. 35)	58.879,07	68.171,25	16,32%	68.488,84	79.297,62	10.808,78	05/05/2006
20 (peça 54, p. 36)	58.879,07	68.171,25	16,32%	68.488,84	79.297,62	10.808,78	07/06/2006
21 (peça 55, p. 29)	-	68.171,25	16,32%	-	79.297,62	79.297,62	14/07/2006
22 (peça 56, p. 19)	-	70.693,39	16,32%	-	82.231,40	82.231,40	08/08/2006
23 (peça 67, p. 41)	-	22.473,99	22,55%	-	27.541,43	27.541,43	*15/09/2006

*Não consta do processo a nota fiscal referente à 23ª medição. Considerou-se a data de efetivação do débito como sendo 15 dias após encerramento do mês de referência da parcela. Observa-se que nas medições anteriores, o pagamento se deu, no máximo, 14 dias após o encerramento do mês de referência (fato ocorrido na 21ª medição).

176. Com base no exposto, conclui-se pelo não acatamento das alegações de defesa trazidas pela Sra. Érika Hatano Routlegde e, tendo em vista ocorrência de outra irregularidade de responsabilidade da gestora, na qual se constatou a inexistência de boa fé objetiva (conforme analisado no item I.1.2 desta instrução), propõe-se, nos termos do art. 202, § 6º, do RI/TCU, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas da gestora.

177. Assim, com fulcro nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, propõe-se julgar irregulares as contas da gestora do contrato, que, conforme prevê o art. 19, caput, da mesma lei, deve restituir aos cofres do tesouro nacional o débito a ela atribuído (parte em solidariedade com o fiscal da Caixa, Sr. Ricardo Paes Barreto Neto; e no todo em solidariedade com a empresa contratada, Palma Engenharia Ltda.) atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do recolhimento. Ressalta-se ainda a pertinência da aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

II.3. Responsável: Palma Engenharia Ltda.

II.3.1. Alegações

178. Conforme descrito nos parágrafos 39 e 40 desta instrução, a empresa inicia sua defesa informando a alteração de sua razão social, alegando contar com o reconhecimento das instituições públicas e afirmando a inexistência das irregularidades (arrimada em trechos da instrução de citação).

179. Quanto à irregularidade ora em análise, relativa ao pagamento das despesas de administração de obra, a empresa alega que o apontamento da irregularidade foi equivocado por parte do TCU, vez que, segundo ela, baseou-se em hipotética confusão das partes contratada e contratante na aplicação do BDI.

180. A empresa argumenta que o acréscimo de BDI decorrente dos aditivos não serve ao pagamento de locação de máquinas, vez que estas despesas configuram custos diretos à execução da obra e o BDI constitui recurso para apropriar despesas indiretas (peça 23, p. 5). A peticionante prossegue informando que o acréscimo de BDI serviu, exatamente, ao pagamento das despesas indiretas que se avolumaram em decorrência dos aditivos de serviço.

181. Na sequência a defendente transcreve trecho da instrução precedente (localizada na peça 13, p. 77), alegando que o Tribunal já se manifestou pela inexistência da irregularidade em comento. Ainda arrimada na referida análise, a empresa afirma que não houve prejuízo ao erário decorrente dos pagamentos questionados, tendo em vista o desconto do preço contratado em relação ao preço de referência (peça 23, p. 6).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

182. Por fim, a empresa alega jamais ter agido em dissonância com a lei e o contrato e pede a desconsideração da irregularidade, bem como o arquivamento do processo.

II.3.2. Análise

183. Mais uma vez, entendem-se improcedentes as alegações da empresa. O apontamento da irregularidade não se deu em função de confusão das partes a respeito da aplicação do BDI, conforme alega a peticionante. O que se julgou irregular foi o pagamento do item 'administração geral da obra' calculado com base no seu preço total (incluindo BDI) e não no seu custo. Além disso, conforme analisado no corpo desta instrução, também configurou-se irregular o pagamento do mencionado item no período acrescido pelas duas últimas prorrogações de prazo.

184. Quanto à alegada manifestação do Tribunal sobre a inexistência da irregularidade, reitera-se a informação registrada no parágrafo 44 retro: não houve manifestação do Tribunal nesse sentido; o que ocorrera foi o entendimento da unidade técnica no sentido da ausência de débito (o que, por si só, não afasta a irregularidade). Ademais, não apenas a existência da irregularidade como também o valor do dano ao erário dela decorrente são clarificados nas análises empreendidas nesta instrução – itens II.1.2 e II.2.2.

185. Por fim, quanto à alegação de inexistência de dano ao erário com base no desconto ofertado pela empresa em relação ao orçamento base da licitação, faz-se remissão ao entendimento exposto no parágrafo 151. A licitação pressupõe livre participação das interessadas, que devem formular suas propostas de acordo com os critérios estabelecidos no edital e com a sua expertise na execução do objeto a ser contratado. Desta forma, o desconto ofertado é ônus com o qual a contratada deve arcar durante toda a execução do contrato e, naturalmente, não se presta a argumento para referendar pagamentos em valores superiores aos devidos. Até porque, de acordo com o raciocínio exposto pela defendente, não se configuraria como débito qualquer pagamento por serviço até o limite do orçamento de referência, independente de sua motivação.

186. Assim, propõe-se a rejeição das alegações de defesa apresentadas pela construtora Palma, que, por força do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992, se faz solidária ao débito imputado à gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge, demonstrado na Tabela 4 (ao qual também se faz solidário, em parte, o engenheiro da Caixa, Sr. Ricardo Paes Barreto Neto).

II.4. Responsável: Oscar Apolônio do Nascimento Filho

Cargo/função: Coordenador de Administração do Sistema Penitenciário Federal.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com as Notas Técnicas 075/2005, 080/2005, 004/2006, 012/2006, 017/2006, 036/2006 e 047/2006, que versavam sobre autorização de pagamentos referentes ao contrato 02/2004.

II.4.1. Alegações

187. O defendente informa que trabalhou no Depen entre 2004 e 2008, tendo atuado nos cargos de Coordenador de Administração do Sistema Penitenciário Nacional (até 2006) e de Assessor na Direção-Geral do órgão. O agente lista as atribuições regimentais da pasta que ocupava à época da ocorrência das irregularidades ora em análise, que são, em suma, relativas a assuntos puramente administrativos, sem envolver participação nas obras de construções de penitenciárias (peça 15, p. 24).

188. O responsável lista também as atribuições da Divisão de Fiscalização do órgão, estas sim voltadas, em linhas gerais, para o gerenciamento de contratos, vistoria de obras, supervisão de serviços de manutenção em unidades prisionais e emissão de pareceres afetos à sua área de atuação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

O autor ressalta que o cargo de chefe da referida divisão era ocupado por pessoa devidamente qualificada para tais atividades (peça 15, p. 24).

189. Ainda em suas considerações iniciais, o defendente informa que desde seu ingresso no Depen dedicou-se às atividades concernentes à realização de concurso público para o cargo de agente penitenciário federal e seus respectivos cursos de formação (peça 15, p. 25).

190. Na sequência, o autor da defesa passa a tratar das ocorrências a ele imputadas. Primeiramente relata que referem-se às notas técnicas (elaboradas pela gestora do contrato) relativas a pagamentos mensais da obra da Penitenciária de Campo Grande. Depois, faz considerações sobre o contrato 001/2003, firmado entre o Depen e a Caixa para o gerenciamento das obras de construção de penitenciárias federais.

191. Assim como outros defendentes, o Sr. Oscar destaca o cuidado tomado pela direção do Depen ao contratar a Caixa para prestação do serviço de acompanhamento das obras e transcreve a cláusula 4ª do referido contrato, com destaque ao subitem b, reproduzido no parágrafo 52 desta instrução (peça 15, p. 25-26).

192. Quanto à sua conduta, a saber, a aposição de sua assinatura (com "de acordo") em documentos autorizadores de pagamentos, o responsável argumenta, em suma, que consistia em mero encaminhamento de documentos, sem análise de mérito do seu conteúdo (peça 15, p. 26).

193. O defendente informa que, embora não tivesse a atribuição de opinar em processos de construção de penitenciárias, o que, segundo ele, configuraria extrapolação de suas atribuições, era comum assinar encaminhamentos de documentos. Nessa atividade alega que sempre verificou os aspectos formais do expediente, devolvendo-os aos responsáveis quando identificava inconsistências, divergências ou falta de formalidades. Nessa linha, argúi que as notas técnicas por ele assinadas não possuíam qualquer divergência de entendimento e, como tratavam-se de assuntos relacionados à obra, dava o encaminhamento devido.

194. O agente acrescenta que ao não encaminhar os referidos documentos estaria incorrendo na conduta descrita no art. 117, inciso IV, da Lei 8.112/1990, que versa sobre a resistência injustificada ao andamento de documentos e processos por servidor público (peça 15, p. 26). Em suma, o Sr. Oscar alega que os atos por ele praticados caracterizam-se como de mero expediente administrativo, que não foi omisso, negligente ou imperito e, ainda, que não se poderia exigir conduta diversa da adotada (peça 15, p. 27).

195. O Sr. Oscar faz também considerações sobre nexo de causalidade, responsabilidade e comentários gerais sobre o direito.

196. Quanto ao nexo de causalidade, ele argumenta que a aposição da sua assinatura nos documentos não contribuiu para o cometimento de irregularidades. Por um lado, afirma que se não tivesse assinado os respectivos documentos, outro servidor o faria, como o fez em outras notas técnicas que não contaram com o seu "de acordo" – ele anexa à sua defesa as NT de números 033/2005, 042/2005, 067/2005 e 017/2006-CGSPF/Depen e 268/2006-Depen/DIRPP/CGPAI/COENA (peça 15, p. 43-50). Por outro lado, afirma que caso existiram irregularidades, elas foram cometidas antes da fase em que atuou no processo, ou seja, o encaminhamento dos documentos para pagamento (pela 15, p. 27).

