

## GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 014.361/2015-9

Natureza: Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Valec Engenharia Construções e Ferrovias S.A.

Responsáveis: Constran S.A. - Construções e Comércio (61.156.568/0001-90); Francisco Elísio Lacerda (036.082.658-05); Jorge Alberto Aun (374.154.178-87); José Roberto Bertoli (612.472.518-53); José Américo Cajado de Azevedo (548.198.066-53); José Francisco das Neves (062.833.301-34); Luiz Carlos Oliveira Machado (222.706.987-20); Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68); Maria Estela Filardi (348.592.927-15); Ulisses Assad (008.266.408-00).

Representação legal: Cyrlston Martins Valentino (23.287/OAB-DF) e outros, representando José Américo Cajado de Azevedo; Edgard Hermelino Leite Junior (49.331/OAB-DF) e outros, representando José Roberto Bertoli, Jorge Alberto Aun e Constran S.A. - Construções e Comércio; Gabriel Miranda Coelho (43.502/OAB-RJ), representando Maria Estela Filardi; Leonardo Lacerda Jube (26.903/OAB-GO), representando Francisco Elísio Lacerda; Eri Rodrigues Varela (1.807/OAB-RN) e outros, representando Ulisses Assad; Najla Saad El Haouli (40.566/OAB-GO), representando José Francisco das Neves; Elísio de Azevedo Freitas (18596/OAB-DF) e outros, representando Luiz Sérgio Nogueira; Silvia Regina Schmitt (58372/OAB-RS) e outros, representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE PREÇOS EXCESSIVOS. CONTRATO 58/209, REFERENTE AO LOTE 2 FERROVIA NORTE-SUL NO ESTADO DE GOIÁS. CITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. IRREGULARIDADES CONFIRMADAS. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL DE UM DOS RESPONSÁVEIS. REVELIA DE OUTROS DOIS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SOLICITAÇÃO DE ARRESTO DE BENS À ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

## RELATÓRIO

Transcrevo inicialmente a instrução inserta à peça 163, de lavra de Sr. auditor da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe):

“I. *INTRODUÇÃO*

1. *Cuidam os autos de Tomada de Contas Especial (TCE) constituída em atendimento ao*

*subitem 9.1.1 do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário em razão do superfaturamento identificado no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A.*

2. *A presente instrução trata da análise das alegações de defesa dos responsáveis decorrente de citação solidária determinadas pelo Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário.*

## II. HISTÓRICO

3. *Foi no bojo do Fiscobras 2008 (TC 021.283/2008-1) que o TCU identificou sobrepreço em vários contratos de construção da Valec, incluindo o Contrato 15/2006, celebrado com a construtora Camargo Corrêa S.A., o que resultou na determinação de retenção cautelar de parte dos valores apontados como sobrepreço em cada lote da Ferrovia Norte-Sul (FNS) que, no caso do lote 2, representava 11,26% dos pagamentos.*

4. *A referida deliberação, adotada por despacho monocrático do Ministro Aroldo Cedraz, relator do processo, foi agravada pela Camargo Corrêa S.A., porém, foi mantida pelo Acórdão 539/2009-Plenário. Em seguida, o contrato 15/2006 foi rescindido amigavelmente pela Valec, sendo sucedido pelo contrato 58/2009, celebrado com fulcro no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, com a segunda colocada na concorrência, nas mesmas condições de preço da licitante vencedora.*

5. *O contrato 58/2009 foi celebrado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A. em 24/12/2009 com valor de R\$ 116.426.598,81 a preços de novembro de 2004. Depois de cinco termos de aditamento contratual, o valor acordado foi elevado para R\$ 145.528.873,21 (data-base novembro de 2004), dos quais R\$ 143.511.780,20 foram efetivamente liquidados e pagos, por meio de 26 medições, representando um percentual de execução financeira de 98,61% (peça 25, 26 e 29). Mesmo assim, os recursos do contrato foram exauridos sem, no entanto, concluir o objeto, uma vez que foram necessárias contratações complementares para conclusão da obra.*

6. *Especificamente quanto ao sobrepreço identificado pelo TCU em 2008, a Valec manteve a retenção cautelar de 11,26 % nos pagamentos feitos no bojo do contrato que substituiu o original. Com isso, a nova construtora também se insurgiu administrativa e judicialmente contra determinação do TCU buscando, por inúmeras vezes, a liberação dos valores retidos pela Valec, mas não logrou êxito no TCU e nem no judiciário.*

7. *A Polícia Federal e o Ministério Público Federal em Goiás (MPF/GO), após tomarem ciência das graves irregularidades apontadas pelo TCU no Fiscobras 2008 (peça 1, p.183, TC 021.283/2008-1), identificaram condutas criminosas e de improbidade nas contratações da Valec. Com isso, entre outras investigações, deflagrou-se a “Operação Tabela Periódica” em 2016 que é desdobramento da “Operação Lavajato” e da “Operação O Recebedor” que investigou cartel, fraude em licitações, corrupção, peculato e lavagem de dinheiro em obras da ferrovia Norte-Sul (<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/deflagrada-operacao-201ctabela-periodica201d-em-goias>).*

8. *No mesmo sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em abril de 2016 apontou a existência de cartel por meio de acordo para divisão de licitações entre as construtoras concorrentes, com fixação de vantagens relacionadas, para frustrar o caráter competitivo das licitações na Valec destinadas a obras em trechos das Ferrovias Norte-Sul e Oeste-Leste. A atuação do cartel deu-se entre o ano 2000 e 2010. Durante esse período, pode ter ocorrido o envolvimento de 37 empresas.*

9. *Especificamente sobre o envolvimento da Constran (empresa do grupo UTC) no cartel, o histórico de conduta (peças 32-35) que acompanha o acordo de leniência no CADE demonstra a participação efetiva da construtora e de seu representante no cartel na chamada fase de consolidação*

do cartel e na fase de ampliação do cartel nos trechos goianos de construção da Ferrovia Norte-Sul que integra o edital de concorrência 8/2004 e o contrato 58/2009 que é objeto da presente TCE.

10. Nesse contexto, em 2016 o TCU recebeu do MPF/GO o produto dos acordos de colaboração trazidos na denúncia do MPF recebida pela Justiça Federal (peça 31). Em razão desse acordo, gestores da Camargo Correa confessaram a prática de cartel, corrupção, lavagem de dinheiro e crimes de licitação, além de se comprometerem a restituir os danos aos cofres públicos. A Camargo Correa entregou provas documentais e testemunhais contra as demais empreiteiras integrantes do esquema ilícito, bem como contra o ex-presidente da Valec, José Francisco das Neves. Os mesmos atos de conluio e de corrupção nas contratações da Valec também constam na leniência da Andrade Gutierrez com o MPF e na leniência da Odebrecht com o MPF.

11. Em 26/7/2017, o Tribunal proferiu o Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário que determinou, entre outras providências, a citação solidária pelo superfaturamento dos responsáveis que agiram com culpa cumulado com a decretação cautelar de indisponibilidade daqueles que agiram com dolo:

<b>Responsáveis</b>	<b>Processo de indisponibilidade</b>	<b>Alegações de defesa (peça)</b>
José Francisco das Neves	TC 021.532/2017-6	Não apresentou
Luiz Sergio Nogueira	TC 021.533/2017-2	136
Ulisses Assad	TC 021.534/2017-9	Não apresentou
José Américo Cajado Azevedo	-	161
Francisco Elisio Lacerda	-	119
Luiz Carlos Oliveira Machado	-	132
Maria Estela Filardi	-	121
Jorge Alberto Aun	-	138, p.25
José Roberto Bertolli	-	138, p.25
Constran S.A.	TC 021.536/2017-1	138

\* a conduta, o nexa e a culpabilidade encontram-se detalhados na matriz de responsabilização (peça 36).

12. Em agosto de 2017 a AGU foi notificada pelo TCU para formular pedido na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo (1069420-76.2017.8.26.0100) em cumprimento à determinação contida no subitem 9.6 do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário com vistas a salvaguardar medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran S.A. Construção e Comércio (peça 66).

13. Exauridos os supracitados expedientes entre setembro de 2017 e junho de 2018 retornou o presente processo de TCE para instrução de mérito que tem tratamento prioritário no Tribunal desde a instauração até o julgamento por força do art. 13 da Decisão Normativa TCU n. 155 de 23 de novembro de 2016.

### **III. EXAME TÉCNICO**

14. Nesse tópico será realizada a análise das alegações de defesa organizada por responsável. Além disso, ao final será analisada a oitiva da Valec sobre eventuais valores retidos por força de determinação cautelar do TCU.

### III.1. José Francisco das Neves (não apresentou alegações de defesa)

15. O responsável foi instado a se manifestar pela conduta de participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004 da Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004) no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., infringindo o art. 3º, 25 §2º e 26 da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade (peças 47, 64, 80, 82, 94, 102, 106, 125, 135).

16. Mesmo após ter sido deferido prazo adicional para envio da manifestação, o ex-dirigente da Valec não encaminhou suas alegações exaurindo o feito na forma do §4º, do art. 179, do RITCU (peça 102, 112 e 125).

17. Com isso, cabe registrar que jurisprudência do TCU sinaliza que a ausência de elementos de defesa do responsável não dispensa a análise das provas nos processos de controle externo. Com isso, ao contrário do que ocorre no âmbito civil, a revelia do responsável não gera a presunção de veracidade dos fatos a ele imputados, devendo, eventual condenação, estar embasada em provas que caracterizem e comprovem a conduta irregular. Segue-se, portanto, a análise dos fatos e das provas no presente processo de tomada de contas especial.

#### Análise

18. Inicialmente atrela-se a conduta dolosa e o nexo de causalidade do responsável José Francisco das Neves (peça 36) ao prejuízo gerado pelo superfaturamento decorrente da planilha do edital 8/2004. Tal responsabilização é oriunda da cognição decorrente de acordos penais que comprovam o dolo na conduta do ex-presidente da estatal (peça 31-35); e decorrem da culpa **in vigilando** ou **in elegendo**, exigindo-se de um dirigente-médio o dever de nomear seus subordinados e de supervisionar suas atividades de modo adequado (peça 23 e 40).

19. Posteriormente, o Ministro Relator trouxe no Voto condutor do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário o papel central que teve o ex-dirigente no processo de dispensa de licitação que deu origem ao contrato 58/2009:

33. De todo o exposto, verifico que o Sr. José Francisco das Neves teve papel central não apenas na Concorrência 8/2004, mas também no processo de dispensa de licitação que originou o Contrato 58/2009. A Lei 8.666/1993, em seu art. 26, prevê que as dispensas de licitação devem necessariamente ser justificadas e deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Por sua vez, o art. 25, §2º, do mesmo diploma legal dispõe que, em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública tanto o fornecedor ou o prestador de serviços como o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

34. Assim, o ato de ratificação da dispensa de licitação que resultou no Contrato 58/2009 também deve ser trazido como fundamento para a citação do Sr. José Francisco das Neves

(...)

40. O último trecho é um indício de que as rescisões contratuais promovidas pela Valec, dentre elas a do Contrato 15/2006, foram uma forma de burlar as retenções cautelares determinadas pelo TCU. Friso que tais atos contaram com a participação pessoal e direta do responsável, que recentemente foi condenado pela 11ª Vara Federal pelos crimes de associação criminosa e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores na ação penal nº 18.114-41.2013.4.01.3500 (Operação “O Trem Pagador”) (grifou-se).

20. Diante do supracitado contexto de conduta dolosa, foi adotado pelo TCU medida cautelar de constrição de bens não financeiros que tramita sob processo apartado. Tudo isso, com vistas a

resguardar o resultado útil do processo de TCE no caso de eventual condenação do responsável em débito.

