



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
3ª Vara Federal de Curitiba

Avenida Anita Garibaldi, 888, 4º andar - Bairro: Ahú - CEP: 80540-180 - Fone: (41)3313--1751 -
www.jfpr.jus.br - Email: prctb03dir@jfpr.jus.br

AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 5040192-33.2013.4.04.7000/PR

AUTOR: LUIZ FRANCISCO SILVA MARCOS

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

LUIZ FRANCISCO SILVA MARCOS ajuizou a presente ação em face da UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, com o objetivo de obter a declaração de nulidade do acórdão 3218/2010, do Tribunal de Contas da União, na parcela que aplicou a ele a multa de R\$ 10.000,00, condenando-se a ré à devolução de todas as parcelas já pagas, acrescidas de atualização monetária e juros legais a contar de cada recolhimento.

Narrou que no período de 6 meses em que exerceu a função de Diretor (Substituto) de Engenharia do extinto DNER, as instâncias técnicas daquela autarquia levaram ao seu conhecimento uma proposta de revisão de projeto básico de obra rodoviária então em curso no Estado do Paraná, pavimentação do trecho Adrianópolis/Bocaiúva do Sul da BR-476, cuja execução competia à empresa J. Malucelli Construtora de Obras S/A, nos termos do Contrato PG 167/2000. Ocorre que, ao fiscalizar a execução desse contrato e principalmente a revisão do projeto básico em fase de obras, o TCU entendeu pela configuração de dano ao erário e condenou o autor, solidariamente com a J. Malucelli Construtora de Obras S/A (executora), a Nateec Planejamento e Serviços Ltda. (supervisora) e o Sr. Ronaldo de Almeida Jares (fiscal do contrato), ao pagamento do débito no valor histórico de R\$ 1.021.481,30, bem como, individualmente, ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00. Ignorando a existência da ação judicial n.º 5019047-86.2011.404.7000, em que se busca a nulidade do Acórdão 3.218/2010-TCU-Plenário, bem como da execução fiscal n.º 5023708-74.2012.404.7000, ajuizada pelo DNIT no tocante ao débito principal, o autor solicitou o parcelamento administrativo da multa que lhe foi aplicada, recolhendo as parcelas regularmente. O autor tomou conhecimento, ainda, da ação n.º 5019353-84.2013.404.7000, ajuizada pelo fiscal do contrato administrativo, discutindo o mesmo Acórdão do TCU. Diante da litigiosidade que se instaurou em torno do acórdão do TCU e principalmente

ante o risco de que o parcelamento administrativo do valor da multa venha a ser explorado em seu desfavor, o autor pretende discutir a validade do acórdão naquilo que lhe diz respeito.

Sustentou ter sido injustamente condenado pelo TCU, pois sob a ótica da própria Corte de Contas, o autor teria sido induzido em erro pela empresa supervisora então contratada pela autarquia, no tocante ao reflexo econômico-financeiro da revisão do projeto básico em fase de obras, que era "nulo" ou "igual a zero". Alegou que os preços unitários contemplados na revisão, isoladamente considerados, estavam de acordo com os preços unitários do próprio orçamento oficial para essa mesma obra, em relação ao serviço de "conformação mecânica de talude", pois a variação entre os preços unitários orçados previamente à licitação e os preços unitários contidos na proposta comercial da empresa vencedora da licitação para os mesmos serviços era desprezível. Aduziu, no que diz respeito à alteração dos quantitativos dos serviços, que, embutida na revisão do projeto básico em fase de obras, teria dado lugar aos supostos "pagamentos indevidos", seria até mesmo intuitivo concluir que, em razão da distância geográfica e institucional de um Diretor de Engenharia lotado em Brasília (DF) e o local de execução dos serviços de pavimentação, não era dado ao autor questionar o mérito da modificação que lhe foi apresentada pelas instâncias competentes do DNER/DNIT, a partir de uma proposta elaborada pela empresa supervisora dos mesmos serviços, que por sua vez fora contratada pelo próprio DNER/DNIT. Afirmou que à época determinou à Divisão de Estudos e Projetos/DrER que examinasse e instrísse a proposta de revisão do projeto básico em fase de obras, sendo que a proposta de revisão do projeto foi então examinada pelo setor competente sob três ângulos distintos: (i) administrativo; (ii) técnico; (iii) financeiro. O autor então somente referendou o parecer do Chefe do Serviço de Projetos/DEP do então DNER, depois de aprovado pelo Chefe da Divisão de Estudos e Projetos do DNER. Sustentou que não faria sentido algum exigir do autor que, desempenhando suas funções em grau mais elevado da hierarquia do DNER, questionasse o mérito da avaliação que havia sido feita pelas instâncias técnicas competentes. Alegou que o acórdão do TCU revela uma nítida intromissão no mérito dos atos administrativos então praticados pela autarquia federal que, antes mesmo que o Autor tomasse conhecimento da revisão do projeto básico em fase de obras, haviam concluído pela oportunidade e pela conveniência das alterações propostas.