197. Quanto à responsabilização, o defendente argumenta que é questão vinculada à conduta do agente – dolosa ou culposa. No caso em tela, entende que o dolo está afastado, vez que considera-se mero condutor de documento, sem participação de cunho decisório no processo. E, sobre a culpa, também entende não estar presente, vez que considera ter agido de forma regular e reta (peça 15, p. 28). Dessa forma, a defesa tenta demonstrar ser impossível imputar-lhe responsabilidade por irregularidades eventualmente cometidas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

198. Sobre o direito, o autor argumenta, entre outras coisas, que suas atividades pautaram-se no regimento interno – que não previa sua participação em assuntos relativos à construção de penitenciárias. Ele também tece comentários sobre a abrangência da atuação de um gestor público, nos quais reconhece que o gestor deve ter conhecimentos mínimos acerca de vários assuntos com os quais lida, discordando, entretanto, da possibilidade de responsabilização quando sua atuação está "dentro dos padrões normais" (peça 15, p. 28).

199. Por fim, alegando que não atuou como gestor em nenhuma das fases do processo de construção da penitenciária de Campo Grande/MS e que sua atuação foi isenta de máculas, sem qualquer contribuição para a ocorrência de eventuais irregularidades, o defendente pede a exclusão de sua solidariedade nos atos impugnados e, caso seus argumentos não sejam acolhidos, que lhe seja dada a oportunidade de ser ouvido pessoalmente (peça 15, p. 29).

II.4.2. Análise

200. Em linhas gerais entendem-se pertinentes as alegações do defendente.

201. O Sr. Oscar, então Coordenador de Administração do Sistema Penitenciário Federal, foi citado pela aposição de seu "de acordo" em notas técnicas autorizadoras de pagamentos à construtora e, assim como outros defendentes, apresentou sua defesa tentando demonstrar a ausência de ingerência de sua parte nos assuntos relativos à obra de construção da penitenciária de Campo Grande.

202. Com base nas alegações do gestor, verifica-se que não constava entre suas atribuições regimentais as atividades de ateste de medições e os consequentes pagamentos relativos às obras sob gestão do Depen. Conforme já discutido em outros itens desta instrução, competia à Divisão de Fiscalização do órgão, chefiada pela Sra. Érika Hatano, a gestão desses contratos.

203. Nesse sentido, também assiste razão ao defendente no tocante às suas alegações acerca da inexistência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano ao erário apurado, bem como acerca da inexistência de dolo ou culpa. Uma vez que a sua participação nos autos foi, apenas, de encaminhar as notas técnicas autorizadoras dos pagamentos, sendo que este encaminhamento pautou-se nos pareceres das áreas responsáveis pela gestão do contrato, e considerando ainda a inexistência de vícios flagrantemente detectáveis na peças que referendou, entende-se não ser aplicável a responsabilização do defendente por pagamentos irregulares à contratada. Importante lembrar que a origem do dano ao erário encontra-se em erro na definição do valor a ser pago a título de administração da obra em período prorrogado do cronograma (conforme tratado no item II.1.2) e, também, no pagamento indevido da citada despesa em período que não contou com justificativa técnica adequada para prorrogação (conforme tratado no item II.2.2).

204. Dessa forma, entendendo ser desnecessário explanar sobre todas as alegações do defendente (algumas delas já tratadas em outros subitens desta instrução), julga-se adequado acatar as suas alegações de defesa, com a consequente exclusão de sua responsabilidade solidária pelo dano ao erário apurado em decorrência de pagamentos irregulares à construtora da obra.

II.5. Responsável: Édson Collet Ibiapina

Cargo/função: Coordenador Geral do Sistema Penitenciário Federal.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com as Notas Técnicas 075/2005, 004/2006, 012/2006, 017/2006 (de 17/4/2006) e 017/2006 (de 19/5/2006), que versavam sobre autorização de pagamentos referentes ao contrato 02/2004.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

II.5.1. Alegações

205. Conforme registrado no item I.3.1 desta instrução, que versa sobre a outra irregularidade atribuída ao responsável, o Sr. Édson estrutura sua defesa em três partes. Primeiro, faz comentários gerais acerca das atribuições do seu cargo no Depen, bem como do contrato 001/2003 entre Depen e Caixa (parágrafos 48 a 55 desta instrução), depois argumenta especificamente sobre cada uma das irregularidades e, por fim, volta a expor sobre aspectos gerais, concernentes às duas irregularidades, desta vez versando sobre responsabilização – nexo de causalidade, culpabilidade e ausência de culpa (parágrafos 58 a 63). Cumpre observar que estas alegações gerais também se prestam à defesa do agente sobre a irregularidade ora em análise, mas, como já foram relatadas em item anterior, não serão novamente registradas.

206. Quanto ao pagamento irregular das despesas de administração de obra, de forma análoga ao apresentado para a outra irregularidade – aplicação irregular de reajustes –, o defendente argumenta que fundamentou seus atos nas notas técnicas emitidas pela gestora do contrato, inscrita no CREA, que, por sua vez, as fundamentou em boletins de medição e relatórios de acompanhamento de obra emitidos pela Caixa (peça 27, p. 44).

207. O gestor aduz que em todas as suas participações no trâmite documental verificou a existência do boletim de medição mensal, do respectivo relatório de acompanhamento de obra e da nota técnica da gestora do contrato atestando a execução dos serviços, o que configuraria, portanto, conduta zelosa de sua parte (peça 27, p. 45).

208. Na sua argumentação o defendente menciona também o princípio da confiança e da boa fé que regem as relações interpessoais. Citando trechos da doutrina de Carmem Lúcia Antunes Rocha e de Edílson Pereira Nobre Júnior, afirma que, contando com a assessoria da CEF na área de engenharia e da AGU na área jurídica, não haveria motivo para desconfiar dos atos praticados – planilhas, pareceres, notas técnicas (peça 27, p. 46). Em assim sendo, o Sr. Édson alega ter agido de forma cuidadosa e prudente e, com base também nos assuntos relatados nos parágrafos 48 a 55 e 58 a 63 supra, pede o acolhimento dos seus argumentos e exclusão de sua responsabilidade pelos atos impugnados.

II.5.2. Análise

209. Em consonância com os argumentos apresentados para a outra irregularidade atribuída ao responsável, neste quesito ele tenta demonstrar, novamente, a ausência de sua responsabilidade pelo fato inquinado.

210. Uma vez que a participação do Sr. Édson nos atos que ensejaram esta irregularidade é semelhante à tratada na outra irregularidade, qual seja, a aposição do seu "de acordo" nas notas técnicas autorizadoras de pagamentos (com o seu respectivo encaminhamento às instâncias competentes do órgão), e, considerando também que os argumentos trazidos, em sua grande maioria, se prestam à defesa das duas citações, mostra-se válido o mesmo raciocínio exposto naquela primeira oportunidade (parágrafos 66 a 73). Em suma: entende-se que o defendente logrou êxito em demonstrar a ausência de sua responsabilidade sobre o débito, pautado na ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e a consumação do dano ao erário, na inexigibilidade de conduta diversa e na inexistência de culpa na sua ação.

211. Neste caso, o defendente inclui nas suas alegações comentários a respeito do princípio da confiança e da boa fé. Ressalva-se que tais princípios, por si só, não isentam o superior hierárquico de qualquer ato originado por seus subordinados. Entretanto, no caso em tela, considerando a particularidade da qual adveio o débito (relembrando: erro na apuração do valor a ser utilizado para ressarcimento dos valores de administração da obra, bem como concessão de mais prazo à construtora sem a adequada justificativa técnica), entende-se que, de fato, os princípios

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

invocados se mostram pertinentes para justificar a não desconfiança do responsável sobre o conteúdo das notas técnicas que ratificou.

212. Assim, propõe-se, também para esta irregularidade, o acolhimento das alegações de defesa do responsável e a consequente isenção de sua solidariedade pelo débito apurado.

II.6. Responsável: Cristiano Orém de Andrade

Cargo/função: Diretor Substituto do Depen

Conduta: manifestar-se "de acordo" com as Notas Técnicas 075/2005, 080/2005, 004/2006 e 036/2006, autorizando os respectivos pagamentos referentes ao contrato 02/2004.

II.6.1. Alegações

213. Assim como outros defendentes citados por duas irregularidades, a defesa do Sr. Cristiano apresenta alegações gerais, concernentes às duas irregularidades, e argumentos específicos para cada uma delas.

214. Quanto aos aspectos genéricos, o defendente, com o objetivo de afastar a sua responsabilidade pelas irregularidades, trata das atribuições do órgão, cita cláusulas do contrato 001/2003 firmado entre o Depen e a Caixa, e informa as atribuições da Divisão de Fiscalização do Depen. Tais alegações estão relatadas nos parágrafos 74 a 76 desta instrução e, portanto, não serão reproduzidas neste item.

215. Quanto ao pagamento irregular das despesas de administração da obra, em consonância com outros defendentes citados nestes autos, este responsável alega que suas intervenções no rito processual foram acauteladas, sempre após verificar a existência do boletim de medição e do relatório de acompanhamento de obra elaborados pela Caixa, bem como da respectiva nota técnica elaborada pela gestora do contrato (peça 23, p. 1-2).

216. Nesse trecho da defesa o autor faz um parênteses para tratar dos reajustes. Ele ressalta a NT 045/2005-CGSPF/Depen e a informação da consultoria jurídica CJ 1359/2005, nas quais, respectivamente, a gestora apresenta os cálculos relativos aos reajustes e a consultoria jurídica opina pela regularidade jurídica do pagamento à contratada. Com base nesses documentos o autor afirma que não existiam dúvidas ou inseguranças jurídicas sobre os reajustes.