21. Verificou-se assim que além de participar de atos de conluio e de corrupção no âmbito da concorrência 8/2004, a dispensa de licitação também foi engendrada pelo ex-presidente da estatal, infringindo-se o disposto no §2º do art. 25 e art. 26 da Lei de Licitações dando condições para que a planilha com sobrepreço oriunda da licitação 8/2004 continuasse a causar prejuízo quando das liquidações no contrato 58/2009 (superfaturamento).

22. Com tudo isso, propõe-se a condenação solidária no débito por sua conduta dolosa, considerar grave a infração cometida e inabilitar para o exercício de cargo ou função com fulcro no art. 60 da Lei 8443/1992, além da aplicação de multa proporcional ao prejuízo causado ao Erário prevista no art. 57 da Lei 8443/1992.

### **III.2. Ulisses Assad (não apresentou alegações de defesa)**

23. O responsável foi instado a se manifestar pela conduta de aprovar a planilha e participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004 da Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004) no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., infringindo o art. 3º, o art. 6º, inciso IX, alínea “f” e art. 47 da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade (peças 49, 81 e 116).

24. Mesmo após ter comparecido aos autos por intermédio de sua assessoria jurídica para apresentação da defesa, o ex-dirigente da Valec não encaminhou suas alegações exaurindo o feito na forma do §4º, do art. 179, do RITCU (peça 116).

25. Dessa forma, cabe registrar que jurisprudência do TCU sinaliza que a ausência de elementos de defesa do responsável não dispensa a análise das provas nos processos de controle externo. Com isso, ao contrário do que ocorre no âmbito civil, a revelia do responsável não gera a presunção de veracidade dos fatos a ele imputados, devendo, eventual condenação, estar embasada em provas que caracterizem e comprovem a conduta irregular. Segue-se, portanto, a análise dos fatos e das provas no presente processo de tomada de contas especial.

### **Análise**

26. Relaciona-se a conduta dolosa e o nexo de causalidade do responsável Ulisses Assad ao prejuízo gerado pelo superfaturamento decorrente da planilha do edital 8/2004 (peça 36). Dessa forma, a responsabilização do ex-dirigente advém da cognição decorrente de acordos penais que comprovam o dolo do ex-diretor de engenharia da estatal (peça 31-35), da comprovação de culpa decorrente de aprovação do orçamento (peça 23, p.16), da comprovação de culpa por disposição regimental, e da comprovação de culpa decorrente de atos que restringiram a competitividade no certame e ocasionaram prejuízo ao Erário conforme se verifica no Acórdão 2.447/2014-Plenário:

9.4 com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, aplicar multa ao Sr. Ulisses Assad, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, em razão de sua responsabilidade pelas seguintes irregularidades:

9.4.1 restrição ao caráter competitivo da Concorrência 8/2004, ante a exigência indevida de atestado de fornecimento de dormentes monoblocos de concreto com bitola >= 1,00m e a vedação injustificada à participação de empresas em consórcio;

9.4.2 ausência de anotação de responsabilidade técnica do projeto básico relativo à execução de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias e obras de arte especiais no lote 4 da

*Ferrovias Norte-Sul, infringindo o art. 1º da Lei 6.496/77 (grifou-se);*

27. *Desse modo, o prejuízo causado pelas condutas dolosas e culposas do ex-dirigente da Valec produziram efeitos ao longo do tempo, ou seja, o prejuízo ocorreu em cada medição durante toda a vigência do contrato 15/2006 (TC 004.058/2015-1) e durante toda a vigência do contrato 58/2009 celebrado com a Constran. Numa analogia ao direito penal a aprovação do orçamento e a participação nos atos de conluio e corrupção na concorrência 8/2004 classifica-se como crime instantâneo de efeitos permanentes, ou seja, aquele cujos efeitos subsistem após a consumação, independentemente da vontade do agente ou da sua permanência no cargo na estatal.*

28. *Antes o exposto, propõe-se a condenação solidária no débito por sua conduta dolosa, considerar grave a infração cometida e inabilitar para o exercício de cargo ou função com fulcro no art. 60 da Lei 8443/1992, além da aplicação de multa proporcional ao prejuízo causado ao Erário prevista no art. 57 da Lei 8443/1992.*

### **III.3. Luiz Sergio Nogueira (alegações de defesa – peça 136)**

29. *O responsável manifestou-se pela conduta de participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004 da Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004) no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., infringindo o art. 3º da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade.*

30. *Na primeira linha de defesa o responsável alegou que o ressarcimento do débito deve se pautar em meios confiáveis e que não poderia ter sido feito mediante estimativa de parâmetros rodoviários. Citou o art. 210 do RITCU alegando que a utilização da metodologia rodoviária não poderia se aplicar às obras ferroviárias por haver discrepância.*

31. *Criticou a metodologia de apuração de superfaturamento adotada pelo TCU ser por estimativa ou verificação, quando o RITCU exigiria exatidão do valor real devido. Além disso, pinçou jurisprudência que arquivou tomada de contas especial por inobservância dos requisitos estabelecidos no art. 210, §1º do RITCU (Acórdão 1.582/2007-1ª-Camara).*

32. *Numa segunda linha de defesa o responsável trouxe trechos do voto revisor do Acórdão 835/2015-TCU-Plenário no intuito de demonstrar que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal não deve levar o TCU a responsabilizar todo e qualquer agente independentemente de benefício direto ou prévia relação jurídica com o Estado. Conclui que são as empresas contratadas (e não seus empregados) é que devem figurar como responsáveis pelo débito apurado pelo Tribunal ao lado dos agentes públicos envolvidos.*

33. *Acrescentou ainda citando o mesmo julgado que o Relator Ministro Bruno Dantas distinguiu a responsabilização penal na qual os empregados da pessoa jurídica podem figurar como parte no processo penal, enquanto no processo administrativo de controle externo do TCU a jurisdição alcançaria apenas os sócios da empresa.*

34. *Na mesma linha argumentativa da não responsabilização de empregados da empresa (ainda se referindo ao Acórdão 835/2015-TCU-Plenário) citou o Ministro Vital do Rêgo na sua declaração de voto proferida no mesmo **decisum** que deixou assente que o TCU está adstrito a controlar aqueles que possuem vínculo com a administração pública federal e que somente em casos bem delineados no ordenamento jurídico poderia o Tribunal transpassar este limite a fim de atingir o particular.*

35. *Cita ainda julgado do STF em sede de mandado de segurança contra ato do TCU que determinou a empresa subsidiária do Banco do Brasil S.A. a instauração de TCE decorrente de*

*operações realizadas em mercado futuro de ações. No caso concreto o TCU foi vencido sob a justificativa de que não teria competência para julgar as contas dos administradores de entidades de direito privado (MS n. 23875, Relator Min. Carlos Velloso, 7/3/2003). Termina alegando que a comungar de entendimento diverso seria conspurcar a competência constitucional do Ministério Público que possui atribuição constitucional de promover o inquérito civil público e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, além dos interesses difusos e coletivos.*

36. *Por fim, alega que não foi o executor e nem o responsável pela proposta financeira do contrato superfaturado, pois esse papel cabia a Ricardo Pellegrini na condição de diretor de obras da Constran. Conclui que era tão somente um representante da empresa em Brasília não tendo qualquer envolvimento com execução, medição, faturamento da obra ou, ainda, qualquer espécie de poder decisório. Também alega que foi readmitido pela empresa em 1/6/2006 como engenheiro e que não houve qualquer espécie de locupletamento com os desvios que a ele vem sendo imputados.*

37. *Dessa maneira pede o afastamento das condutas impróprias atribuídas e o acolhimento das suas alegações.*

### **Análise**

38. *Em síntese os argumentos da defesa de Luiz Sergio abordam a hipótese de inexatidão do débito apurado decorrente da impossibilidade de utilização de parâmetros rodoviários e impossibilidade de responsabilização pelo fato de a jurisdição do TCU não alcançar empregados de entidades de direito privado.*

39. *Sobre a inexatidão da metodologia de apuração do débito preconizado pelo §1º do art. 210 do RITCU refuta-se o argumento da imprecisão, uma vez que o referido dispositivo regimental prescreve que a apuração do superfaturamento seja feita por estimativa. Desse modo, o método clássico de estimativa adotado pelas unidades técnicas do TCU é a comparação de preços unitários de cada serviço da planilha com os preços de referência paradigma de mercado, que no caso concreto são os preços do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro). Diante do somatório dessas diferenças de preço na mesma data base é obtido o montante superfaturado que representa o débito, ou seja, o ônus ilegal imputado à Administração pelo pagamento de serviços com preços superiores aos preços de mercado.*

40. *É preciso reforçar que o cotejamento de preços foi feito de forma analítica adentrando-se a composição unitária de cada serviço alcançando-se 89,6% de representatividade financeira do contrato. Esse é o teor das planilhas que compõe a memória de cálculo do superfaturamento no contrato objeto da presente TCE (peça 30).*

41. *Ademais, a discussão jurídica a respeito da impossibilidade de utilização de parâmetros rodoviários (leia-se Sicro) como referencial para apuração de prejuízos ao Erário já foi exaurida pelo Plenário do TCU em diversos processos de fiscalização envolvendo desvios na Ferrovia Norte-Sul e a aplicabilidade do Sicro como referencial de preços de mercado conforme se depreende do próprio relatório que acompanha do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário:*

*13. Quanto às deliberações do TCU em auditoria de obras ferroviárias, verifica-se pacificação dos critérios para apuração de superfaturamento de preços por meio dos Acórdãos do Plenário do TCU 2.143/2008, 2.843/2008, 593/2009, 462/2010 e 1910/2012, uniformizando-se a jurisprudência, entre outros pontos, quanto a utilização do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) como referência de mercado, com adoção integral dos preceitos, critérios e métodos constantes no Manual de Custos Rodoviários, para serviços de terraplenagem, drenagem, obras-de-arte correntes e especiais, obras complementares, proteção vegetal e demais serviços de infraestrutura ferroviária. Posteriormente o TCU referendou essas premissas por meio do Acórdão 2.447/2014-TCU-Plenário e do Acórdão 1.498/2015-Plenário.*

(...)

24. Especificamente quanto aos critérios para apuração do superfaturamento por preço no Contrato 58/2009 ressalte-se que as unidades técnicas do TCU já se manifestaram sobre esse assunto em diversas oportunidades de contraditório. Com esse debate pretérito o Tribunal pacificou a metodologia de análise de preços de obras ferroviárias por meio do Acórdão 462/2010-TCU-Plenário e Acórdão 2447/2014-Plenário.

25. Além disso, quando da instauração da presente TCE o Plenário do TCU referendou, por meio do Acórdão 1.498/2015-Plenário, os critérios utilizados pelo TCU para apuração do superfaturamento em ferrovias, sendo realizado extenso debate processual com as construtoras da Ferrovia Norte-Sul em Goiás no âmbito do TC 021.283/2008-1 e TC 011.287/2010-1, entre elas a empresa Constran S.A., especialmente no que se refere a BDI, aplicação do SICRO, retenção de pagamentos e custos diretos (ver relatório do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário).

42. Quanto a alegada impossibilidade de responsabilização pelo fato de a jurisdição do TCU não alcançar administradores de entidades de direito privado, cabe ressaltar que ao responsável foi imputada a responsabilidade solidária “do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado” (alínea “b” do §2º do art. 16 da Lei Orgânica do TCU - Lei 8.443/1992).