Distribuída inicialmente a ação à 6ª Vara Federal de Curitiba, o feito foi redistribuído a este Juízo por dependência às ações nº 5019047-86.2011.404.7000 e nº 5019353-84.2013.404.7000.

No evento 7 foi deferida a antecipação de tutela, para o fim de deferir o depósito judicial dos valores ora questionados, suspendendo os efeitos do referido Acórdão nº 3218/2010-TCU-Plenário, na parcela que aplicou ao Autor a multa objeto da presente ação, até decisão final.

No evento 19, a União contestou o feito. Em primeiro lugar, alegou a ausência de interesse de agir em razão do pedido de parcelamento administrativo da multa e apontou o litisconsórcio passivo necessário com o DNIT. No mérito, afirmou que o autor foi responsabilizado por aprovar a 1ª Revisão do Projeto em Fase de Obras com prejuízo ao erário. pois em razão da revisão do projeto, aprovada pelo autor, suprimiu-se, quase totalmente, os serviços de escavação, carga e transporte de 1ª, 2ª e 3ª categorias, transferindo os valores alocados para os serviços de conformação mecânica de taludes, os quais possuíam valores superiores aos praticados no mercado, com claro prejuízo aos cofres públicos. Sustentou que o prejuízo apontado não decorreu da alteração dos quantitativos em si do "serviço de conformação mecânica de taludes", mas do fato de que não se consideraram nesses novos quantitativos os preços de mercado com o intuito de se buscar a preservação do equilíbrio financeiro pactuado inicialmente, de modo que a responsabilização do autor por conduta omissiva não pode ser afastada. Aduziu que ainda que o autor não tenha proposto a alteração do quantitativo dos serviços, ao aprovar formalmente a 1ª revisão do projeto, ele anuiu com as alterações dos quantitativos sem se preocupar com seus custos, deixando de observar o dever de cuidado exigido de qualquer um que lide com a *res publica*. Sustentou que o autor agiu, pelo menos, com culpa, na modalidade “negligência”, devendo ser responsabilizado nos termos da Lei nº 8.112/1990, arts. 122 e 124. Afirmou que a distância geográfica e institucional entre o servidor, lotado em Brasília, e o local de execução dos serviços de pavimentação, não exime o autor de sua responsabilidade pela aprovação da alteração tratada nos autos. Alegou que não se imiscuiu o TCU na oportunidade e conveniência das alterações havidas no Contrato PG 167/2000 do DNER, mas se ateve ao exame da legalidade e da economicidade da revisão efetuada no ajuste, tendo em vista que resultou em modificação, ocorrendo prejuízo do interesse público, nas condições do contrato.

Houve impugnação à contestação (evento 22).

No evento 24 foi indeferido o pedido de inclusão do DNIT no pólo passivo da lide.

Interposto agravo de instrumento, foi negado provimento ao recurso.

No evento 33 foi deferido o pedido de utilização de prova pericial emprestada produzida nos autos nº 5019047-86.2011.404.7000.

É o relatório. Passo a decidir.