217. Em suma, o gestor afirma que ao compulsar os autos e verificar que não existiam indícios de divergências a respeito do pagamento dos valores pertinentes à administração da obra, não havia fato motivador para que não se louvasse das notas técnicas autorizadoras dos pagamentos. Nessa linha de argumentação o defendente cita também o art. 116 da Lei 8.112/1990, para o qual propõe interpretação no sentido de que o servidor deve dar prosseguimento aos documentos em que não se verifique, manifestamente, ilegalidade. Para corroborar sua tese o gestor cita trecho da doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (peça 23, p. 3).

218. Alegando, implicitamente, a inexigibilidade de conduta diversa, o defendente menciona o art. 90 do Decreto-Lei n. 200, de 25/02/1967, pelo qual alega que teria que arcar com as consequências de eventuais atrasos, por ele causados, nos pagamentos à contratada.

219. Por fim, o Sr. Cristiano coloca que não se pode imputar-lhe conduta omissiva ou comissiva que concorreram para os pagamentos irregulares questionados, tampouco se verifica negligência, imprudência ou imperícia nas suas ações, motivo pelo qual conclui pela impossibilidade de ser a ele imputada responsabilidade solidária pela irregularidade em comento (peça 23, p. 4).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

II.6.2. Análise

220. De forma análoga à análise empreendida para outros defendentes, bem como para o próprio Sr. Cristiano em relação à outra irregularidade pela qual foi citado, entende-se que os argumentos trazidos merecem acolhimento.

221. Conforme já tratado nesta instrução, entende-se que não competia aos ocupantes dos cargos de direção do órgão a verificação pormenorizada do conteúdo dos pareceres emitidos pelas áreas técnicas competentes, no caso, a Divisão de Fiscalização do Depen, na pessoa da gestora do contrato Sr. Érika Hatano. Assim, entende-se suficiente para justificar a adequação da sua conduta o cuidado que o gestor alega ter tomado antes do encaminhamento dos documentos que ensejaram o dano ao erário apurado, qual seja, verificar a regularidade formal do processo (existência do boletim de medição e relatório de acompanhamento de obra da Caixa, bem como de nota técnica emitida pela gestora do contrato, devidamente encaminhada pelo seu superior) antes da aposição do seu "de acordo".

222. Dessa forma, mesmo sem entrar no mérito da análise de todos os argumentos trazidos pelo defendente, entende-se estar afastada a sua responsabilidade pelo dano ao erário apurado nesta TCE, motivo pelo qual propõe-se a exclusão de sua solidariedade ao débito inicialmente a ele atribuído.

II.7. Responsável: Mauricio Kuehne

Cargo/função: Diretor do Depen.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com as Notas Técnicas 012/2006, 017/2006 (de 17/4/2006), 017/2006 (de 19/5/2006) e 047/2006, autorizando os respectivos pagamentos referentes ao contrato 02/2004.

II.7.1. Alegações

223. Conforme descrito no item I.4.1 desta instrução, as alegações do ex-Diretor Geral do Depen apresentam aspectos gerais (introdutórios) e, posteriormente, argumentos sobre as irregularidades a ele imputadas. Quanto aos aspectos introdutórios, já relatados nos parágrafos 85 a 88 (e por isso não novamente desenvolvidos), o defendente apresenta um breve resumo do seu currículo, relata o momento histórico vivido pelo Depen à época da ocorrência dos fatos impugnados, versa sobre a escolha dos servidores para ocuparem os cargos de gestão no órgão e discorre sobre as atribuições legais e regimentais do Departamento, com remissão ao contrato 001/2003 firmado com a Caixa Econômica Federal.

224. Com vistas a afastar sua responsabilidade, o defendente argumenta que sua atuação em todos os casos nos quais foi arrolado como solidário se deu sempre após a devida instrução do processo pelas áreas competentes do órgão – elaboração de nota técnica pela gestora do contrato atestando a regularidade do pagamento (conforme boletim de medição feito pela Caixa), chancelada pela consultoria jurídica no tocante ao reajuste, seguida do encaminhamento à direção do Depen por seus superiores (coordenadores e coordenador geral do Sistema Penitenciário Federal). Ele ressalta, ainda, que antes da aposição de sua assinatura e consequente encaminhamento à Coordenação Financeira, a sua assessoria também já se manifestara sobre a devida instrução do processo (peça 18, p. 7-10).

225. Dessa forma, após exame dos aspectos fundamentais do processo, tendo em vista a não detecção de discrepâncias ou irregularidades, o gestor alega que não poderia adotar conduta distinta da efetivada. Ele acrescenta que a negativa em dar prosseguimento ao processo poderia ensejar sua

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

responsabilização por atrasos no pagamento, implicando em possíveis encargos legais e paralisação da obra (peça 18, p. 8-10).

226. O Sr. Mauricio prossegue afirmando que o processo, até a fase de ordenamento da despesa, revestia-se de legalidade, tendo passado por todas as etapas instrutivas: contava com boletim de medição e relatório de acompanhamento de obra emitidos pela Caixa, bem como ateste da gestora do contrato (notas técnicas), em atendimento ao art. 63 da Lei 4.320/1964 (peça 18, p. 10).

227. O defendente também alude ao art. 80, § 2º do DL 200/1967, que resguarda o ordenador de despesa ao estabelecer que ele, salvo conivência, não é responsável por prejuízos decorrentes de ato praticado por subordinado que exorbitar das ordens recebidas. Nessa linha, o responsável cita trecho do Acórdão 454/2007-TCU-Plenário, onde ficou assente que "o administrador que age respaldado em parecer técnico ou jurídico estará isento de responsabilidade somente se da peça técnica ou jurídica não transparecer qualquer absurdo" (peça 18, p. 11). Também é citado o Acórdão 201/2009-TCU-1ª Câmara, em que a responsabilidade do ordenador de despesa por irregularidades não foi reconhecida (peça 18, p. 11).

228. Por fim, o defendente sustenta que não há nexo entre a sua conduta e os atos anteriormente praticados e pede a desconsideração de sua responsabilidade, colocando-se a disposição para depoimento pessoal (peça 18, p. 12).

II.7.2. Análise

229. Em que pese as poucas divergências na defesa deste responsável em relação a outras já analisadas, verifica-se que a linha de argumentação se mantém: o defendente busca isentar-se de responsabilidade arrimado nos fatos de que as suas decisões basearam-se em pareceres técnicos das áreas competentes e de que o processo, até sua intervenção, não apresentava vício detectável.

230. Conforme já registrado nas tais análises anteriores, bem como na análise da defesa do próprio Sr. Maurício a respeito da outra irregularidade pela qual foi citado, entende-se que as alegações merecem acolhimento. Não é razoável inferir que os servidores não encarregados da gestão do contrato da obra, como é o caso do Diretor Geral do órgão, devem analisar o mérito do conteúdo de todas as peças técnicas que instruem a liberação de um pagamento, sob pena de se inviabilizar a segregação de tarefas na instituição e, até mesmo, o funcionamento do órgão.

231. Quanto ao artigo de lei e aos precedentes jurisprudenciais invocados pelo defendente, também entende-se cabível a sua aplicação. Verifica-se que, de fato, a gestora desviou-se das regras adequadas quanto à gestão do contrato. Tendo em vista a não constatação de conivência do diretor do órgão, conclui-se, de acordo com o art. 80, § 2º do DL 200/1967, não ser aplicável a sua responsabilização. Também não se vê qualquer erro crasso nas peças técnicas que autorizavam os pagamentos, fazendo-se aplicável o entendimento exposto no Acórdão 454/2007-TCU-Plenário.

232. Assim, conclui-se pelo acatamento das alegações de defesa apresentadas pelo defendente, opinando-se pela exclusão de sua solidariedade ao débito apurado nesta TCE.

II.8. Responsável: Eurico de Salles Cidade

Cargo/função: Coordenador de Engenharia e Arquitetura do Depen.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com a Nota Técnica 268/2006, que versava sobre autorização de pagamento referente ao contrato 02/2004.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

II.8.1. Alegações

233. O defendente inicia seus esclarecimentos com um breve histórico sobre a abertura desta TCE e registrando a tempestividade da apresentação da sua defesa (peça 16, p. 16-19).

234. Na sequência, faz menção ao artigo de lei infringido (art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993) e informa a data de seu ingresso no Depen, em 7/4/2005, bem como descreve atribuições do cargo no qual ingressou, que versavam sobre obras de penitenciárias. Depois, com a reestruturação do Depen, afirma ter tomado posse em outro cargo, em 20/7/2006, com atribuições semelhantes – ainda relativas a obras (peça 16, p. 20-23).

235. Frente à atribuição de fazer projetos, contratar e fiscalizar obras de penitenciárias federais, entre outras atividades correlatas, o responsável alude ao contrato firmado entre o Depen e a Caixa (contrato 001/2003), do qual transcreve trechos relativos ao objeto, atividades e obrigações da contratada – cláusulas 1ª, 2ª e 4ª (peça 16, p. 24-26). Com base nos trechos citados, o defendente alega não haver irregularidade na sua conduta por dois motivos: primeiro porque a irregularidade não é relativa a reajuste, conforme prescreve o artigo em que foi tipificada a irregularidade; depois, porque os pagamentos questionados somente foram autorizados após atestes da Caixa (peça 16, p. 26-27).

236. Registra-se que o responsável foi citado por ter aposto seu "de acordo" na NT 268/2006-Depen/DIRP/CGPAI/COENA (peça 16, p. 83-84), de 22/8/2006, que versava sobre o 22º pagamento a ser efetuado à construtora. Antes de fazer suas considerações sobre a referida nota técnica, o defendente faz um relato de documentos que antecederam a sua emissão.