43. Importante registrar que a responsabilidade do dirigente da Constran decorre do próprio texto constitucional que não faz qualquer distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de solidariedade no débito, bastando-se que tenha dado causa a irregularidade que resulte prejuízo ao erário (parágrafo único do art. 70 c/c parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal). Nesse sentido, a jurisprudência do TCU tem avançado no sentido de responsabilizar aqueles que agiram com dolo comprovado no processo. Esse é o caso, entre outros, dos Acórdãos do Plenário: 2.109/2016, 2.428/2016, 1.083/2017.

44. Dessa forma vem sendo responsabilizado pelo TCU os agentes envolvidos em condutas ilícitas extraídas de provas documentais públicas. Apesar de a defesa não se manifestar sobre a conduta delituosa de seu cliente cabe reproduzir, novamente, o teor dos atos de conluio e de corrupção que envolvem a participação do representante da Constran na fase de consolidação do cartel, entre 2003 e 2007, que foi materializada pelo Sr. Luiz Sérgio Nogueira, conforme transcrição e excerto da do Histórico de Conduta que acompanha a leniência da Camargo Correa no CADE (peça 32, p.32):

56. De acordo com os Signatários, Luiz Sérgio Nogueira foi, durante a conduta, Engenheiro na Constran S.A. Construções e Comércio, participante do cartel na " (III) Fase de consolidação do cartel entre 2003 e 2007" e " (IV) Fase de ampliação do cartel - 2010" da conduta. Ele era representante do **escalão operacional**, cuja participação na conduta consistiu em realizar contato com concorrentes e com eles participar de reuniões para discutir preços e distribuição dos lotes licitados pela Valec, o que está evidenciado, por exemplo nos parágrafos 17, 56, 147, 227, 285, 297 e 305 nas Tabelas 7, 22, 23, 51 e 65 deste Histórico da Conduta.”

45. Por fim, registre-se que a participação do representante da Constran no cartel também consta nos acordos de colaboração firmados por executivos da Camargo Correa (João Ricardo Auler), da Andrade Gutierrez (Rodrigo Lopes) e da Odebrecht (Pedro Augusto Carneiro Leão Neto) com o MPF.

46. Com tudo isso, rejeita-se as alegações de defesa do responsável, oportunidade em que se propõe a condenação solidária no débito por sua conduta dolosa, considerar grave a infração cometida e inabilitar para o exercício de cargo ou função com fulcro no art. 60 da Lei 8443/1992, além da aplicação de multa proporcional ao prejuízo causado ao Erário prevista no art. 57 da Lei 8443/1992.

#### **III.4. José Américo Cajado Azevedo (alegações de defesa – peça 161)**

47. O responsável foi citado por elaborar a planilha orçamentária da Concorrência 8/2004 da



Valec que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004) no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., infringindo o art. 3º, o art. 6º, inciso IX, alínea “f” e o art. 43, inciso IV da Lei 8.666/1993, além de infringir o princípio da economicidade.

48. Inicia sua defesa alegando ilegitimidade passiva e ausência de culpabilidade atacando a matriz de responsabilização da unidade técnica (peça 36) no sentido de que a elaboração de planilha não deveria ser objeto da presente TCE por se referir a um contrato 58/2009 e o vínculo do responsável com a Valec teria se encerrado em 16/2/2005 de modo que o responsável não atuou na rescisão do contrato 15/2006 e nem na formalização do contrato 58/2009. Conclui o raciocínio dizendo que a elaboração da planilha orçamentária da licitação 8/2004 não guardaria relação com o objeto da presente TCE, qual seja o contrato 58/2009. Termina inferindo que eventuais vícios e responsabilidades na elaboração de planilha devem ser objeto de tomada de contas especial específica e que, por isso, não poderia o responsável compor o rol do presente processo.

49. Também cita que se deve aguardar o julgamento da TCE de outro contrato da FNS, referente a outra empresa construtora em curso em outra unidade do TCU sob. TC 011.226/2010-2, onde estaria sendo discutido a responsabilidade do mesmo gestor público por elaborar a planilha orçamentária da licitação que causou superfaturamento. Cita ainda que aguardar o julgamento daquele processo seria imperioso para resguardar segurança jurídica neste processo.

50. Acrescenta que da consulta dos documentos licitatórios que contém a planilha orçamentária do contrato 58/2009, não existiriam elementos que demonstram a participação direta ou indireta do defendente, quer na elaboração da planilha ou na aprovação. Registra ainda que a aprovação seria de responsabilidade do Diretor de Engenharia da Valec.

51. No que se refere a sua culpabilidade “considerando o ambiente de conluio e de corrupção trazido na leniência do CADE e na denúncia do MPF/GO não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável”, defende o ex-dirigente da Valec que a presunção de boa-fé é um princípio geral do direito e encontra fundamento da jurisprudência do STJ. Reitera a sua conclusão no sentido de que se a premissa de participação do responsável se baseia na denúncia do MPF/GO ou a leniência do CADE, então não persistiria a culpabilidade apontada pela unidade técnica. Defende, ao final, que, por não ser citado pelo CADE ou pelo MPF/GO não poderia ter sido incluído no rol de responsáveis do presente processo.

52. Continua sua defesa à luz do histórico de conduta do CADE no sentido de que o conluio na Valec, teria sido iniciado antes de 2000, portanto antes do ingresso do ex-Superintendente na Valec, e que na fase de consolidação desse cartel que durou até 2007, já teria saído da Valec em 2005. Termina alegando que, na fase de ampliação do cartel, já nem estaria mais na estatal.

53. No mérito, alega que não participou da elaboração de planilhas, alega impossibilidade fática de participação do ex-superintendente, alega corporativismo dos empregados da Valec e ataca o memorando oriundo da unidade da Valec no Rio de Janeiro (peça 27) que indica o seu nome como responsável por elaborar as planilhas na Valec que ocasionaram superfaturamento.

54. Na sua argumentação traz a definição de projeto básico da Lei de Licitações e infere que o orçamento detalhado (inciso IX, alínea “f” do art. 6º da Lei de Licitações) é parte indissociável do projeto de modo que só pode ser elaborado em conjunto com esse.

55. A defesa traz as competências da Superintendência de Projetos (Supro) e destaca que “realizar, analisar e submeter à aprovação da Diretoria Executiva os estudos e projeto básico e executivo” e conclui que a responsabilidade de realizar os estudos e o projeto básico de todas as licitações é da Supro, não sendo competência da Superintendência de Construção (Sucon) realizar atividades relacionadas a planejamento.

56. *Registra, ainda, que apesar de o Regimento Interno da Valec trazer a competência da Superintendência de Construção (Sucon) de realizar a orçamentação, na prática esta era feita na Superintendência de Projetos (Supro). Cita o Superintendente de Projetos da época que foi arrolado em determinada comissão de sindicância na CGU concluindo que a elaboração do orçamento era atribuída a Jorge Antônio Mesquita Pereira de Almeida.*

57. *Em sua argumentação insiste que, na prática, a competência de atuar na fase de planejamento (e orçamentação) seria da Supro informando que a competência regimental para trabalhar com orçamentação teria sido corrigida no novo regimento da Valec que é de 2017.*

58. *Em seguida a defesa do responsável narra o passo a passo dos 8 dias da fase interna da licitação (peça 23) que gerou o contrato superfaturado procurando demonstrar a impossibilidade fática de ter participado da orçamentação na condição de superintendente de construção e informa que o Diretor de Engenharia Ulisses Assad teria avocado para si toda a atribuição prévia à contratação.*

59. *Por fim, apresenta a portaria de substituto eventual (peça 161, p.27) e alega que estava ausente no período da licitação cuidando de tratamento de saúde de membro da sua família. Conclui que, por esse motivo, o processo licitatório não teria qualquer manifestação sua.*

60. *Critica a uniformidade de defesa de outros dirigentes da Valec em outros processos de sindicância que informaram em depoimento que a elaboração da planilha orçamentária não seria de responsabilidade da Supro, mas de responsabilidade da Sucon. Critica o corporativismo dos empregados de carreira da estatal.*

61. *Quanto ao Memorando 98/2015/IMB/Gerente/RJ (peça 27, p.3) que indica a sua responsabilidade pela elaboração da planilha orçamentária do contrato superfaturado, alega a defesa que a elaboração, análise e acompanhamento dos preços unitários e orçamentos eram realizados sob coordenação, orientação e supervisão do Diretor de Engenharia Ulisses Assad. Além disso, registra que o referido documento não identifica a autoria e conclui dizendo que o responsável não estaria na Valec no período que antecedeu o início e condução da licitação 8/2004. Por essas razões, o responsável tece críticas de que lhe teria sido presumidamente atribuída a responsabilidade pela elaboração da planilha.*

62. *Por fim, alega que o citado memorando informaria no seu teor que os processos administrativos nos quais possam haver a identificação do responsável pela planilha teriam sido encaminhados para a Valec em Brasília e, portanto, deveriam ser solicitados para encontrar a responsabilidade de José Américo.*

63. *Conclui pedindo a nulidade de processos anteriores, ilegitimidade passiva do responsável, afastamento da culpabilidade e suspensão do presente processo até o julgamento do TC 011.226/2010-2. Também pede que seja afastada a sua responsabilidade por elaborar planilhas que antecederam a licitação e requer oitiva de responsáveis, análise de outras licitações e cópia de processos da Valec.*

### **Análise**

64. *Em síntese os argumentos da defesa de José Américo abordam a ilegitimidade passiva no processo, ausência de culpabilidade e que não teria elaborado as planilhas que ocasionaram o superfaturamento no contrato 58/2009 objeto da presente TCE. Passa-se a análise dos argumentos contidos nas alegações de defesa trazidas na peça 161 do presente processo.*

65. *Inicialmente refuta-se o argumento de o ex-Superintendente de Construção ter saído da Valec em 2005 e não ter participado da rescisão do contrato 15/2006-Camargo e nem da celebração do contrato 58/2009-Constran que é objeto da presente TCE. A elaboração da planilha orçamentária, que precedeu a concorrência 8/2004 contribuiu para o dano, pois ao orçamentista foi atribuída*

*conduta culposa que de algum modo concorreu para o cometimento do dano na forma da alínea “b” do §2º do art. 16 da Lei Orgânica do TCU.*

66. *No que se refere a alegada violação ao devido processo legal ressalte-se que é exatamente o presente expediente processual de citação que materializa contraditório em sede de tomada de contas especial oportunizando-se a apresentação das alegações de defesa.*

67. *Quanto ao pedido de se aguardar o julgamento de mérito do processo de TCE referente a outro contrato da Ferrovia Norte-Sul no Estado do Tocantins de relatoria do Ministro Bruno Dantas (TC 011.226/2010-2), ressalte-se que a pretensa vinculação entre os processos não faz sentido, uma vez que o presente processo se relaciona com o superfaturamento no contrato 58/2009 em Goiás, enquanto o processo de TCE citado pela defesa relaciona-se ao contrato 22/2006 em Tocantins e, portanto, relações jurídicas distintas ainda que relacionadas ao mesmo dirigente. Além disso, o presente processo de TCE está em avançado estágio processual (mérito), enquanto o referido processo mencionado pela defesa está em fase preliminar (citação).*

68. *No tocante aos documentos licitatórios que teve a sua fase interna exaurida em apenas 8 dias não se verifica, de fato, a atuação processual do orçamentista da Valec (peça 23). Além disso, conforme demonstrou o próprio responsável essa atribuição teria sido avocada pelo Diretor de Engenharia Ulisses Assad que aprovou o feito no mesmo expediente em que despachou o processo de licitação (peça 23, p.6). Desse modo, forçoso seria colocá-lo em posição de solidariedade com os demais responsáveis no processo.*