DO PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS

A parte autora pretende desconstituir título executivo formado no processo de tomada de contas, na parcela que aplicou a ele a multa de R\$ 10.000,00, em que o TCU entendeu ter ficado demonstrado o prejuízo aos cofres

públicos na execução do objeto do contrato nº PG 167/2000, firmado pela empresa J. Malucelli Construtora de Obras S/A e pelo antigo DNER, em 25/07/2000. O processo, que levou o número 020.559/2004-5, foi inicialmente julgado em 13/09/2006, com a condenação dos responsáveis solidariamente ao pagamento de R\$ 2.680.976,33. Ainda, foi imposta a cada responsável multa no valor de R\$ 30.000,00. Após a apresentação de pedido de reconsideração, foi determinado que a Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União - SECOB respondesse a alguns quesitos formulados.

Quando do julgamento pelo TCU do pedido de reconsideração apresentado, ficou demonstrado que o serviço de conformação de taludes era necessário e que ele poderia ser previsto em item separado da escavação/carga/transporte de materiais. Todavia, verificou-se que houve sobrepreço no valor cobrado em relação aos serviços de conformação mecânica de taludes. Assim, de acordo com a tabela do ev. 1, OUT4, p. 18, os serviços custavam na época (abril de 1999) R\$ 2,87 para conformação mecânica de taludes de 1ª categoria DMT 200 a 400m, R\$ 3,04 para a de 1ª categoria DMT 400 a 600m, R\$ 4,04 para a de 2ª categoria DMT 200 a 400m e R\$ 4,16 para a de 2ª categoria DMT 400 a 600 m, em contraposição aos R\$ 5,51, R\$ 6,28, R\$ 6,19 e R\$ 7,10 cobrados pela executora, respectivamente. Tais valores foram obtidos considerando os preços dos insumos, a composição da patrulha (equipamento utilizados) e a produtividade da equipe.

Ainda, o TCU julgou que a produtividade considerada pela J. Malucelli estava muito aquém da produtividade real. Conforme se atesta do documento do ev. 1, OUT4, fl. 18, a produtividade da conformação mecânica de taludes em material de 1ª categoria seria de 80 m³/h, ao contrário dos 35 m³/h informados. Já para a conformação em material de 2ª categoria, a produtividade teria sido calculada em 55 m³/h, em contraposição aos 30 m³/h, considerados pela executora. Esta avaliação se fez considerando o prazo para a execução da terraplenagem, bem como o número de equipamentos disponibilizado.

Com base nessas constatações, o TCU chegou a um superfaturamento na ordem de R\$ 1.457.692,00 para abril/1999, condenando os responsáveis ao pagamento dessa quantia, independentemente de ter ficado comprovado o conluio entre eles e o jogo de planilha.

Não obstante, tal valor foi reduzido posteriormente para R\$ 1.021.481,30 e a multa para R\$ 10.000,00. O julgamento se deu em 01/12/2010. Os embargos de declaração opostos contra esta decisão foram julgados e rejeitados em 15/06/2011, tendo o acórdão transitado em julgado.

No processo de tomada de contas, o TCU entendeu que não havia provas da ocorrência do jogo de planilha, com a diminuição dos quantitativos de serviços com preços menos atraentes e o conseqüente aumento dos quantitativos de serviços com preços mais elevados. Não obstante, ressaltou que os preços praticados em relação aos serviços aumentados estavam acima dos valores tidos

como devidos, o que implicaria a obrigação dos responsáveis de ressarcir o prejuízo causados aos cofres do DNIT. Assim, uma vez que ficou constatada a discrepância do preço cobrado por determinado serviço, independentemente da existência de conluio entre as partes, o TCU julgou que os valores pagos a maior deveriam ser devolvidos.

O ora autor foi responsabilizado por dano ao erário decorrente da aprovação de revisão do contrato no qual se constatou sobrepreço. Foi reconhecida a responsabilidade do agente que aprovou a revisão com itens com preços acima dos de mercado, agravados pela alteração que promoveu o aumento dos quantitativos com sobrepreço, independentemente do dolo do agente. Foi-lhe então aplicada a multa ora combatida, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992.

DO INTERESSE DE AGIR

A opção pelo parcelamento da multa não exclui a possibilidade de discussão dos aspectos jurídicos da penalidade, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV, estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual qualquer lesão ou ameaça a lesão a direito poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário. Tendo isso em vista, e considerando que a atuação do TCU não é jurisdicional, não há dúvidas de que seus julgamentos podem ser revistos em ação judicial.