237. Ele faz remissão à NT 047/2006-CGSPF/Depen de, 18/7/2006 (anexa à peça 16, p. 72-73), que autorizava a 21ª medição, à NT 048/2006-CGSPF/Depen de 19/7/2006 (anexa à peça 16, p. 75-76), que versava sobre ajuste de metas e, também, a um e-mail encaminhado pela Caixa em 26/7/2006 (anexo à peça 16, p. 78-79), onde constava uma nova planilha de reprogramação (a 14ª), ressalta-se, com base em itens previamente aprovados pelo Depen. Esse e-mail deu ensejo à NT 257/2006-Depen/DIRPP/CGPAI (anexa à peça 16, p. 81), de 11/8/2006, onde a gestora do contrato aprova a reprogramação, reconhecendo que os itens já haviam sido autorizados pelo corpo técnico do Depen. Essa última NT também foi chancelada com o "de acordo" do defendente, que alega não ter aprovado qualquer planilha ou valores, mas apenas ter encaminhado o documento (peça 16, p. 28).

238. Quanto à NT 268/2006-Depen/DIRPP/CGPAI/COENA, o defendente informa que foi baseada em boletim de medição e relatório de acompanhamento de obra emitidos pela Caixa e faz alusão ao princípio da boa fé, o qual entende ser excludente de culpabilidade, citando trecho da doutrina de Osmar Brina Correia Lima sobre o assunto (peça 16, p. 29-30). Em suma, o Sr. Eurico alega lisura nos seus procedimentos, asseverando que obedeceu às normas do Depen, uma vez que verificou a certificação, pela Caixa, dos serviços a serem pagos à construtora, e que não se verifica nos autos a existência de enriquecimento ilícito ou favorecimento (peça 16, p. 31).

239. Na sequência o defendente reitera que sua conduta foi pautada no princípio da boa fé, reconhecido em lei (ele cita artigos do Código de Processo Civil), e que não aprovou ou autorizou qualquer pagamento, tendo, apenas, encaminhado o processo a quem de direito dentro da hierarquia do órgão (peça 16, p. 31).

240. O autor da defesa também afirma inexistir dolo ou culpa na sua conduta, o que alega excluir o nexo causal entre ela e a irregularidade. A alegação de inexistência de dolo ou culpa baseia-se no fato de a conduta ter se pautado no posicionamento do gestor do contrato e nas peças técnicas elaboradas pela Caixa (peça 16, p. 32).

241. Também são registradas na defesa considerações sobre o nexo causal, elemento entre a conduta e o resultado danoso causado, de existência indispensável para responsabilização do agente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

O gestor alega que, no caso em tela, inexiste tal nexo e prossegue com arguições genéricas sobre o tema (peça 16, p. 32).

242. Por fim, o Sr. Eurico assevera que não cometeu infração ao art. 40 da Lei 8.666/1993, tanto porque os atos praticados eram necessários ao bom andamento do contrato, como pela alegada inexistência de dano ao erário. Dessa forma, pede que seus argumentos sejam acatados e, consequentemente, seja excluída a sua responsabilidade pela irregularidade em comento (peça 16, p. 34).

II.8.2. Análise

243. Inicialmente, registra-se que o gestor apresentou defesa assinada por advogada, Sra. Erika C. Frageti Santoro (OAB/SP 128.776), devidamente constituída nos autos, conforme procuração anexa à peça 26, p. 50.

244. Quanto ao mérito das alegações apresentadas, mais uma vez verifica-se que a defesa busca isentar o agente de responsabilidade pelo dano, sem, contudo, alvitrar a inexistência da irregularidade. Com base nos mesmos argumentos expostos para os demais defendentes para os quais se entendeu inexistir responsabilidade, também se julga oportuno acatar a defesa apresentada pelo Sr. Eurico.

245. Embora o defendente tenha ocupado cargos de gestão em setores responsáveis pela fiscalização das obras das penitenciárias federais, entende-se que as condutas das quais advieram a irregularidade (erro na atribuição do valor a ser pago para o item 'administração geral da obra' e pagamento deste item em meses prorrogados sem justificativa adequada) não eram da competência do defendente. Conforme já discutido nesta instrução, tal atribuição era de competência da gestora do contrato. Não havendo erro notório nos documentos integrantes do processo, não é razoável exigir que os dirigentes de hierarquia superior questionassem o conteúdo das notas técnicas e sobrestassem a efetivação dos pagamentos.

246. Assim, a despeito da alegação do defendente de que o dano ao erário não existiu, entende-se restar comprovada a ausência de sua responsabilidade para o feito. Propõe-se, portanto, a desconsideração de sua solidariedade ao débito decorrente desta irregularidade.

II.9. Responsável: Alexandre Cabana de Queiroz Andrade

Cargo/função: Coordenador Geral de Políticas, Pesquisas e Análise da Informação do Depen.

Conduta: manifestar-se "de acordo" com a Nota Técnica 268/2006, que versava sobre autorização de pagamento referente ao contrato 02/2004.

II.9.1. Alegações

247. As alegações de defesa do Sr. Alexandre apresentam, em geral, o mesmo conteúdo das alegações apresentadas pelo Sr. Eurico de Salles Cidade (contendo, inclusive, alguns parágrafos idênticos). Ressalta-se que o Sr. Alexandre ocupava o cargo imediatamente superior ao do Sr. Eurico na hierarquia do órgão e fora citado pelo mesmo fato, qual seja, a aposição de sua assinatura com "de acordo" na NT 268/2006-Depen/DIRP/CGPAI/COENA, que versava sobre o 22º pagamento a ser efetuado à construtora.

248. De início o defendente discorre sobre sua assunção no cargo de Coordenador Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação do Depen, em 20/6/2006, citando as atribuições dessa Coordenação Geral, bem como da Coordenação de Engenharia e Arquitetura, subordinada àquela, a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

quem competia, entre outras atividades, supervisionar, acompanhar e vistoriar obras de construção de estabelecimentos penais (peça 17, p. 4-5).

249. Mencionando a falta de recursos humanos no Depen para cumprir as suas atribuições no tocante às obras sob sua gestão, o responsável alude ao contrato 001/2003, firmado com a Caixa, do qual transcreve as cláusulas 1ª, 2ª e 4ª, que versam sobre o objeto, as atividades e obrigações da contratada, afirmando que o referido contrato decorre da prerrogativa dada pelo art. 67 da Lei 8.666/1993 (peça 17, p. 5-8).

250. Nesse aspecto, não obstante haver possibilidade legal de contratação de terceiro para auxílio na fiscalização de uma obra, o que de fato ocorreu no caso em tela, o defendente reconhece a figura protagonista do signatário do contrato (ou seja, a administração) nesta atividade, com suas obrigações inerentes. Entretanto, assevera que não fora designado gestor do contrato de execução da penitenciária de Campo Grande, tampouco era ordenador de despesa ou signatário do ajuste (peça 17, p. 9).

251. Na sequência o gestor menciona fatos que antecederam a NT 268/2006-Depen/DIRP/CGPAI/COENA, exatamente conforme já descrito no parágrafo 237 retro.

252. Quanto à nota técnica que ensejou a sua citação, o defendente alega que foi elaborada pela gestora do contrato, subsidiada em boletim de medição e relatório de acompanhamento de obra emitidos pela Caixa e contou com a chancela da consultoria jurídica do Ministério da Justiça no que diz respeito ao reajuste (peça 17, p. 10). Dessa forma, informa que, por mero encaminhamento hierárquico, encaminhou o documento à instância superior para providências. O gestor ressalta que a emissão de ordem de pagamento ou autorização de despesa, de sua parte, configuraria ato ilegal, já que não constava do rol dos tomadores de decisão (peça 17, p. 11).

253. O autor da defesa reafirma, mais uma vez, a cadeia de acontecimentos entre a elaboração da nota técnica e a aposição de sua assinatura, alegando que, diante dos níveis técnicos pelos quais a informação passou anteriormente ao seu encaminhamento, não era possível prever a existência de vícios quanto ao mérito do conteúdo do documento. Além disso, alega que os fatos de origem (da irregularidade apontada, a saber: erro na atribuição do valor a ser utilizado como despesa de administração da obra) ocorreram antes da sua investidura no cargo (peça 17, p. 11).

254. Por fim o defendente reitera que não possuía função de decisão no âmbito do contrato 02/2004, tendo atuado apenas como "trâmite hierárquico" na nota técnica que deu ensejo à sua citação, motivo pelo qual requer a exclusão de sua responsabilidade solidária pelo ato impugnado (peça 17, p. 12).

II.9.2. Análise

255. Tendo em vista a semelhança da defesa do Sr. Alexandre com a defesa apresentada pelo Sr. Eurico, analisada no subitem anterior, bem como com as alegações de outros defendentes citados nestes autos, entende-se desnecessária a análise pormenorizada dos argumentos trazidos no documento.

256. Em suma, vê-se comprovada a ausência de responsabilidade do citado frente ao caráter da sua assinatura no documento autorizador de pagamento: mero encaminhamento hierárquico, sem análise de mérito do conteúdo das notas técnicas, uma vez que a gestão do contrato não competia ao defendente.