69. *Apesar de alegar estar afastado no período, o defendente não comprovou esse fato no processo. Mesmo assim, verifica-se que o seu substituto praticava atos administrativos no seu lugar no período da licitação. É o que se depreende do cotejo do processo de licitação da Concorrência 8/2004 (peça 23, p.6) com a portaria de substituição apresentada pelo defendente (peça 161, p.27).*

70. *Além disso, o argumento de que a responsabilidade por elaborar orçamentos é da Superintendência de Projetos (Supro) faz todo sentido na medida em que o orçamento é parte integrante do projeto de engenharia e, portanto, indissociável do conjunto denominado pela lei de “projeto básico”. Esse esclarecimento foi trazido na defesa do responsável (peça 161, p.20-22) e corroborado pelo novo Regimento Interno da Valec de 2017 que traz a atribuição de elaboração de orçamento pela própria Supro conforme se depreende do teor do art. 55 do documento disponível no endereço*

*<http://www.valec.gov.br/documentos/Regimento%20Interno%20Aprovado%20na%20342%20Reuni%C3%A3o%20CONSAD%20-%202019.10.2017.pdf>*

71. *Quanto à indicação da responsabilidade ser feita pela própria estatal no Memorando 98/2015/IMB/Gerente/RJ, verificou-se a lista de superintendentes no período, mas não se comprovou que de fato foram eles os responsáveis por elaborar o orçamento de obras da Valec (peça 27, p.3). Além disso, a estatal informou nesta mesma oportunidade que só passou a exigir assinatura do responsável pela orçamentação em licitações a partir de 2010 por força do Acórdão 462/2010-TCU-Plenário. Com isso, não foram encontradas nos autos outras evidências que comprovem que as atribuições do cargo estão diretamente relacionados à elaboração de orçamento que concorreu para o superfaturamento por preço no contrato 58/2009.*

72. *Com efeito, é possível que o responsável tenha praticado a conduta que ensejou sua citação (regimento interno e indicação pela Valec), porém, as evidências constantes dos autos não são suficientes para responsabilizá-lo pelo superfaturamento por preço no Contrato 58/2009. Desse modo, como não se pode abrir mão da praxe jurídica de que a dúvida labora em proveito do réu, vislumbra-se que devem ser acolhidas as alegações de José Américo. Cita-se os precedentes constantes do Acórdão 1.887/2011-Plenário e do Acórdão 301/2018-TCU-Plenário.*

73. *Ante o exposto, propõe-se acolher as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José*

*Américo Cajado Azevedo excluindo-o do Rol de Responsáveis dos presentes autos, uma vez que foram suficientes para elidir as irregularidades a ele atribuída. Mesmo assim, a proposta não significa que devam ser julgadas regulares as suas contas.*

**III.5. Francisco Elísio Lacerda (alegações de defesa – peça 119)**

74. *O responsável foi citado por autorizar despesa para o contrato 58/2009 contendo preços acima dos de mercado referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004), infringindo o art. 25 §2º e o art. 26 da Lei 8.666/1993 (peça 51).*

75. *Alega inicialmente a impossibilidade de aferir regularidade e adequação de cada processo administrativo que chegava a sua mesa na condição de diretor administrativo-financeiro da Valec em razão do princípio da segregação de função.*

76. *Em razão deste princípio esclarece que existiria a necessidade de a Administração repartir funções entre os agentes públicos para que não ocorra a prática de atos pela mesma pessoa, a exemplo de atividades como autorização, execução, atesto, aprovação, registro, revisão ou auditoria. Conclui ser impossível a imputação de conduta ímproba por ter somente autorizado o pagamento de fatura que lhe fora apresentado.*

77. *Acrescenta que os atos praticados pelos diversos sujeitos, órgãos e setores inferiores não podem ser detalhadamente aferidos, conferidos ou fiscalizados por ocupantes de cargos importantes como Diretores. Cita ainda a fé pública de empregados subordinados à Diretoria de Engenharia da Valec e que atuou confiando na conduta desses agentes e, por isso, não poderia ser responsabilizado por eventual resultado ofensivo a bem jurídico.*

78. *Em seguida, menciona o Acórdão 413/2013-TCU-Plenário, no qual um gestor público que teria agido amparado por parecer atestando conformidade de preços em contrato com o Sicro teria tido sua responsabilidade excluída de processo. Argumenta que é impossível responsabilizar dirigentes de órgãos e empresas públicas por desvios praticados na cadeia hierárquica dos quais não teria domínio técnico ou que seja alheio as suas atribuições funcionais.*

79. *Termina concluindo que não tinha conhecimento técnico ou atribuição legal para aferir questões de composição de preços e que teria confiado plenamente na documentação que instruíra o processo que o levou a autorizar a despesa para o contrato 58/2009.*

80. *Por fim, pede a exclusão da sua conduta do presente processo de TCE e informa que, se houve desvio de finalidade que culminou em prejuízo ao erário, não teria participado do feito, e que não participou conscientemente e/ou volitivamente sendo induzido a erro por aqueles que instruíram o processo que autorizou a dispensa a licitação para o contrato 58/2009 celebrado com a Constran.*

**Análise**

81. *Em síntese, o gestor da Valec conclui que não pode ser responsabilizado por conta do princípio da segregação de função e que na condição de diretor da estatal não tinha conhecimento técnico e nem atribuição legal para aferir questões de composição de preços, aduzindo que teria agido amparado na documentação que instruíra o processo de contratação por dispensa da Constran que gerou o contrato 58/2009.*

82. *No que se refere ao argumento do princípio da segregação de função para ter excluída a sua responsabilização na tomada de contas especial cabe registrar que não se pode afastar a responsabilidade pelo débito ao diretor administrativo-financeiro em razão do fato de que assunto relacionado a orçamentação seriam de competência da Diretoria de Engenharia, pois ao ex-diretor administrativo-financeiro foi atribuída solidariedade no superfaturamento por concorrer para o dano*

na consoante alínea “a” do §2º do art. 16 da Lei 8443/1992. Nesse sentido foi atribuída a sua pessoa a conduta de autorizar despesa para o contrato que era reconhecidamente superfaturado na forma do §2º do art. 25 c/c o art. 26 da Lei de Licitações:

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, **respondem solidariamente** pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e **o agente público** responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (grifou-se).

83. Vale notar que o responsável em tela tinha ciência do superfaturamento, uma vez que o TCU já havia apontado sobrepreço no contrato quando dos pagamentos efetuados pelo responsável, conforme se demonstrará adiante.

84. Sobre o citado julgado do TCU em que o gestor teria agido amparado por parecer atestando conformidade de preços em contrato com o Sicro registre-se que o número do julgado informado se refere a avaliação de controles internos em hospitais universitários, e não tem relação com o caso em tela.

85. Antes de tratar da falta de conhecimento técnico alegada pelo Diretor Administrativo-Financeiro da Valec que autorizou a despesa para o contrato 58/2009 convém contextualizar a cronologia de fatos que precederam a autorização contida em despacho (peça 40, p.25):

- Em 14/1/2009 o TCU identificou sobrepreço na planilha do contrato 15/2006-Camargo (lote 2 em Goiás) e determinou cautelarmente a retenção de 11,26% dos pagamentos (Acórdão 593/2009-TCU-Plenário) - no ano anterior medida semelhante já havia sido adotada pelo TCU para contratos da Ferrovia Norte-Sul no estado do Tocantins (Acórdão 2143/2008-TCU-Plenário);
- Em 1/4/2009, em sede de agravo, o TCU manteve a decisão de reter os pagamentos feitos à construtora (Acórdão 593/2009-TCU-Plenário);
- Em 22/6/2009 a construtora comunicou a suspensão das obras à Valec (peça 40, p.11);
- Em 28/10/2009 o Presidente da Valec determinou a notificação da empresa acerca da rescisão da avença (peça 40, p.11);
- Em 9/11/2009 foi publicada a rescisão do contrato 15/2006-Camargo (peça 40, p.12);
- Em 17/12/2009 o Diretor Administrativo-Financeiro autoriza despesa em favor da Constran para executar o remanescente de obra infringindo o §2º do art. 25 da Lei de Licitações (peça 40, p.25);
- Em 22/12/2009 a assessoria jurídica da Valec manifesta-se favorável à contratação da Constran por dispensa infringindo o disposto no §2º do art. 25 c/c 26 da Lei de Licitações;
- Em 24/12/2009 é assinado o contrato 58/2009 com a Constran (peça 26);

86. Verifica-se na cronologia dos fatos que era de conhecimento público o sobrepreço identificado pelo TCU nos contratos da Ferrovia Norte-Sul desde janeiro de 2009. Naquela oportunidade a Corte de Contas teve de adotar medidas cautelares de retenção de pagamentos por exigência do Congresso Nacional prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Tudo isso, com vistas a resguardar a apuração em curso do que se transformou, posteriormente, em superfaturamento.

87. Registre-se que o ex-diretor-administrativo da Valec tinha condições de ter ciência do assunto, pois a retenção nos pagamentos foi medida que afetou praticamente todos os contratos da estatal impactando, inclusive, o balanço do Programa de Aceleração de Crescimento entre maio e agosto de 2009 conforme se depreende dos registros extraídos da página 47-48 do link:

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>

88. Além disso constam outros registros de reportagens da época extraídas da internet e que demonstram que o superfaturamento era público e notório do qual não pode o gestor da Valec alegar desconhecimento, independentemente da posição técnica que ocupava na estatal:

<https://conexaoto.com.br/2008/11/24/desvio-na-norte-sul-chegou-a-r-516-milhoes-aponta-tcu>

<http://cesarfernandesvereadordepodio.blogspot.com/2009/08/tcu-reprova-uma-em-cada-tres-obras-no.html#links>

<http://blogdomariofortes.blogspot.com/2009/08/mais-sujeira-no-pac.html>

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>

89. Com toda essa informação pública disponível era de se esperar que o ex-dirigente pudesse ter evitado autorizar despesa infringindo o disposto no §2º do art. 25 e art. 26 da Lei de Licitações dando condições para que a planilha com sobrepreço identificada pelo TCU se transformasse em superfaturamento no contrato 58/2009.

90. Vale destacar que a jurisprudência do TCU traz o entendimento de que o gestor, na função de ordenador de despesa, assim como de acompanhar e fiscalizar a atuação de seus subordinados, não sendo sua assinatura mera formalidade (Acórdãos 635/2017-TCU-Plenário, 3.004/2016-TCU-Plenário, 1.568/2015-TCU-2ª Câmara, 550/2015-TCU-Plenário, entre outros). Ou seja, nos termos do Acórdão 550/2015-TCU-Plenário, ao ordenador de despesas compete verificar todo o processo de dispêndio, com o objetivo de, entre outras medidas, detectar possíveis irregularidades, de modo que a sua assinatura não configura mera formalidade, mas autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos.

91. Dessa maneira, rejeita-se as alegações de defesa da responsável, oportunidade em que se propõe a condenação solidária no débito por sua conduta culposa propondo-se a multa prevista no art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992 (ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário).

### **III.6. Luiz Carlos Oliveira Machado (alegações de defesa – peça 132)**

92. O responsável manifestou-se pela conduta de emitir Nota Técnica 5/2009-Sucon favorável à contratação e encaminhar planilha orçamentária dos serviços remanescentes da construção do lote 2 (Contrato 58/2009) da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004), infringindo o art. 25 §2º e o art. 26 da Lei 8.666/1993 (peça 52).