DA DELIMITAÇÃO DO PEDIDO

Primeiramente, há que se salientar que o autor não se insurgiu na presente ação contra a constatação de sobrepreço feita pelo TCU, nem mesmo impugnou os critérios de cálculos utilizados pelo TCU para apurar o valor do débito.

As argumentações do autor são no sentido de que a multa aplicada não é devida, já que ao seu ver não pode ser responsabilizado pela ocorrência do dano em razão: 1) de ter sido induzido em erro pela empresa supervisora da alteração havida no projeto básico; 2) do preço indicado pelo DNIT para os serviços de conformação mecânica de taludes ser muito próximo àquele contemplado na revisão; 3) de que não era dado ao autor questionar o mérito da modificação que lhe foi apresentada pelas instâncias técnicas competentes do DNER/DNIT, a partir de uma proposta elaborada pela empresa supervisora dos mesmos serviços, mormente a distância geográfica e institucional de um Diretor de Engenharia lotado em Brasília (DF) e o local de execução dos serviços de pavimentação; 4) do acórdão do TCU revelar uma nítida intromissão no mérito dos atos administrativos então praticados pela autarquia federal que, antes mesmo que o autor tomasse conhecimento da revisão do projeto básico em fase de obras, haviam concluído pela oportunidade e pela conveniência das alterações propostas.

Dessa maneira, caso fique constatado que era possível ao TCU imputar tal multa ao autor, não será possível, neste processo, discutir o valor desse débito.

DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS VALORES PELO TCU

Da leitura dos votos proferidos no processo TC nº 020.559/2004-5, a condenação se assentou em duas premissas: a existência de erros grosseiros no projeto inicial, os quais eram passíveis de ser detectados desde logo pelas empresas licitantes; a ocorrência de sobrepreço em relação aos serviços que tiveram seus quantitativos majorados em razão da alteração do projeto básico, beneficiando a empresa executora, caracterizando a responsabilidade do agente que aprovou a revisão com itens com preços acima dos de mercado, agravados pela alteração que promoveu o aumento dos quantitativos com sobrepreço, independentemente do dolo do agente. O autor foi condenado ao pagamento de multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

Conforme vasta jurisprudência do TCU, uma vez verificado o sobrepreço de itens de um dado contrato administrativo, é dever da Administração repactuar os valores contratados de maneira a torná-los compatíveis com os serviços executados. Confirmam-se, a título de exemplo, os julgados AC 3300-54/11, DC 0680-33/00. No caso de o contrato já ter se findado, a solução preconizada pelo tribunal é a abertura de processo de tomada de contas especial (AC 3134-46/10 e AC 0053-02/07-2), tal qual ocorreu no caso em apreço.

Por oportuno, transcrevo trecho do acórdão AC .2557-36/13:

*"16. Com efeito, ao passo que nesse tipo de contratação a regra é a observância, estrita, do que fora pactuado – **pacta sund servanda** –, na Administração tal princípio é mitigado em função, essencialmente, da supremacia do interesse público, o que permite, **verbi gratia**, a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e, ainda, a retenção de valores quando da ocorrência de atos apontados por este Tribunal como potenciais causadores de dano ao erário.*

17. Impende esclarecer, ademais, que a recorrente, ao aceitar, de livre e espontânea vontade, contratar com o Poder Público um empreendimento da magnitude do que ora se analisa sem a existência de um projeto executivo tal qual definido no art. 6º, inciso X, da Lei de Licitações, assumiu o risco de arcar com as consequências de tal fato, dentre o qual se destaca a expedição da medida cautelar que questiona nesta oportunidade."

Como se pode perceber, o fundamento para a glosa dos valores pagos a maior é o interesse público, que atribui características peculiares ao contrato administrativo. Nessa esteira, a supremacia do interesse público,

princípio que rege todo o direito administrativo, não permite que a Administração seja prejudicada em razão de proposta incompatível com os valores usualmente praticados. A própria finalidade do processo licitatório permite concluir pela impossibilidade de a Administração pagar valores exorbitantes por um determinado serviço ou bem. Por isso, eventual dano causado ao patrimônio público em decorrência de sobrepreço deve ser reparado, independentemente de qualquer outra circunstância.