257. Assim, a despeito das alegações sobre falta de recursos humanos no Depen e sobre o contrato firmado com a Caixa para fiscalização das obras, propõe-se o acatamento das alegações de defesa do Sr. Alexandre Cabana de Queiroz Andrade, com a consequente exclusão de sua responsabilidade pelo dano ao erário apurado nestes autos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

III. Irregularidade n. 10: baixa qualidade da obra

258. Quanto a esta irregularidade, os engenheiros da Caixa, Srs. Ricardo Paes Barreto Neto e Mário Massao Kobayashi foram chamados em audiência na qualidade de ficais da obra em decorrência da fiscalização deficiente, tendo infringido os arts. 66 e 67 da Lei 8.666/1993, e os servidores do Depen, Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade, Carla Sueli Barbosa e Sr. Eurico de Salles Cidade foram chamados em virtude do recebimento indevido da obra com problemas, em dissonância com o art. 73 da Lei 8.666/1993. A Sra. Marcele Simone era presidente da comissão de recebimento e os dois últimos eram membros da comissão.

259. Registra-se que, embora tenham sido notificados (conforme comprovantes anexos à peça 15, p. 3 e peça 29, p. 2), os Srs. Eurico de Salles Cidade e Ricardo Paes Barreto Neto, que apresentaram suas alegações de defesa acerca das irregularidades pelas quais foram citados, não apresentaram suas razões de justificativa para esta irregularidade. Ressalta-se que ambos solicitaram prorrogação de prazo, onde mencionam os ofícios de suas audiências – Ofício 251/2011 – TCU – Secob 1 (peça 26, p. 48-49) e Ofício 254/2011 – TCU – Secob 1 (peça 29, p. 3).

260. Desta forma, com base no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 e no art. 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU, consideram-se os responsáveis revéis quanto a esta irregularidade, devendo-se dar prosseguimento à apreciação do processo.

261. Neste item, a análise será subdividida em função dos atos impugnados a cada um dos responsáveis, quais sejam, fiscalização deficiente pelos engenheiros da Caixa e recebimento indevido pelos servidores do Depen.

III.1. Quanto à fiscalização deficiente

III.1.1. Razões de justificativa do Srs. Mário Massao Kobayashi

262. Em suas razões de justificativa, o Sr. Mário se limita a informar que as irregularidades não contaram com sua participação, que não atuou na obra da penitenciária no período em que foram constatadas as irregularidades e que sua atuação no referido contrato se deu em fase de serviços iniciais, terraplanagem, fundações e estruturas de concreto (peça 29, p. 10).

III.1.2. Análise (Sr. Mário Massao Kobayashi e Sr. Ricardo Paes Barreto Neto – revel)

263. Inicialmente, cumpre registrar um breve histórico da fiscalização efetuada pela Caixa na obra da penitenciária de Campo Grande. Ao longo do período de acompanhamento, entre 6/10/2004 e 20/9/2006, foram realizados 23 relatórios de acompanhamento de empreendimento (RAE), acompanhados dos respectivos boletins de medição (BM), além de outras manifestações a respeito de demandas específicas, tais como análise de custos de aditivos, análises de prorrogações de prazo, entre outras. Todos os 23 RAE elaborados pela fiscalizadora encontram-se anexos a este processo: peça 43, p. 9 – peça 56, p. 7 (RAE 1 a 22) e peça 67, p. 41 (RAE 23).

264. Da análise dos mencionados relatórios verifica-se que os 8 primeiros foram de responsabilidade do engenheiro Mário Massao Kobayashi, sendo 3 deles elaborados diretamente por ele e os outros 5 mediante terceirização à empresa de engenharia credenciada pela Caixa. Os últimos 15 relatórios foram de responsabilidade do engenheiro Ricardo Paes Barreto Neto, sendo 1 deles elaborado diretamente pelo engenheiro da Caixa e os 14 demais mediante terceirização.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

265. Até o RAE de número 8, que apontou percentual acumulado de execução da obra de 58,67% e cujo período de referência era de 6/5/2005 a 5/6/2005 (peça 46, p. 22), verifica-se que, a despeito de anotações sobre o atraso na obra, não constavam dos relatórios quaisquer anotações sobre irregularidades nos serviços executados, tampouco pendências a serem atendidas pela construtora. Além disso, em todos estes relatórios a qualidade da obra foi apontada como boa, numa escala estipulada no modelo de relatório da Caixa que varia, em ordem decrescente de qualidade, da seguinte forma: boa – satisfatória – razoável.

266. Já no relatório subsequente, de número 9 (elaborado pelo engenheiro Ricardo Paes Barreto Neto), é possível verificar uma série de anotações no campo "observações" do RAE, onde são listadas pendências a serem atendidas pela construtora. Além disso, verifica-se que a qualificação da obra mudou de boa para razoável e assim permaneceu em todos os demais relatórios elaborados pela fiscalização.

267. As pendências apontadas no 9º relatório versavam sobre má qualidade de serviços (formas), necessidade de aprovações de projetos, apresentação de alvará de construção, de projetos e de estudos complementares pela construtora, entre outros. Assim, verifica-se que as pendências não se referiam a situações surgidas apenas no mês de referência da medição. Ao contrário, infere-se que eram pendências já existentes nos meses anteriores e que não foram tempestivamente apontadas pelo fiscal encarregado de elaboração dos RAE. Para ratificar este entendimento cita-se o apontamento quanto à má execução das formas das estruturas de concreto. Até o mês anterior ao apontamento, já se havia medido 85,64% do item "estrutura" do orçamento, o que comprova que a pendência relativa aos "trabalhos de formas em geral da obra" não surgiram apenas na 9ª medição, que acresceu apenas 3,23% ao percentual executado do item.

268. Assim, vê-se que não procedem as alegações apresentadas pelo engenheiro Mário Massao Kobayashi. Primeiro porque a sua participação na fiscalização da obra em apreço se deu não somente durante os serviços iniciais da obra, uma vez que até a 8ª medição o percentual executado já alcançava 58,67% e, também, porque foram encontradas deficiências em serviços que contaram com seu ateste. Ressalta-se que nos relatórios que contaram com a chancela do engenheiro Mário Massao a qualidade da obra foi enquadrada como boa. Assim, conclui-se que a sua atuação omissa corroborou para a conclusão do objeto contendo diversos problemas relacionados à má qualidade de execução dos serviços.

269. Com base no exposto, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Mário Massao Kobayashi. Todavia, não se considera adequado emitir julgamento pela irregularidade das suas contas. Explica-se: a impropriedade pela qual ele foi ouvido em audiência não implicou dano ao erário (ao menos não quantificável). Assim, a conversão do processo original em TCE imporia ao jurisdicionado, no caso de rejeição de suas razões de justificativa, consequência jurídica (julgamento pela irregularidade das contas) mais gravosa do que aquela prevista na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU para a impropriedade, caso apreciada no âmbito da modalidade processual originária (relatório de auditoria).

270. Por outro lado, também não se vê necessária a reconversão do processo no tipo anterior para aplicação de sanção ao responsável. Em consonância com a argumentação expressa no voto condutor do Acórdão 1189/2009-TCU-Plenário, entende-se possível aplicar, dentro deste processo de TCE, as consequências a que o jurisdicionado estaria sujeito se fosse condenado no âmbito do processo originário. Assim, com fulcro no art. 250, § 2º do RI/TCU, entende-se apropriado aplicar ao Sr. Mário Massao Kobayashi a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

271. Quanto à atuação do fiscal Ricardo Paes Barreto Neto, em que pese tenha se verificado uma mudança de postura da fiscalização a partir do 9º relatório mensal de acompanhamento, nota-se que esta mudança não implicou melhoria na qualidade de execução da obra. Conforme se verifica nos relatórios elaborados pelo responsável, as pendências não foram sendo sanadas pela construtora.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

Ao contrário, salvo poucas exceções, a cada mês as pendências aumentavam. Como exemplo cita-se o RAE 12 (anexo à peça 48, p. 22-24), onde são listadas 16 pendências a serem solucionadas até a medição seguinte. No RAE 13 (anexo à peça 48, p. 50 – peça 49, p. 1), em vez da solução das pendências, notam-se, novamente, mais pendências condicionantes da medição seguinte (entre elas, várias já cobradas desde o 9º RAE).

272. Assim, a despeito do registro de diversas pendências relacionadas à qualidade da obra nos relatórios de acompanhamento sob responsabilidade do engenheiro Ricardo, não se verificou, em nenhum momento, a glosa de serviços executados em desconformidade com a boa técnica ou a recomendação, pelo fiscal, de retenção de recursos ou qualquer atitude mais incisiva que obrigasse a construtora à correção das falhas. Neste aspecto, ressalva-se que houve uma recomendação do fiscal, no RAE 23 (peça 67, p. 46), para que o Depen analisasse a eventual retenção de pagamentos à contratada até que todas as pendências fossem solucionadas. Entretanto, causa estranheza que tal recomendação só tenha vindo no último RAE elaborado pela Caixa, que acresceu apenas 0,31% ao percentual executado da obra aferido no período anterior, de 99,40%, sendo que, até a ocasião, não havia qualquer alerta nesse sentido.

273. Além disso, verifica-se que vários problemas levantados na auditoria que deu ensejo a esta TCE, bem como no laudo pericial elaborado pela Polícia Federal, sequer foram mencionados nos relatórios da fiscalização. A título de exemplo citam-se: problemas na pavimentação externa, torneiras que direcionavam jato d'água para fora do lavatório, falta de desníveis entre áreas cobertas e descobertas, concreto fora das especificações de projeto, entre outros.

274. Com base no exposto, entende-se que a postura do fiscal corroborou para a conclusão da obra com diversos problemas relacionados à má qualidade de execução dos serviços. Problemas estes que, por sinal, tendem a restringir a utilização do objeto e diminuir a sua vida útil.