93. Alega inicialmente que estava no cargo há apenas 17 meses (a partir de 10 de junho de 2008), enquanto as planilhas com sobrepreço referiam-se a concorrências da Valec que ocorreram entre 2004 e 2005.

94. Continua sua própria defesa explicando que a emissão da referida nota técnica foi determinada pela diretoria executiva da estatal em virtude de duas empresas que desistiram da execução de lotes por conta da retenção cautelar nos pagamentos determinada pelo TCU. Além disso, o responsável alega que a demanda da diretoria executiva abrangia a radiografia da situação dos contratos da época com vistas a convidar o segundo colocado na forma prevista pela Lei de Licitações no intuito de se evitar nova licitação e novas demandas judiciais conforme ocorrido em licitações anteriores.

95. Por fim, explica que não tinha a responsabilidade de analisar preços e que os saldos

*contratuais expressos na nota técnica não se referem a preços unitários, mas sim a saldo contratual remanescente. Encerra dizendo que em nenhum momento aconselhou contratação de planilha com sobrepreço, e que a emissão da nota técnica 5/2009 se fez necessária para a meta de concluir a obra no prazo, evitando-se nova licitação consoante orientação superior.*

### **Análise**

96. *Em síntese, argumenta o ex-dirigente que não pode responder pelo preço porque a licitação ocorreu entre 2004 e 2005, enquanto a emissão da referida nota técnica se deu em 2009. Além disso, a produção do documento favorável à contratação do remanescente seria a única maneira de terminar a obra consoante as exigências da diretoria executiva, ou seja, no prazo contratual e sem realizar nova licitação.*

97. *Quanto ao fato de não ser responsável pelo preço por conta de a licitação ter sido feita em 2004 o argumento não pode prosperar, pois ao ex-dirigente foi atribuída solidariedade no superfaturamento por concorrer para o dano na consoante alínea “a” do §2º do art. 16 da Lei 8443/1992. Sendo assim, foi a emissão da nota técnica favorável à contratação do remanescente de obra combinada com o encaminhamento da planilha do lote 2 que contribuiu para a materialização do superfaturamento do contrato 58/2009. Tal conduta concorreu para a ocorrência de dano (em cada medição) durante toda a vigência do contrato 58/2009.*

98. *Em relação ao argumento de emitir a nota para atender a meta da diretoria executiva de concluir a obra no prazo, não se pode acolhê-lo, uma vez que o presente contrato do remanescente de obra foi exaurido em 2012 sem, no entanto, concluir o objeto. Oportunidade em que foram necessárias contratações complementares e mais recurso orçamentário para concluir o mesmo objeto conforme se depreende do noticiário da época (<https://exame.abril.com.br/negocios/valec-licita-obras-complementares-da-ferrovia-norte-sul/>).*

99. *Com toda a informação pública disponível na época, especialmente as medidas cautelares de retenção de pagamentos do TCU que afetaram praticamente todos os contratos de construção da estatal, era de se esperar que o ex-dirigente pudesse ter evitado dar parecer favorável encaminhando planilha com sobrepreço identificado pela Corte de Contas infringindo o disposto no §2º do art. 25 e art. 26 da Lei de Licitações.*

100. *Ante essas considerações, rejeitam-se as alegações de defesa da responsável, oportunidade em que se propõe a condenação solidária no débito por sua conduta culposa propondo-se a multa prevista no art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992 (ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário).*

### **III.7. Maria Estela Filardi (alegações de defesa – peça 121)**

101. *A responsável manifestou-se pela conduta de apor visto no Contrato 58/2009 eivado de vício e ser signatária de exposição de motivos favorável à contratação do remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004), infringindo o art. 25 §2º e o art. 26 da Lei 8.666/1993.*

102. *Inicialmente alega que não se poderia ter atribuído responsabilidade à assessoria que chefiava, pois não exercia tarefas relacionadas a orçamentos, preços e aspectos de engenharia. Também informa que a unidade técnica do TCU não teria inserido o seu nome na matriz de responsabilização (peça 36) e que, portanto, não existiria nexo de causalidade entre suas atribuições e a possibilidade de facilitar irregularidades.*

103. *Quanto ao fato de ter colocado visto no contrato (peça 26) e de se manifestar favorável à contratação de planilha (peça 40, p.38) que resultou em superfaturamento alegou que teria agido por*

demanda da diretoria da Valec em expediente para averiguar se havia óbice para contratação do segundo colocado e emitir juízo sobre necessidade de aprovação prévia do conselho de administração da estatal. Cita ainda que em nenhum momento foi alertada sobre a existência de sobrepreço nos serviços e nem tinha conhecimento técnico para analisar planilhas. Conclui que não foi submetida a sua análise qualquer vício apontado pelo TCU e conclui que se limitou a examinar aspectos legais do contrato.

104. Defende-se da solidariedade no débito mencionando os Acórdãos 386/1995-TCU-2ª-Câmara, 67/2003-TCU-2ª-Câmara e 33/2007-TCU-Plenário; os quais seriam decisões relacionadas à impossibilidade de aplicação de responsabilidade objetiva ao agente pela prática de atos administrativos. Termina concluindo que não se beneficiou dos valores superfaturados e, portanto, não se poderia exigir da sua pessoa reparação solidária juntamente com agentes que eventualmente teriam se beneficiado. Conclui que, como não existiria dolosa ou má-fé, não pode haver responsabilização subjetiva.

### Análise

105. Em síntese, argumenta a ex-assessora jurídica que não seria responsável pela área de preços, que agiu em consulta com escopo distinto para a diretoria da estatal e que a solidariedade no superfaturamento demandaria comprovação de dolo ou má-fé.

106. No que se refere ao argumento de não ter exercido tarefas de orçamentação, preço ou engenharia, a alegação não pode prosperar, pois a conduta da assessora jurídica da Valec infringiu o disposto no §2º do art. 25 e art. 26 da Lei de Licitações, ou seja, esperava-se que a assessoria jurídica tivesse alertado a diretoria da Valec sobre a potencial infração à normal legal decorrente por conta de dispensar contrato superfaturado injustificadamente.

107. Além disso, rechaça-se o argumento de ter respondido a uma consulta da diretoria da Valec especificamente sobre possibilidade de contratação do segundo colocado e necessidade de submeter o processo ao conselho de administração da estatal. Afinal, foi a exposição de motivos n. 5/2009 com conteúdo favorável à contratação que deu condições jurídicas para que as tratativas da dispensa de licitação em contrato com sobrepreço fossem levadas a efeito. Esse é o teor da conclusão do parecer (peça 40, p.38-39):

(...)

Diante do exposto, por se tratar de execução de serviços remanescentes, entendemos desnecessária a aprovação do Contrato 058/09 pelo Conselho de Administração uma vez que o Contrato do qual este se originou (015/06) já foi aprovado por aquele Colegiado, em cumprimento à disposição estatutária, **não havendo, portanto, impedimento para que a Diretoria proceda à aprovação do Contrato a ser firmado entre a Valec e a Constran.**

É o que temos a relatar

Em 22/12/2006 (grifou-se)

108. No que se refere ao desconhecimento do sobrepreço apontado pelo TCU, repete-se a cronologia dos fatos no intuito de demonstrar que em dezembro de 2009 (época da conduta), já era de conhecimento público as irregularidades apontadas pelo Tribunal nos contratos da Ferrovia Norte-Sul, inclusive desde janeiro daquele ano de 2009. Repita-se, mais uma vez, a cronologia dos fatos que precederam a exposição de motivos favorável à contratação:

- Em 14/1/2009 o TCU identificou sobrepreço na planilha do contrato 15/2006-Camargo (lote 2 em Goiás) e determinou cautelarmente a retenção de 11,26% dos pagamentos (Acórdão 593/2009-TCU-Plenário) - no ano anterior medida semelhante já havia sido adotada pelo TCU para contratos da Ferrovia Norte-Sul no estado do Tocantins (Acórdão 2143/2008-TCU-Plenário);



- Em 1/4/2009, em sede de agravo, o TCU manteve a decisão de reter os pagamentos feitos à construtora (Acórdão 593/2009-TCU-Plenário);
- Em 22/6/2009 a construtora comunicou a suspensão das obras à Valec (peça 40, p.11);
- Em 28/10/2009 o Presidente da Valec determinou a notificação da empresa acerca da rescisão da avença (peça 40, p.11);
- Em 9/11/2009 foi publicada a rescisão do contrato 15/2006-Camargo (peça 40, p.12);
- Em 17/12/2009 o Diretor Administrativo-Financeiro autoriza despesa em favor da Constran para executar o remanescente de obra infringindo o §2º do art. 25 da Lei de Licitações (peça 40, p.25);
- Em 22/12/2009 a assessoria jurídica da Valec manifesta-se favorável à contratação da Constran por dispensa infringindo o disposto no §2º do art. 25 c/c 26 da Lei de Licitações (peça 40, p.38);
- Em 24/12/2009 é assinado o contrato 58/2009 com a Constran (peça 26);

109. Assim, da mesma forma que outros dirigentes da Valec na época, a Chefe da Assessoria Jurídica da Valec também tinha condições de ter ciência da grave irregularidade no contrato que estava para ser assinado, pois a retenção nos pagamentos determinadas pelo TCU foi medida que afetou praticamente todos os contratos da estatal naquele ano impactando, inclusive, o balanço do Programa de Aceleração de Crescimento entre maio e agosto de 2009 conforme se depreende dos registros do Governo Federal extraídos da página 47-48 do link: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>

110. Esse é o teor das reportagens veiculadas na época (2009), e que demonstram que o superfaturamento era público e notório do qual não pode a responsável alegar desconhecimento, independentemente da posição técnica que ocupava:

<https://conexaoto.com.br/2008/11/24/desvio-na-norte-sul-chegou-a-r-516-milhoes-aponta-tcu>

<http://cesarfernandesvereadordeposio.blogspot.com/2009/08/tcu-reprova-uma-em-cada-tres-obras-no.html#links>

<http://blogdomariofortes.blogspot.com/2009/08/mais-sujeira-no-pac.html>

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>

111. Não pode prosperar o argumento de a solidariedade ser aplicável apenas nos casos de responsabilidade objetiva caso seja comprovada má-fé ou dolo, pois a responsabilização nos processos no TCU é de natureza subjetiva e também se dá em casos de culpa como no caso em tela. Assunto distinto é a solidariedade pelo superfaturamento por conta de a responsável ter concorrido para o dano nos termos da alínea “a” do §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992. E é nesse sentido que foi atribuída responsabilidade, ou seja, dar parecer favorável e apor visto em contrato reconhecidamente superfaturado na forma do §2º do art. 25 c/c o art. 26 da Lei de Licitações. Esse é o teor do próprio texto do dispositivo violado:

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, **respondem solidariamente** pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o **agente público** responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

112. Ante essas razões, rejeita-se as alegações de defesa da responsável, oportunidade em que se propõe a condenação solidária no débito por sua conduta culposa propondo-se a multa prevista no

art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992 (ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário).

**III.8. Constran S.A., José Alberto Aun e José Roberto Bertoli (alegações de defesa – peça 138)**

113. Os dirigentes manifestaram-se em conjunto com a empresa Constran S.A. pela conduta de assinar o Contrato 58/2009 na condição de diretores da empresa, tendo conhecimento dos atos de corrupção e de conluio referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004), infringindo o art. 3º e o 25 §2º da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade (peça 55 e 56).

114. A empresa manifestou-se em conjunto com os diretores da época pela conduta de se beneficiar de atos de corrupção e de conluio no âmbito do Contrato 58/2009 referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO), pactuado com a empresa Constran Construções e Comércio S.A., que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 29.846.919,48 (data-base novembro de 2004), infringindo o art. 3º e o 25 §2º da Lei 8.666/1993, o art. 37 da Constituição Federal e o princípio da economicidade.