O sobrepreço dos itens que tiveram seus quantitativos majorados foi apurado tanto pelo TCU, como pelo próprio perito designado por este juízo nos autos 5019047-86.2011.404.7000 e não pode ser afastado nem mesmo diante da alegação da parte autora de que o preço proposto era bastante próximo ao indicado pelo DNER no projeto básico, conforme já visto acima. Admitir que toda a proposta que seja próxima aos valores apresentados pela Administração não implica sobrepreço pode levar a situações absurdas.

Tomemos hipoteticamente como exemplo uma licitação para o fornecimento de um veículo popular. A Administração, no caso, atribui o valor de R\$ 100.000,00 para ele. Três empresas participam da licitação, sendo que a vencedora fez a proposta de fornecimento pelo valor de R\$ 90.000,00. Nesse caso extremo, poder-se-ia dizer que não houve sobrepreço unicamente porque o valor proposto foi inferior ao da Administração? Seria possível alegar o princípio da obrigatoriedade dos contratos? Por certo que a resposta para ambas as perguntas é negativa, sob pena de se abrir caminho para inúmeras condutas causadoras de dano.

Note-se que a situação fica ainda mais flagrante quando os quantitativos dos itens com sobrepreço são aumentados após revisão contratual.

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

O autor foi responsabilizado por dano ao erário decorrente da aprovação da revisão do contrato com itens com preços acima dos de mercado, agravados pela alteração que promoveu o aumento dos quantitativos com sobrepreço, independentemente do dolo do agente. O TCU considerou que a legislação é clara quanto à responsabilização do agente pelos atos que pratica, e que praticar atos administrativos, aprovar projetos e resultados de licitação, bem como revisões de projeto (em que conste itens com sobrepreço que onerarão sobremaneira o contrato) não são mera formalidade, pois tais atos são requisitos de validade dos atos, pois implicam despesas para a administração. Registrou-se que o estudo da Natec Planejamento e Serviços Ltda. contribuiu para induzir em erro os gestores do DNIT, porém, não é necessária a comprovação de dolo para fins de condenação no âmbito do Controle Externo a cargo daquela Corte, tendo o autor agido, pelo menos, com culpa na modalidade "negligência".

O TCU com acerto julgou que as dificuldades que as autoridades enfrentam ao, muitas vezes, depender de seus subordinados para lhes prestarem

informações e, após, tomarem decisões, não lhes retira a responsabilidade pelos atos que praticam. Da mesma forma, a distância geográfica e institucional entre o servidor, lotado em Brasília, e o local de execução dos serviços de pavimentação, não exime o autor de sua responsabilidade pela aprovação da alteração em questão.

A responsabilidade do autor, na qualidade de Diretor de Engenharia Rodoviária, decorreu da sua anuência com as alterações de quantitativos sem se preocupar com os seus custos, dando causa aos pagamentos indevidos, deixando de observar o dever de cuidado que lhe era exigido. A aprovação da revisão do projeto não consistiu em mera formalidade, sendo que a chancela do então Diretor decorreu de seu dever funcional de supervisionar e revisar o trabalho de seus subordinados, dever este regimental e hierárquico.

A multa aplicada ao autor encontra fundamento na Lei n.º 8.443/1992:

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

A Lei 8.112/1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, por sua vez, dispõe:

Capítulo IV

Das Responsabilidades

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

...

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Dessa forma, uma vez que ficou constatado o sobrepreço, com prejuízo aos cofres públicos, é cabível a aplicação da multa ao agente responsável, tal qual preconizado pelo acórdão impugnado, o qual não merece reformas, devendo ser mantida a multa aplicada.

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo recurso de apelação desta sentença, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos, notadamente a tempestividade, o que deverá ser verificado pela Secretaria, desde logo recebo precitado recurso, no efeito devolutivo, determinando, por conseguinte a intimação da parte recorrida para manejo de contrarrazões.

Após, remetam-se ao e. TRF/4ª Região, com homenagens de estilo.

Documento eletrônico assinado por **ANA CAROLINA MOROZOWSKI, Juíza Federal Substituta**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700001365012v26** e do código CRC **991eac26**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ANA CAROLINA MOROZOWSKI

Data e Hora: 03/12/2015 16:14:05