275. Desta forma, tendo em vista a revelia do responsável com relação a este tema, conclui-se pela não elisão das irregularidades a ele atribuídas. Assim, com fulcro no art. 250, § 2º do RI/TCU, propõe-se aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

III.2. Quanto ao recebimento definitivo indevido da obra

III.2.1. Razões de justificativa da Sra. Marcele Simone Câmara de Andrade

276. A responsável inicia suas alegações informando que a única relação que teve com a obra da penitenciária federal de Campo Grande – MS foi a de constituir a comissão para recebimento definitivo, ocorrido em 28/9/2007 (Termo de Recebimento Definitivo – TRD – constante da peça 10, p. 4-5). Ela ressalta que o recebimento provisório se deu em outubro de 2006, sendo que desde junho de 2006, por suposta pressão política sobre os gestores de hierarquia inferior, o empreendimento já estava em funcionamento (peça 16, p. 13).

277. A gestora alega que a emissão do TRD teve o objetivo apenas de cumprir uma formalidade contratual, sendo que restava somente atestar os serviços relativos à falta de impermeabilização da caixa d'água elevada e problemas de infiltrações nas juntas de dilatação dos blocos de vivência, uma vez que as demais pendências apontadas no recebimento provisório já estariam superadas, conforme Informação n. 256/2009 – COENA/DIRPP/Depen, encaminhada ao TCU em 22/7/2009 e anexa à peça 2, p. 51-53 do processo (peça 16, p. 13).

278. A Sr. Marcele Simone observa que a vistoria não foi acompanhada pelos engenheiros da Caixa que fiscalizaram a execução da obra, e que, à época da vistoria, o presídio estava ocupado, o que teria dificultado o trabalho. Ela enfatiza que não foi detectado nenhum serviço que inviabilizasse a emissão do TRD (peça 16, p. 13).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

279. As razões de justificativa também fazem remissão a trecho do laudo pericial realizado pela Polícia Federal (constante da peça 13, p. 2-63). Quanto a este aspecto, a responsável informa que os problemas relativos à abertura de formas e desalinhamento de paredes e tetos já haviam sido debatidos entre os técnicos da Caixa e do Depen, ocasião em que não foram considerados relevantes sob o ponto de vista estrutural – fato corroborado pelo recebimento provisório da obra em 2006. Assim, não se considerou viável, na ocasião da emissão do TRD, determinar a demolição e reconstrução dessas estruturas (peça 16, p. 14).

280. Quanto à participação da Caixa no processo, a gestora frisa que os técnicos da estatal acompanhavam a execução dos serviços diariamente e estavam incumbidos de rejeitar serviços mal feitos e solicitar sua reparação, bem como comunicar o Depen sobre as ocorrências. Ela observa que as ocorrências foram relatadas ao longo da obra, antes do recebimento provisório, e, portanto, a responsabilidade pela má execução não pode recair sobre a comissão de recebimento definitivo (peça 16, p. 14).

281. A gestora destaca, também, que o laudo pericial onde são apontados diversos vícios construtivos foi realizado em 2010, ou seja, 3 anos após início de uso da edificação. Este fato, associado à falta de manutenção, teria conduzido a constatações divergentes das verificadas à época da vistoria para recebimento definitivo.

282. Na mesma linha de argumentação, a responsável aduz que a comissão de recebimento não detectou problemas que impedissem a lavratura do TRD e que recebeu o empreendimento "com as correções que podiam ser feitas", não podendo ser responsabilizada por fatos que ocorreram à época da execução da obra. Chama atenção a observação feita pela gestora de que "para sanar todas as imperfeições constatadas seria necessária a demolição do empreendimento e a construção de um novo" (peça 16, p. 15).

283. Por fim, a Sr. Marcele Simone aduz que a comissão cumpriu a incumbência que lhe fora dada, qual seja, receber o estabelecimento penal, que, sob sua ótica, já tinha atingido a sua finalidade, uma vez que já estava em pleno funcionamento. Ela alega, ainda, que a missão era de "remediar o irremediável" e espera que sejam acatados os seus esclarecimentos (peça 16, p. 15).

III.2.2. Razões de justificativa da Sra. Carla Sueli Barbosa

284. A responsável informa que participou das comissões para o recebimento provisório (2006) e definitivo da obra (2007), sendo que na ocasião da vistoria para recebimento provisório fora verificada uma extensa lista de itens com vistas a aferir a adequação do objeto aos termos pactuados e, para o recebimento definitivo, coube atestar o saneamento das pendências relativas à impermeabilização do reservatório e das juntas de dilatação dos blocos de vivência, bem como a entrega de laudos pela empresa construtora. A gestora informa que, aferidos os quesitos acima e considerando que o objeto tinha atingido o seu objetivo, emitiu-se o TRD da obra (peça 27, p. 22-24).

285. Na sequência a Sra. Carla Sueli faz alusão ao contrato 001/2003, entre o Depen e a Caixa para acompanhamento das obras das penitenciárias federais, do qual transcreve trechos relativos às atividades e obrigações da contratada (peça 27, p. 24-25). Posteriormente, passa a tratar de alguns itens específicos nos quais se verificou má qualidade de execução.

286. Em suma, sobre os problemas relatados, a gestora afirma que não faziam parte do escopo da obra e foram realizados *a posteriori*, com a unidade penal já em operação (peça 27, p. 26). Quanto ao problema de abertura de formas de estruturas de concreto e desalinhamento de paredes e tetos, de forma análoga ao argumentado pela Sra. Marcele Simone, a Sra. Carla Sueli alega que a questão já havia sido discutida entre a Caixa e o Depen, sendo que o assunto estava superado, uma vez que não se constatou problema de ordem estrutural (peça 27, p. 27).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

287. A responsável informa que outros problemas apontados nos autos, tais como fissuras, pintura mal feita, telhas quebradas, entre outros, não existiam no momento da vistoria para recebimento definitivo. Ela ressalta o fato de o laudo pericial da Polícia Federal ter sido feito três anos após ocupação do edifício e sem considerar a falta de manutenção (peça 27, p. 27).

288. Ao final, a gestora alega ter demonstrado a inexistência de má execução dos serviços, frente à inexistência de pendências, e pede o acolhimento das suas razões de justificativa (peça 27, p. 28).

III.2.3. Análise (Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade, Carla Sueli Barbosa e Sr. Eurico de Salles Cidade – revel)

289. Em suma, as alegações das defendentes arrimam-se nos seguintes argumentos: (1) as irregularidades ocorreram à época de execução da obra, antes, portanto, da sua participação no contrato, que fora apenas de formalizar o recebimento do objeto; (2) o empreendimento era fiscalizado pela Caixa, que deveria obstar o pagamento de serviços inconformes e relatar ao Depen as irregularidades; (3) à época do recebimento definitivo não havia vícios construtivos que impedissem a emissão do TRD; e (4) a edificação estava em uso já há três anos na ocasião do laudo pericial.

290. Quanto à época de ocorrência das irregularidades, que segundo a responsável Marcele Simone seria situação excludente da culpabilidade dos integrantes da comissão de recebimento definitivo, cabe explanar sobre a responsabilidade da comissão de recebimento.

291. De acordo com o art. 73, inciso I, alínea "b", da Lei 8.666/1993 c/c art. 69 da mesma lei, compete à comissão de recebimento definitivo comprovar a adequação do objeto aos termos contratuais, devendo exigir do contratado a reparação, correção, remoção, reconstrução ou substituição do objeto, ou das partes dele, em que se verifiquem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou dos materiais empregados. Assim, vê-se que a lei não isenta a comissão de recebimento das falhas originadas durante a execução do objeto. Ao contrário, uma vez que a lei define, explicitamente, que cabe à comissão aferir a adequação total do objeto aos termos pactuados, infere-se que a norma visa, entre outras coisas, resguardar a administração de eventuais falhas ocorridas na gestão do contrato. Dessa forma, não cabe se falar em isenção de responsabilidades da comissão de recebimento sob a alegação que lhe competia "apenas" verificar o saneamento de algumas pendências remanescentes.

292. Quanto à participação da Caixa na fiscalização da obra, assiste razão, em parte, às responsáveis. De fato a estatal estava encarregada de atestar a execução dos serviços, tendo a obrigação contratual de obstar o pagamento de serviços inconformes e notificar o órgão gestor do contrato sobre as ocorrências. Entretanto, conforme exposto, falhas durante a gestão contratual não eximem a comissão de recebimento das suas responsabilidades legais acerca da perfeita adequação do objeto contratado. Independentemente da eventual omissão dos fiscais e gestores do contrato durante a obra, a comissão de recebimento tem a prerrogativa (e o dever) de se negar ao recebimento do objeto no qual se verifiquem vícios ou defeitos e, consequentemente, exigir da construtora a sua reparação.

293. Todavia, não se pode negligenciar a existência de questões já discutidas e superadas durante a obra, que contaram com a aceitação de outros gestores naquela fase, como parece ser o caso das imperfeições nas estruturas de concreto (problemas com formas) e especificações de alguns materiais (válvulas de descargas, luminárias, torneiras, blindagem de ambientes). Nestes casos, assim como nas questões relacionadas eminentemente à fiscalização (como a baixa resistência do concreto utilizado) não parece adequada a responsabilização dos integrantes da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

comissão de recebimento. Entretanto, verifica-se que nem todos os vícios construtivos levantados na obra da penitenciária federal de Campo Grande se enquadram nesta situação.

294. Cabe, portanto, analisar a existência, à época do recebimento definitivo, de vícios que deveriam obstar o recebimento da obra pela comissão. Neste sentido, faz-se remissão à instrução inicial desta TCE (peça 13, p. 88), onde já fora informado que diversos problemas levantados na auditoria (em 2006) permaneciam presentes quando da realização da perícia pela Polícia Federal (em 2010).