115. *Inicialmente alegam que se deve abater R\$ 20.583.175,50 do montante do superfaturamento apurado os valores decorrentes da retenção cautelar de pagamentos determinadas pelo TCU à Valec. Além disso, citam um valor de R\$ 6.993.430,78 que estaria sendo objeto de disputa judicial em sede de improbidade administrativa na 1ª Vara Federal em Anápolis/GO.*

116. *Em seguida citam julgado do STJ no sentido de informar que não configura duplicidade a coexistência de título executivo extrajudicial (acórdão condenatório do TCU) e sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa que determina o ressarcimento ao erário e se refere ao mesmo fato, desde que seja observada a dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente (REsp n.1.413.674/SE – Primeira Turma – 31/5/2016). Em outras palavras registram os defendentes, consoante julgado do STJ, que podem constituir 2 títulos executivos para o mesmo objeto, desde que se compensem quando da sua execução para evitar duplicidade.*

117. *Critica as premissas adotadas na análise de preço da unidade técnica que se utilizou da sistemática de Sicro 2, a qual não contemplaria composições ferroviárias, considerando que esses são serviços relevantes da apuração do superfaturamento. Conclui que foram utilizadas fontes de preços desconhecidas e que existiria prejuízo na análise da defesa. Em seguida apresenta duas metodologias de apuração e junta análise de consultoria contratada para simulação de orçamentação aplicável para o caso em tela (peça 140, 141 e 142).*

118. *A primeira metodologia proposta pela defesa considera na mesma data-base a média dos preços unitários de 4 outros referenciais: preço unitário do orçamento-base da licitação, preço unitário de estudo de viabilidade da Valec do trecho projetado Goiânia-Brasília, preço unitário da própria defendente (2º colocada no certame) e preço do orçamento de referência da área técnica do TCU.*

119. *A outra metodologia proposta pela defesa é baseada no novo Sicro (2017) que possui serviços ferroviários com ajustes quanto a produção das equipes mecânicas e redução de produtividade devido a interferência das chuvas.*

120. *Encerram a defesa de preços concluindo que a primeira simulação chega a um superfaturamento de R\$ 3.3 milhões (média de referências escolhidas pela defesa) e o outro método chega a R\$ 0,8 milhão (novo Sicro com redução ajustes feitos pela consultoria contratada pela*

defesa).

121. *No que se refere à conduta dos diretores da empresa alega-se que não consta da presente tomada de contas especial, dos acordos de colaboração ou de processos judiciais diversos qualquer prova que induza ou viabilize resultado danoso ocasionado pelos responsáveis. Citam que o Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário registra a conduta dos diretores da Constran apenas na assinatura do contrato 58/2009, e explicam que o fato ocorreu por exigência estatutária.*

122. *Na defesa dos diretores signatários do contrato superfaturado cita o formalismo moderado e a busca da verdade real reproduzindo diversos outros princípios do processo administrativo alegando que a autoridade deve buscar todos os elementos que possam influenciar no seu convencimento, inclusive aqueles que não constam dos autos.*

123. *Ao final, a defesa tece conclusões e pedidos para que: seja suprida a lacuna de informações quanto aos cálculos que levaram a quase R\$ 30 milhões de superfaturamento; sejam consideradas peculiaridades da obra ferroviária nas composições, pois a tabela de referência não são verdades absolutas; cálculos e comparações não prescindam das particularidades do caso concreto, pois os defendentes apresentaram mescla de preços referenciais para não haver escolha arbitrária; os valores encontrados pela defesa são muito discrepantes dos encontrados pela área técnica; caso haja superfaturamento este seria de valor muito menor; Jorge Roberto Aun e José Roberto Bertolli não participaram em qualquer medida das tratativas anteriores ou posteriores aos ajustes que teriam causado as irregularidades em apuração; a conduta dos diretores limitaram-se aos termos contratuais por imposição legal; o único responsável pelo superfaturamento seria o ex-dirigente da empresa Luiz Sérgio Nogueira.*

### **Análise**

124. *Inicialmente, cabe ressaltar que a análise da proposta de abatimento de R\$ 20.583.175,50 (data-base 2010-2012) do montante do superfaturamento apurado neste processo pela unidade técnica R\$ 29.846.919,48 (data-base 2004) será realizada no próximo tópico quando da análise da oitiva da Valec determinada pelo subitem 9.8 do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário para que a estatal enviasse informações atualizadas sobre o montante retido no Contrato 58/2009 decorrente do Acórdão 593/2009-TCU-Plenário. Em suas alegações os defendentes não comprovam os valores retidos, mas a Valec enviou informações específicas sobre a liquidação das despesas no contrato em peça 98.*

125. *Sobre os valores de R\$ 6,9 milhões em curso no judiciário em sede de improbidade administrativa sobre o mesmo objeto registre-se que não se pode fazer nenhum juízo no presente processo de tomada de contas especial também em curso, até porque está assegurado ao eventual devedor a compensação desses valores no caso de coexistência de títulos executivos, conforme jurisprudência citada pela própria defesa. Dessa forma, compete a Advocacia-Geral da União em expediente processual próprio realizar a cobrança (e compensação, se for o caso) da eventual dívida decorrente de débito na forma do art. 23, III, b, da Lei nº 8.443/1992.*

126. *O argumento de que a unidade técnica se utilizou de fonte de preços desconhecida não pode prosperar, pois a peça 30 do processo contém a planilha de preços e as composições referenciais adotadas com a indicação das respectivas fontes. No caso dos serviços de infraestrutura foi adotado o Sicro 2 (concreto, escavação, drenagem etc.). Quanto aos serviços ferroviários (item 8 da planilha: dormentes, socaria, nivelamento, etc.) adotou-se composições da própria Valec, da Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do Dnit (DIF/DNIT) e do Sistema Nacional de Custos de Infraestrutura de Transportes (SINCTRAN) conforme consignado no rodapé de cada planilha de cada serviço calculado.*

127. *No que se refere às metodologias de apuração de superfaturamento propostas pela defesa como a média de outras referências ou a adoção do novo Sicro que entrou em vigor a partir de 2017*

*cabe registrar que não encontra respaldo na jurisprudência e nem nos normativos internos do TCU. Registre-se que a coerência na apuração de sobrepreço ou superfaturamento por parte da unidade técnica não é conveniência ou arbitrariedade, mas sim metodologia de apuração prevista em normativos internos e jurisprudência do Tribunal.*

128. *Especificamente sobre argumentos que discutem premissas de cálculo adotadas pelo TCU como a aplicação do Sicro em obras ferroviárias, redução de produtividades em composição de serviços, etc. faz-se necessário recuperar julgados referentes aos contratos da Ferrovia Norte-Sul, alguns deles relacionados a mesma empresa e assessoria jurídica.*

129. *A adoção do Sicro como paradigma de preços unitários para obras ferroviárias consta do sumário dos Acórdãos 2.843/2008-TCU-Plenário e 462/2010-TCU-Plenário, ambos de Relatoria do Ministro Valmir Campelo:*

*É viável a utilização do SICRO, com adoção integral dos preceitos, critérios e métodos constantes no Manual de Custos Rodoviários, para serviços de terraplenagem, drenagem, obras-de-arte correntes e especiais, sinalização vertical, obras complementares, proteção vegetal e demais serviços de infraestrutura ferroviária.*

130. *Também consta do Voto condutor do Acórdão 2.447/2014-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, alguns pontos pacificados a respeito da metodologia do Sicro e sua relação com as obras ferroviárias:*

*30. O Sicro é um sistema referencial de preços. O percentual do BDI nele contido é obtido a partir de percentuais médios de mercado, empregados em obras rodoviárias e ferroviárias a cargo do Dnit. Trata-se de parâmetro confiável, apto a ser utilizado no cálculo de preços de referência relativos a obras rodoviárias e ferroviárias.*

*31. Impertinente, também, o argumento de que se deveria comparar o custo de cada item de serviço previsto no Sicro com o custo consignado no contrato, sem considerar o BDI. Essa comparação de custos não faz sentido, o que interessa ao Tribunal é comparar preços que, ao final, são aqueles que nos fazem chegar aos valores efetivamente gastos pela administração. É evidente a fragilidade desse argumento, que, se acolhido, permitiria que contratações fossem feitas com preços exorbitantes, por meio da utilização de BDIs inflados, sem que isso caracterizasse sobrepreço, caso os custos dos serviços estivessem compatíveis com aqueles previstos nos sistemas referenciais de preço. Obviamente, isso não é aceitável.*

*32. Destaque-se, conforme apontado pela unidade técnica, que os parâmetros do Sicro, utilizados como referenciais para as contratações realizadas, têm-se revelado conservadores. Em licitações com ampla competitividade, os percentuais de redução de preços têm sido significativos. No caso presente, como já apontado, houve forte restrição à competitividade dos certames, por meio da inserção de cláusulas editalícias indevidas. Dessa forma, o balizamento pelos preços referenciais reveste-se de importância ainda maior.*

131. *Importa registrar ainda argumentos semelhantes da defesa da Constran relacionados a este mesmo contrato que também já foram apreciados pelo Plenário quando do julgado que determinou a instauração da presente tomada de contas especial conforme se verifica em trechos do Acórdão 1.498/2015-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler:*

(...)

#### *1.3.3.3 – Manifestação da empresa a respeito dos custos diretos*

*49. A empresa Constran argumenta que a avaliação da auditoria não abrangeu a totalidade dos itens de serviços contratuais, “e mais gravemente, empregou de modo inadequado os referenciais do SINAPI e do SICRO notadamente inaplicáveis a obras ferroviárias e da complexidade como as ora contratadas”. Dessa forma, salienta que a Constran e a empresa originalmente contratada discordam de forma absoluta da metodologia adotada pela equipe de auditoria.*

*50. Menciona que para demonstrar à correção dos preços contratados face aos de mercado foi*

*elaborado relatório técnico (realizado pela Empresa Camargo Corrêa) – apresentado no TC 021.283/2008-1 e anexado aos seus esclarecimentos. Segundo a empresa Constran, tal estudo corrigiu as considerações empregadas pelo TCU para refletir as reais composições dos preços para cada item analisado. Declara que foram verificados parâmetros inadequados para avaliar os preços do contrato.*

*51. A empresa Constran, com base no estudo da Camargo Corrêa, alega que os preços praticados sob o Contrato 015/06 seriam inferiores aos de mercado, e por consequência, os preços da Constran sob o contrato 58/09 também seriam inferiores aos de mercado. Por seus cálculos, seus preços seriam inferiores em pelo menos 18,98% em relação aos de mercado, o que representaria uma economia de R\$ 11.788.906,30 ao Erário.*

#### *1.3.3.4 – Análise*

*52. Cumpre ressaltar, que a análise do TCU foi realizada em uma amostra representativa dos itens contratuais mais relevantes. Além disso, o Sicro é válido para aferição do preço de mercado de obras ferroviárias como a Ferrovia Norte-Sul, conforme mencionado anteriormente e reforçado a seguir. As alegações apresentadas pela contratada no sentido de que a obra em apreço possui exigências completamente distintas das obras rodoviárias não foram acompanhadas de elementos técnicos que permitissem sua comprovação, pelo contrário, as informações obtidas de outras fontes dão conta da similitude entre ambas.*

*53. Oportuno dizer que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), executor da política de transportes determinada pelo Governo Federal, autarquia vinculada ao Ministério dos Transportes, implantada para desempenhar as funções relativas à construção, manutenção e operação de infraestrutura dos segmentos do Sistema Federal de Viação sob administração direta da União nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário, adota o Sicro como paradigma para obras ferroviárias.*

*54. Nesse sentido, o Dnit, confirmou a este Tribunal a aplicabilidade do Sicro em obras ferroviárias (TC 021.283/2008-1, 990-994, volume 5, principal) como também consignado no voto condutor do Acórdão 2843/2008-TCU-Plenário.*

*Um estudo realizado pela empresa de consultoria Consórcio STE/SISCON (contratada pelo DNIT para assessorar a Diretoria de Infraestrutura Ferroviária/DIF), por meio do trabalho 'CUSTOS UNITÁRIOS PARA IMPLANTAÇÃO DE FERROVIAS VOLUME 1', conclui que é perfeitamente viável a utilização do Sicro, com adoção integral dos preceitos, critérios e métodos constantes no Manual de Custos Rodoviários, tomando-se as tabelas inscritas na página eletrônica do DNIT, com a aplicação da região e data-base específicos a cada projeto. (grifo nosso).*

*55. Ainda cumpre ressaltar que no voto condutor do Acórdão 462/2010-TCU-Plenário, foi manifestado o entendimento de ser perfeitamente viável a adoção dos preceitos do Sicro para avaliar os orçamentos no âmbito da Ferrovia Norte Sul.*

*56. Em relação aos custos diretos, a Constran não acrescentou nenhuma informação nova, apenas aderiu integralmente às razões expostas na defesa apresentada, no bojo do processo TC 021.283/2008-1, pela empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A, antiga contratada do Lote 2, detentora do contrato original 15/06. No entanto, a manifestação da empresa Camargo Corrêa, já foi analisada por esta unidade técnica (TC 021.283/2008-1, peça 19, p. 71-83 e peça 20, p.1-39). Após exame atento, não foi afastada a existência de sobrepreço, pelo contrário, o valor calculado para o contrato original representava o percentual de 19,93% do montante global. Assim, neste exame serão adotados os mesmos preços de referência uma vez que se tratam dos mesmos serviços. Em função de serviços não presentes na ABC inicial, foram formuladas duas composições novas (peça 98), a saber, relativas aos serviços material drenante e lastreamento de brita.*

*57. Tendo em vista a conclusão do contrato, foi elaborada uma nova curva ABC para o contrato 58/2009 (peça 99), empregando-se para isto os quantitativos acumulados expressos na medição final do contrato (peça 100). Como os serviços já foram integralmente medidos, não se trata mais de exame sobre a ocorrência de sobrepreço e sim de superfaturamento. Foi obtida uma amostra de*

88% do contrato, sendo efetivamente analisado o percentual de 80% do valor do contrato. Confrontando os preços do contrato com os referenciais, verificou-se a existência de superfaturamento no montante R\$ 28.586.237,27 (data base de nov. 2004). Tal superfaturamento corresponde ao percentual de 20,09% em relação ao valor global medido do contrato e em relação ao orçamento paradigma, o superfaturamento alcança o percentual de 25,13%.

(...)

### 1.3.3.6 – Conclusão da análise da manifestação da Constran

62. Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as argumentações trazidas pela empresa Constran, pelas razões e fatos ora apresentados e também pelos constantes da análise dos esclarecimentos apresentados em resposta à oitiva da empresa Camargo Correia, detentora do contrato original, empreendida pela unidade técnica na instrução de mérito do processo TC 021.283/2008-1 (peça 19, p. 71-83 e peça 20, p.1-39).

63. Ressalta-se que a documentação apresentada não foi capaz de afastar a ocorrência da irregularidade, pelo contrário, verificou-se que o sobrepreço converteu-se em superfaturamento, alcançando o montante de R\$ 28.586.237,27 (data base de nov. 2004).

64. Observa-se ainda que, segundo informações prestadas pela Valec, encontra-se retido cautelarmente o valor de R\$ 20.583.175,50.

65. Como o valor do superfaturamento estimado é maior que o valor retido, não há mais que se falar em devolução dos valores, persistindo o dano ao erário.

(...)

132. No que se refere a alegada redução de produtividades decorrente de chuvas buscou-se o esclarecimento de Campelo e Jardim extraído do Livro *Obras Públicas: Comentários à Jurisprudência do TCU*, 3ª edição (2014), p.101-106:

#### CHUVAS

As chuvas merecem um capítulo particular. São dezenas de julgados do TCU a tratar da aferição de preços de obras e serviços de engenharia na estação chuvosa.

São contendas concernentes a imputações de débito baseadas em superfaturamentos obtidos pela comparação de preços contratados com os referenciais Sicro/Sinapi. **As alegações de defesa dos responsáveis giram em torno da necessidade de se adaptarem os sistemas de preços para levar em conta as supostas reduções de produtividades nos dias chuvosos.**

(...) nos processos de controle externo são muito comuns pleitos para aplicação de um fator de eficiência mais baixo nas produtividades dos serviços para compensação das horas paradas com chuva. Com uma produtividade dos equipamentos mais baixa, mais horas de máquinas seriam necessárias para executar uma mesma tarefa, o que redundaria em um custo unitário maior. Estaria, aí, compensado o “fator chuva”.

#### **Esse raciocínio tem sido rejeitado pelo TCU.**

Ao aplicar um fator de eficiência maior, admite-se, na prática, em todo o tempo em que os equipamentos permanecerem parados, as máquinas estariam ligadas, a pleno vapor, como motores em alta rotação, o que obviamente foge da realidade. Em verdade, o tempo parado deve, sim, ser considerado, mas em termos de custos improdutivos, não de custos operativos.

(...)

Visto isso, no Acórdão n. 2.061/2008-Plenário, julgou-se não ser pertinente aplicar ao Sicro fatores redutores de produtividade devido às chuvas quando não contrabalançados por outros fatores que o sistema também não considera e que, caso forem sopesados, contribuiriam certamente para a diminuição do preço de uma obra rodoviária (fator de barganha e fator de escala para compra dos insumos, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, etc.)

*Em outras palavras, de acordo com a jurisprudência da Corte de Contas da União, é pacífica a necessidade de adaptar os sistemas de referência de acordo com as particularidades de cada empreendimento. Esse imperativo, entretanto, não deve ser utilizado apenas nos casos em que houver oneração da empreitada. Aplica-se, também, às situações onde couber redução nos preços.*

*No Acórdão n. 534/2003-2ª Câmara, em auditoria realizada no Sicro-2, verificou-se que existiam superestimativas nos preços no sistema Dnit pelas descon siderações do fator de barganha, fatores de escala, fatores de escala e produtividades mais atuais dos equipamentos. Todas essas constatações, se levadas em consideração, mais que compensariam o pequeno aumento nos custos unitários diretos em virtude do “fator chuva”. Logo, a aplicação de um coeficiente que compense as chuvas não deve ser adotada pelo Sicro até que criada metodologia que envolva, também, esses outros fatores que repercutiriam em diminuição nos preços referenciais do sistema.*

*Lembramos que a maior consequência das chuvas nos custos é na administração da obra e na manutenção do canteiro. Como visto, esses custos devem ser propriamente avaliados nos custos diretos do empreendimento, já considerada a pluviometria habitual de onde se pretenda construir. É descabido termo aditivo motivado por chuvas ordinárias que já são previsíveis anteriormente à pactuação que iriam ocorrer. (grifou-se)*

133. *Especificamente sobre as alegações dos dirigentes da Constran de que não constam provas de participação que induzam a resultado danoso é preciso relembrar o teor da conduta incluída pelo Ministro-Relator no Voto condutor do Acórdão citatório 1.601/2017-TCU-Plenário de assinar o Contrato 58/2009 na condição de diretores da empresa, tendo conhecimento dos atos de corrupção e de conluio referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS).*

134. *Desse modo, verifica-se que foi atribuído aos dirigentes da Constran culpa in vigilando ou in eligendo exigindo-se de um dirigente-médio que contrata com a Administração o dever de nomear seus subordinados e de supervisionar suas atividades de modo adequado. Dessa forma, o fato de a conduta de conluio e de corrupção efetivada por empregado da empresa em Brasília não afasta a responsabilidade dos dirigentes na sede em São Paulo. Além disso, a assinatura no contrato e a disposição estatutária citada pela defesa só confirmam a responsabilidade dos administradores, especialmente diante da pública e notória atuação cautelar do Tribunal de Contas da União à época diante do sobrepreço identificado em diversos contratos da Ferrovia Norte Sul, inclusive os que envolvem a empresa Constran.*

135. *O art. 158, inciso II, c/c o art. 158, § 2º, da Lei 6.404/1977, demonstram que os administradores de uma empresa privada são solidariamente responsáveis com a companhia pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres previstos em lei para a operação normal empresarial. Dessa forma, os referidos responsáveis descumpriram seus deveres legais enquanto administradores de uma empresa privada contratada da Administração Pública e concorreram para a consecução do dano ao erário no caso concreto, cabendo sua responsabilização nos termos do art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992.*

136. *Por essas razões, não se pode excluir do polo passivo no débito os dirigentes da empresa na sede da empresa em São Paulo que materializaram, por meio da assinatura no contrato, a representação da pessoa jurídica ao revés da proposta mais vantajosa para a administração, da legalidade, da probidade administrativa e da economicidade. Não se pode esquecer que essas condutas ocorreram em um contexto de conluio e corrupção relatado no histórico de conduta do CADE (peças 32-35).*

137. *Portanto, não cabe acolher as alegações de defesa tendentes a imputar toda a responsabilidade pelo débito exclusivamente ao subordinado da empresa em Brasília na época (Luiz Sérgio Nogueira), também apontado como solidário no débito no presente processo.*

138. *Por essas razões, rejeitam-se as alegações de defesa dos responsáveis (dirigentes),*

*oportunidade em que se propõe a condenação solidária no débito por sua conduta culposa propondo-se a multa prevista no art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992 (ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário). Quanto à empresa será proposto a condenação solidária no débito por sua conduta dolosa, propondo-se a multa proporcional ao dano prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.*

### **III.9. Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (oitiva - peça 98)**

139. *A estatal manifestou-se em sede de oitiva decorrente da determinação contida no subitem 9.8 do Acórdão 1.601/2017-TCU-Plenário com vistas a prestar esclarecimentos sobre: (i) o montante retido no Contrato 58/2009 em valores históricos e atualizados; (ii) o andamento das ações judiciais contra decisão do Tribunal proferida pelo Acórdão 593/2009-TCU-Plenário; e (iii) a forma pela qual a Valec apropriou na sua contabilidade a retenção de pagamentos determinada pelo Tribunal de Contas da União.*

140. *Em sua manifestação a Valec confirmou, por meio do Memorando n. 137/2017-SUFIN (peça 98, p.3-4), que o valor histórico retido e acumulado da Constran no Contrato 58/2009 é de R\$ 20.587.078,83 (data-base 2010-2012) decorrente da retenção de pagamentos determinada pelo Acórdão 593/2009-TCU-Plenário.*

141. *Quanto ao lançamento desses valores no balanço patrimonial da entidade, informou que não houve registro contábil da retenção em conta específica no passivo da entidade. Contudo, assegurou que foi feito no histórico do lançamento de cada documento fiscal referência ao valor que foi retido por determinação do TCU. Por fim, esclareceu que somente a partir de 2011 começou a fazer registros contábeis em conta específica no passivo da empresa:*

*a) Em relação as notas fiscais emitidas de janeiro de 2010 até dezembro de 2011, a contabilização se deu pelo valor líquido, ou seja, não houve registro da retenção determinada pelo TCU em conta específica no passivo da entidade. Contudo, no histórico de lançamento de cada documento fiscal existe a referência do valor que foi retido;*