295. Importante ressaltar as datas das vistorias. A vistoria realizada pela equipe de auditoria do TCU, que inicialmente levantou os problemas relacionados à qualidade da obra, realizou-se em 16/10/2006 (peça 31, p. 21). As vistorias da comissão de recebimento definitivo foram realizadas entre 17 e 21/9/2007 (peça 10, p. 4). E as vistorias da equipe de peritos da Polícia Federal foram realizadas entre os dias 1º e 2/3/2010.

296. Entre os defeitos coincidentes nos dois documentos – relatório de auditoria (peça 31, p. 21-23) e laudo pericial (peça 13, p. 18-56) –, excluindo-se aqueles para os quais se entende não haver responsabilidade da comissão de recebimento, citam-se: infiltrações no reservatório, ferragens expostas em diversas estruturas (bicheiras), torneiras que direcionavam o jato d'água para fora dos lavatórios, falta de desnível entre áreas cobertas e descobertas das celas, polimento inadequado do piso de alta resistência, fissuras no piso e portas metálicas emperradas.

297. Assim, a existência das mesmas patologias, detectadas por equipes diferentes e em datas anterior e posterior à lavratura do TRD, comprova, por um lado, que os defeitos estavam presentes na ocasião da vistoria para o recebimento definitivo e, por outro, que eles não foram decorrentes de falta de manutenção no edifício, conforme alegado pelas responsáveis.

298. Dessa forma, entende-se que as razões de justificativa apresentadas não elidem a irregularidade, tampouco afastam a responsabilidade dos integrantes da comissão de recebimento definitivo pela emissão do TRD da obra com diversos problemas relacionados à má execução dos serviços. Observa-se que o não afastamento da responsabilidade implica a aplicação de sanção, também, ao Sr. Eurico de Salles Cidade, considerado revel quanto a esse apontamento.

299. Observa-se que a situação desses gestores enquadra-se na mesma situação exposta nos parágrafos 269 e 270 retro. O julgamento pela irregularidade de suas contas configuraria sanção mais gravosa do que a prevista na Lei Orgânica e no Regimento Interno para a modalidade processual originária. Assim, com base no art. 250, § 2º do RI/TCU, propõe-se a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 aos integrantes da comissão de recebimento definitivo da penitenciária federal de Campo Grande, Sra. Marcele Simone Câmara de Andrade, Sra. Carla Sueli Barbosa e Sr. Eurico de Salles Cidade.

CONCLUSÃO

300. As alegações de defesa e razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis trouxeram novos elementos que colaboraram para melhor elucidação dos fatos.

301. Conforme retratado no corpo desta instrução, para alguns defendentes citados propõe-se o acolhimento das alegações de defesa, com exclusão da sua responsabilidade pelos fatos inquinados; para outros, propõe-se o acolhimento parcial das alegações, com implicação no valor do débito inicialmente apurado; e para outros ainda, propõe-se a rejeição das alegações de defesa, com o consequente julgamento pela irregularidade das contas e aplicação das sanções cabíveis. Quanto aos responsáveis chamados (apenas) em audiência, propõe-se a rejeição das razões de justificativa, sem julgamento das contas, com aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

302. Nos parágrafos seguintes apresentam-se as conclusões das análises promovidas para as alegações de defesa e/ou razões de justificativas apresentadas por cada um dos responsáveis arrolados nestes autos, com a respectiva proposta de encaminhamento.

Sra. Érika Hatano Routledge

303. Em face da análise promovida nos itens I.1.2 e II.2.2 da seção "Exame Técnico", propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela Sra. Érika Hatano Routledge, gestora do contrato de execução da obra da penitenciária de Campo Grande/MS à época da ocorrência das irregularidades (Contrato 002/2004, firmado entre o Depen/MJ e a empresa Palma Engenharia Ltda.), uma vez que as mesmas não foram suficientes para elidir as irregularidades a ela atribuídas, tampouco afastar a sua responsabilidade sobre elas.

304. Para a irregularidade n. 1 – aplicação irregular de reajustes, analisada no item I.1.2 – propõe-se a rejeição das alegações da defendente, com a manutenção do débito apurado na instrução de citação.

305. Para a irregularidade n. 4 – pagamento indevido dos valores relativos à administração da obra, analisada no item II.2.2 – propõe-se, também, rejeitar as alegações, porém, novos elementos trazidos aos autos implicaram a retificação do débito inicialmente atribuído à gestora. Ressalta-se, ainda, a possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

306. Desta forma, tendo em vista a ocorrência das duas irregularidades atribuídas à Sra. Érika Hatano, sem comprovação de boa fé objetiva nas suas condutas, propõe-se, desde logo, o julgamento pela irregularidade das suas contas, conforme mandamento contido no art. 202, § 6º do RI/TCU, com a sua condenação em débito, de acordo com o art. 19, caput, da Lei 8.443/1992.

Sr. Ricardo Paes Barreto Neto

307. Com base na análise registrada no item II.1.2 da seção "Exame Técnico", relativa à irregularidade n. 4 – pagamento indevido de valores relativos à administração da obra –, propõe-se rejeitar parcialmente as alegações de defesa trazidas pelo engenheiro da Caixa, sendo que o acolhimento parcial implica alteração no valor do débito anteriormente atribuído ao responsável.

308. Tendo em vista a não comprovação de boa fé objetiva na conduta do fiscal, propõe-se, desde logo, o julgamento pela irregularidade das suas contas, conforme mandamento contido no art. 202, § 6º do RI/TCU.

309. No que atine à irregularidade n. 4, entende-se configurada a situação descrita no art. 19, caput, da Lei 8.443/1992, que determina que o responsável deve ser condenado ao pagamento da dívida atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora. Verifica-se ainda a possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 57 da referida lei. No que atine a irregularidade n. 10, entende-se passível a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Palma Engenharia Ltda.

310. De acordo com a análise promovida nos itens I.2.2 e II.3.2, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela empresa construtora da obra da penitenciária de Campo Grande/MS, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades das quais se beneficiou (pelo recebimento de valores referentes ao reajustamento irregular do contrato e ao pagamento indevido de despesas relativas à administração da obra).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

311. Assim, por força do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992, e empresa se faz solidária aos responsáveis condenados em débito neste processo. Quanto ao reajustamento irregular a solidariedade se faz junto à gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge, e quanto ao pagamento indevido das despesas de administração da obra a solidariedade é, no todo, junto à gestora do contrato e, em parte, junto ao fiscal da Caixa, Sr. Ricardo Paes Barreto Neto.

Srs. Édson Collet Ibiapina, Cristiano Orém de Andrade, Maurício Kuehne, Oscar Apolônio do Nascimento Filho e Alexandre Cabana Queiroz de Andrade

312. Conforme análise promovida nos itens I.3.2, I.4.2, I.5.2, II.4.2, II.5.2, II.6.2, II.7.2 e II.9.2, propõe-se acolher as alegações de defesa dos Srs. Édson Collet Ibiapina, Cristiano Orém de Andrade, Maurício Kuehne, Oscar Apolônio do Nascimento Filho e Alexandre Cabana Queiroz de Andrade, uma vez que as mesmas mostraram-se suficientes para comprovar a sua ausência de responsabilidade pelos atos a eles atribuídos.

313. Embora divirjam sobre alguns aspectos, as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis retromencionados continham a mesma linha de argumentação: visavam refutar a sua responsabilidade pelos atos inquinados. Alguns deles alegaram que as suas participações nos ritos processuais que culminaram em pagamentos indevidos à construtora foram de mero expediente, sem cunho decisório; outros, que não era sua atribuição aferir os cálculos e pareceres emanados da área técnica do órgão encarregada da gestão das obras. Neste sentido, apresentaram-se várias questões de direito, tais como ausência de nexo causal, inexigibilidade de conduta diversa, excludentes de culpabilidade, entre outras.

314. A despeito de algumas alegações improcedentes, entende-se que os argumentos apresentados merecem acolhimento.

315. Os responsáveis foram citados pela aposição de suas assinaturas em documentos que ensejaram pagamentos indevidos à contratada. No caso da irregularidade n. 1, tratavam-se de notas técnicas a respeito do reajuste a ser concedido à construtora, bem como do próprio termo aditivo ao contrato que formalizou a concessão do reajuste. No caso da irregularidade n. 4 os documentos eram as notas técnicas autorizadoras dos pagamentos mensais (com base nas medições da obra) e as próprias autorizações de pagamento. Ocorre que, em ambos os casos, os fatos geradores dos pagamentos irregulares não eram da atribuição destes responsáveis, mas sim da gestora do contrato da obra, servidora regimentalmente encarregada de tal atribuição.

316. Assim, considerando que até a participação de cada um dos responsáveis acima listados o processo revestia-se de regularidade formal (contando com a devida instrução das instâncias competentes) e, ainda, considerando as particularidades das quais as irregularidades advieram (em suma: erro nos cálculos e aditivação indevida de item do orçamento), é de se concluir que os gestores de hierarquia superior do órgão não podem ser responsabilizados pelos atos questionados.

317. Portanto, propõe-se o acatamento das alegações apresentadas pelos Srs. Édson Collet Ibiapina, Cristiano Orém de Andrade, Maurício Kuehne, Oscar Apolônio do Nascimento Filho e Alexandre Cabana Queiroz de Andrade, deixando-se de propor a aplicação de sanção aos citados.

Sr. Eurico de Salles Cidade

318. O Sr. Eurico foi citado pelo pagamento indevido das despesas de administração da obra (irregularidade n. 4) e chamado em audiência pelo recebimento definitivo da obra com qualidade ruim (irregularidade n. 10).

319. Quanto à irregularidade n. 4, conforme análise exposta no item II.8.2, entende-se que o caso enquadra-se na situação dos responsáveis acima listados, ou seja, propõe-se o acatamento de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

suas alegações de defesa e a consequente exclusão de sua solidariedade ao débito decorrente do pagamento indevido das despesas de administração da obra.

320. Quanto à irregularidade n. 10, conforme informado no item III, o responsável foi dado como revel. Diante desta revelia e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de excludentes de culpabilidade em sua conduta, conforme análise empreendida no item III.2.3, propõe-se que lhe seja aplicada a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade e Carla Sueli Barbosa

321. Ante a análise promovida no item III.2.3, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelas integrantes da comissão de recebimento definitivo da obra da penitenciária federal de Campo Grande/MS, uma vez que não foram suficientes para elidir as irregularidades a elas atribuídas, tampouco afastar a sua responsabilidade pelos atos inquinados. Deste modo, propõe-se que lhes seja aplicada a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Sr. Mário Massao Kobayashi

322. Em face da análise exposta no item III.1.2, propõe-se rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo fiscal da obra, uma vez que não foram suficientes para elidir as irregularidades a ele atribuídas, tampouco afastar a sua responsabilidade pelos atos inquinados. Deste modo, propõe-se aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

IFORMAÇÕES ADICIONAIS

323. Conforme já observado nestes autos, os fatos aqui analisados também são objeto de investigação policial, materializada no âmbito do Inquérito Policial n. 0511/2008-4-SR/DPF/MS, instaurado pela Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul. A investigação deu-se em razão das irregularidades detectadas por este Tribunal na auditoria realizada nas obras da penitenciária em 2006.

324. O objetivo da investigação foi apurar a prática de possíveis crimes na gestão da obra, sendo que o foco do inquérito recaiu sobre a contratação de empresa credenciada da Caixa, sem licitação e por preço determinado posteriormente, para elaboração dos projetos complementares da obra, bem como sobre os possíveis pagamentos irregulares e a baixa qualidade da obra.

325. Após aplicação de diversos procedimentos (incluindo realização de perícias, inquirição dos envolvidos e análise de documentos emitidos pelo TCU), concluiu-se o inquérito em junho de 2013. A cópia do inquérito foi encaminhada ao TCU (Secex/MS) por meio do Ofício n. 3146/2013 – IPL 0511/2008-4 – SR/DPF/MS.

326. Tendo em vista o princípio da independência das instâncias e, principalmente, as diferenças fundamentais existentes entre a persecução penal e a fiscalização promovida no âmbito de um processo de contas (entre elas destacam-se os objetivos, as normas aplicáveis e os meios de prova), a investigação conduziu ao indiciamento de um grupo de pessoas não idêntico ao rol dos responsáveis arrolados nesta TCE. Além de alguns dos gestores aqui responsabilizados, o inquérito indiciou outros não constantes nestes autos e deixou de indiciar alguns aqui apenados.

327. Em suma, foram indiciados:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

a) pelos pagamentos indevidos à construtora (tanto relativos ao item 'administração da obra' quanto aos reajustes): a servidora do Depen/MJ, gestora do contrato, Sra. Érika Hatano Routledge;

b) pela má qualidade da obra: os profissionais de empresas credenciadas da Caixa que emitiram RAE durante a execução da obra, Srs. Carlos Frederico de Souza Bais e Maurício Faustino de Moraes, os empregados da Caixa incumbidos da fiscalização da obra e da supervisão dos trabalhos terceirizados, Srs. Ricardo Paes Barreto Neto, Mário Massao Kobayashi e Sra. Sandra Ferreira de Macedo, e o engenheiro da construtora Palma, residente da obra, Sr. Jean Cláudio de Araújo de Moraes;

c) pela contratação de empresa para execução dos projetos executivos da penitenciária, sem licitação: o então Diretor da Caixa, Sr. Jorge Luiz de Souza Arraes.

328. As pessoas listadas nos itens 'a' e 'b' acima foram indiciadas pelo crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, que assim reza: "apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa". O agente que figura na alínea 'c' foi indiciado pelo crime de dispensa irregular de licitação, previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/1993, assim definido: "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de três a 5 cinco anos, e multa".

329. Cabe observar que os valores de dano ao erário apurados no inquérito policial também diferem dos calculados nesta TCE. Quanto à administração da obra o inquérito considerou os valores inicialmente levantados pelo TCU, anteriores, portanto, às argumentações e documentos apresentados pelos defendentes em decorrência de suas citações. Quanto ao débito decorrente dos reajustes do contrato e da má qualidade da obra o valor foi estimando com base em laudo pericial.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

330. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, alvitrando encaminhá-los ao Gabinete do Ministro-Relator, Exmo. Sr. Augusto Sherman Cavalcanti, com a seguinte proposta:

a) acatar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Édson Collet Ibiapina (CPF: 262.779.053-68), Cristiano Orém de Andrade (CPF: 602.348.811-00), Maurício Kuehne (CPF: 001.610.129-49), Oscar Apolônio do Nascimento Filho (CPF 513.002.713-00) e Alexandre Cabana de Queiroz Andrade (CPF: 013.636.947-23), eximindo-os da responsabilidade pelas irregularidades que ensejaram suas citações;

b) julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I e 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, irregulares as contas da Sra. Érika Hatano Routledge (CPF: 042.823.257-47), na condição de chefe da Divisão de Fiscalização do Depen/MJ e do Sr. Ricardo Paes Barreto Neto (CPF: 007.789.368-99), na condição de fiscal do Contrato 02/2004 firmado entre o Depen/MJ e a empresa Palma Engenharia Ltda.;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

b.1) condenar, com fundamento no art. 19 da Lei 8.443/1992 c/c art. 16, § 2º, alíneas "a" e "b" da mesma Lei, a Sra. Érika Hatano Routledge (CPF: 042.823.257-47) e a empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda. (CNPJ: 06.593.156/0001-00), solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, em decorrência da aplicação irregular de reajustes ao contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a referida empresa, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem perante o Tribunal (nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a" da Lei 8.443/1992 c/c arts. 210 e 214, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno do TCU) o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Valor original (R$)	Data da ocorrência
2.147,51	28/12/2004
228,58	1/6/2005
29,00	5/7/2005
4.641,08	5/10/2005
1.439,39	3/11/2005
2.456,77	5/12/2005
1.909,54	26/12/2005
8.808,71	3/2/2006
7.939,19	8/3/2006
5.078,00	6/4/2006
2.033,62	7/6/2006
1.985,81	14/7/2006
3.119,56	8/8/2006
195,95	31/10/2006

b.2) condenar, com fundamento no art. 19 da Lei 8.443/1992 c/c art. 16, § 2º, alíneas "a" e "b" da mesma Lei, a Sra. Érika Hatano Routledge (CPF: 042.823.257-47), o Sr. Ricardo Paes Barreto Neto (CPF: 007.789.368-99) e a empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda. (CNPJ: 06.593.156/0001-00), solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, em decorrência do pagamento irregular de despesas relativas à administração da obra objeto do contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a referida empresa, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem perante o Tribunal (nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a" da Lei 8.443/1992 c/c arts. 210 e 214, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno do TCU) o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Valor original (R$)	Data da ocorrência
41.073,48	05/12/2005
10.268,37	26/12/2005
10.268,37	03/02/2006
10.268,37	08/03/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

b.3) condenar, com fundamento no art. 19 da Lei 8.443/1992 c/c art. 16, § 2º, alíneas "a" e "b" da mesma Lei, a Sra. Érika Hatano Routledge (CPF: 042.823.257-47) e a empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda. (CNPJ: 06.593.156/0001-00), solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, em decorrência do pagamento irregular de despesas relativas à administração da obra objeto do contrato 02/2004, firmado entre o Depen/MJ e a referida empresa, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem perante o Tribunal (nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a" da Lei 8.443/1992 c/c arts. 210 e 214, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno do TCU) o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Valor original (R$)	Data da ocorrência
10.268,37	06/04/2006
10.808,78	05/05/2006
10.808,78	07/06/2006
79.297,62	14/07/2006
82.231,40	08/08/2006
27.541,43	15/09/2006

b.4) aplicar, com fundamento no art. 19, caput, da Lei 8.443/1992, à Sra. Érika Hatano Routledge (CPF: 042.823.257-47), ao Sr. Ricardo Paes Barreto Neto (CPF: 007.789.368-99) e à empresa Palma Engenharia Ltda., atual Palma Construções Ltda. (CNPJ: 06.593.156/0001-00) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem perante o Tribunal (nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da Lei 8.443/1992 c/c art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno) o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do Acórdão que vier a ser proferido até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

c) rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelas Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade (CPF: 591.240.917-15) e Carla Sueli Barbosa (CPF: 851.719.056-49) e pelo Sr. Eurico de Salles Cidade (CPF: 130.671.680-20), na condição de integrantes da comissão de recebimento definitivo da obra da penitenciária federal de Campo Grande/MS, e pelos Srs. Mário Massao Kobayashi (CPF: 238.418.001-06) e Ricardo Paes Barreto Neto (CPF: 007.789.368-99), na condição de fiscais da obra da penitenciária federal de Campo Grande/MS;

c.1) aplicar às Sras. Marcele Simone Câmara de Andrade (CPF: 591.240.917-15) e Carla Sueli Barbosa (CPF: 851.719.056-49) e aos Srs. Eurico de Salles Cidade (CPF: 130.671.680-20), Mário Massao Kobayashi (CPF: 238.418.001-06) e Ricardo Paes Barreto Neto (CFP: 007.789.368-99), individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, na gradação dada pelo art. 268, inciso II, do Regimento Interno do TCU, em decorrência da má qualidade e do recebimento indevido da obra da Penitenciária Federal de Campo Grande, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno) os recolhimentos das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do Acórdão que vier a ser proferido até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

e) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 e do § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

SecobEdificação, em 26/09/2013.

Victor Marcuz de Moraes
AUFC – Mat. 9497-8

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50603228.