*b) Para os documentos fiscais remanescentes (novembro de 2012 até fevereiro de 2013), ocorreram os registros contábeis dos valores retidos em conta específica no passivo - 2.1.1.4.5.00.00 DEPOSITOS RETIDOS SOBRE FORNECEDORES, em conta corrente própria do fornecedor em comento - 61156568000190 - CONSTRAN S/A - CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO.*

*4. Desse modo, conforme os documentos anexos (planilhas, contabilização de lançamento e pagamento), identificou-se que, em relação a contabilização das retenções, só houve o registro, na contabilidade da VALEC, de R\$ 198.220,35 (cento e noventa e oito mil, duzentos e vinte reais e trinta e cinco centavos) e o saldo de R\$ 20.388.858,48 (vinte milhões, trezentos e oitenta e oito mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e quarenta e oito centavos) não foi contabilizado, visto que no momento da liquidação das notas fiscais, foi considerada a retenção do valor determinado por meio de planilha gerencial (Anexo I), contabilizando o serviço e o saldo a pagar pelo valor líquido da retenção determinada pelo TCU.*

142. *No que se refere ao andamento das ações judiciais relacionadas à retenção de pagamentos determinadas pelo TCU, a Valec informou por meio do Memorando 686/2017-ASJUR/BSB (peça 98, p.52-53), que o processo judicial ordinário da Constran visando a declaração da ilegalidade da retenção promovida no Contrato 58/2009 teve sentença julgada improcedente pela 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (39062-18.2010.4.01.3400). Por fim, informam que há recurso de apelação da Constran pendente de julgamento.*

### **Análise**

143. *Para fins de atendimento à retenção de pagamentos determinadas pelo Acórdão 593/2009-TCU-Plenário verificou-se o cumprimento da medida por parte da Valec. Com isso, confirmou-se por meio das ordens bancárias e das consultas do SIAFI encaminhadas ao TCU (peça 21-51) que o valor*



de R\$ 20.587.078,83 (data-base 2010-2012) não foi repassado à construtora de modo que deve ser abatido do superfaturamento apurado no contrato 58/2009 (R\$ 29.846.919,48 – data-base 2004). Esse abatimento tem o condão de reduzir o valor do débito no caso de eventual condenação pelo TCU.

144. No que se refere à insurgência judicial da Constran (2010) contra determinação de retenção cautelar de pagamentos determinada pelo TCU conclui-se que a informação prestada pela Valec de que há sentença julgando improcedente o pedido representa segurança jurídica em favor do Erário, inclusive porque não existem valores depositados em conta corrente a serem devolvidos pela estatal no caso de eventual reversão da medida em sede recursal. Ademais, o deslinde do presente processo de tomada de contas especial deve contribuir com o feito.

145. Quanto ao fato de apenas parte das retenções de pagamentos ter sido registrada na contabilidade da empresa não se verifica descumprimento da determinação do TCU, pois o objetivo da medida cautelar de retenção de pagamentos, imposta pela lei de diretrizes orçamentárias vigente à época, era de evitar o fluxo financeiro à contratada quando encontrada irregularidade grave pelo TCU. Desse modo, constata-se que, apesar de os valores retidos dos contratos não estarem a disposição na Valec em conta corrente ou contabilizados no balanço da estatal, para fins do disposto no Acórdão 593/2009-TCU-Plenário considera-se que a medida efetivamente alcançou seu objetivo que era de evitar parte do resultado danoso tempestivamente. Tal montante deve ser cadastrado como benefício efetivo da atuação preventiva do TCU.

146. Apresenta-se a seguir as parcelas do superfaturamento abatidas das retenções feitas pela Valec na mesma data-base em que ocorreu a liquidação do superfaturamento no Contrato 58/2009:

<b>Superfaturamento 20,80% (R\$)</b> [A]	<b>Retenção do TCU (R\$)</b> [B]	<b>Data da liquidação</b>	<b>Diferença entre o superfaturamento e a retenção do TCU (R\$)</b> [A]-[B]
395.008,42	213.861,99	03/03/10	181.146,43
166.750,80	90.280,75	15/03/10	76.470,04
479.843,17	259.792,48	22/04/10	220.050,69
851.636,34	461.085,48	05/05/10	390.550,87
2.690.260,66	1.456.537,32	09/06/10	1.233.723,33
2.919.335,26	1.580.560,89	14/07/10	1.338.774,38
6.709.918,15	3.632.825,02	31/08/10	3.077.093,13
4.485.133,40	2.428.301,58	06/09/10	2.056.831,82
5.441.872,88	2.946.291,07	19/10/10	2.495.581,80
3.857.493,73	2.088.490,42	30/12/10	1.769.003,32
1.924.618,05	1.042.009,82	30/12/10	882.608,23
887.264,65	480.375,04	30/12/10	406.889,61
1.070.574,15	579.620,86	16/03/11	490.953,28
1.480.522,99	805.475,10	31/03/11	675.047,89
751.435,78	406.835,77	29/04/11	344.600,01
1.873.720,39	1.014.453,25	25/08/11	859.267,13
1.397.639,67	756.697,81	23/09/11	640.941,86

4.659,28	2.522,58	21/12/11	2.136,69
21.612,48	11.701,24	28/12/11	9.911,24
242.198,07	131.128,75	28/12/11	111.069,32
17.954,58	9.720,81	27/11/12	8.233,77
17.614,08	178.963,08	18/02/13	8.077,62
330.549,27	9.536,46	21/02/13	151.586,18

147. *Atualizando-se as datas e os valores supracitados (hachurados) no sistema débito do TCU chega-se em 14/8/2018 um débito de R\$ 33.730.108,96 (peça 162).*

#### **IV. CONCLUSÃO**

148. *As alegações de defesa não foram capazes de elidir o superfaturamento por preço identificado no Contrato 58/2009 que representa aproximadamente 20,8% do contrato e R\$ 29.846.919,48 na data-base novembro de 2004 (peça 30). Entretanto, comprovou-se efetiva a atuação do TCU que determinou preventivamente em 2009 a retenção de pagamentos à contratada de modo a resguardar parte do prejuízo ao Erário de modo que foram, nesta oportunidade, abatidas das parcelas de superfaturamento os valores retidos na mesma data (peça 162).*

149. *O abatimento de valores foi possível pela comprovação da manutenção da retenção feita pela Valec na peça 98. Os novos valores das parcelas de ocorrência do débito decorrente do superfaturamento no contrato 58/2009 constam em planilha anexada na peça 162.*

150. *Em face da análise promovida no item III.4, propõe-se acolher as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Américo Cajado Azevedo excluindo-o do Rol de Responsáveis dos presentes autos, uma vez que foram suficientes para elidir as irregularidades a ele atribuída. Mesmo assim, a proposta não significa que devam ser julgadas regulares as suas contas.*

151. *Diante da revelia dos responsáveis José Francisco das Neves e Ulisses Assad e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade em suas condutas, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares e que os responsáveis sejam condenados em débito, bem como que lhes seja aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (ver itens III.1 e III.2).*

152. *Em face da análise promovida nos itens III.3, III.5, III.6, III.7 e III.8, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis Luiz Sergio Nogueira, Francisco Elisio Lacerda, Luiz Carlos Oliveira Machado, Maria Estela Filardi, Jorge Alberto Aun, José Roberto Bertolli e empresa Constran S.A. Construções e Comércio, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem boa-fé ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à sua condenação em débito e à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (condutas dolosas) e à aplicação da multa prevista no art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992 (condutas culposas).*

153. *Todos os responsáveis no processo por contas julgadas irregulares foram solidarizados no débito em virtude do disposto no § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 que enquadra o responsável solidário como o agente que “de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”. Dessa forma, buscou-se todos os envolvidos, ainda que por infração instantânea de efeitos permanentes, ou seja, aqueles responsáveis que praticaram atos cujos efeitos subsistiram após a consumação, mesmo após o empregado ter se desligado da empresa.*

154. *No que se refere à contagem do prazo de 10 anos para a prescrição da pretensão punitiva considerou-se a última data do evento danoso decorrente do superfaturamento como marco temporal para início da contagem, ou seja, a contagem iniciou-se em 21/2/2013 (data da última liquidação).*

*Essa data de ocorrência da irregularidade é a data da cessação do efeito danoso à Administração que no caso concreto é a última medição no contrato 58/2009. O Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário julgado em expediente de uniformização de jurisprudência sintetiza o entendimento da prescrição no TCU. Especificamente quanto ao dano decorrente do superfaturamento por preço registre-se que é constitucionalmente imprescritível.*

155. Além disso, procurou-se, para efeitos sancionatórios, separar os responsáveis por condutas dolosas dos responsáveis por condutas culposas. Dessa forma, propôs-se adicionalmente para os primeiros a multa prevista no art. 57 da 8.443/1992 e a inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública com previsão no art. 60 da mesma Lei.

156. Como a Valec é uma estatal dependente para fins de Lei de Responsabilidade Fiscal, propõe-se o recolhimento de valores ao Tesouro Nacional.

157. Atualizando-se as datas e os valores (hachurados) pelo Sistema Débito do TCU chega-se a um montante em 14/8/2018 de R\$ 33.730.108,96 (peça 162).

158. Segue, portanto, resumo das propostas organizadas por responsável:

<b>Responsável</b>	<b>Proposta</b>	<b>Proposta de aplicação de sanção</b>	<b>Conduta</b>
José Francisco das Neves	Rejeição	art. 57 c/c art. 60 da Lei 8.443/1992	<b>Dolosa</b>
Luiz Sergio Nogueira	Rejeição	art. 57 c/c art. 60 da Lei 8.443/1992	<b>Dolosa</b>
Ulisses Assad	Rejeição	art. 57 c/c art. 60 da Lei 8.443/1992	<b>Dolosa</b>
José Américo Cajado Azevedo	Acolhimento	-	-
Francisco Elísio Lacerda	Rejeição	art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992	<b>Culposa</b>
Luiz Carlos Oliveira Machado	Rejeição	art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992	<b>Culposa</b>
Maria Estela Filardi	Rejeição	art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992	<b>Culposa</b>
Jorge Alberto Aun	Rejeição	art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992	<b>Culposa</b>
José Roberto Bertolli	Rejeição	art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992	<b>Culposa</b>
Constran S.A.	Rejeição	art. 57 c/c art. 60 da Lei 8.443/1992	<b>Dolosa</b>

## **V. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

159. Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

### **Exclusão da relação processual**

160. Excluir da relação processual o Sr. José Américo Cajado Azevedo (CPF 548.198.066-53);

### **Irregularidade das contas com débito e com aplicação de sanção**

161. Com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “c” e “d” referentes às ocorrências atribuídas aos responsáveis, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos III e IV, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, que sejam julgadas **irregulares** as contas de José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34) na condição de Diretor-Presidente da Valec; Ulisses Assad (CPF 008.266.408-00) na condição de Diretor de Engenharia da Valec, Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05) na condição de Diretor Administrativo-Financeiro da Valec, Luiz Carlos de Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20)

na condição de Superintendente de Construção da Valec, Maria Estela Filardi (CPF 348.592.927- 15) na condição de Chefe da Assessoria Jurídica da Valec, Luiz Sergio Nogueira (CPF 566.485.378-68) na condição de dirigente da Constran S.A., Jorge Alberto Aun (CPF 374.154.178-87) na condição de Diretor-Presidente da Constran S.A., José Roberto Bertoli (CPF 612.472.518-53) na condição de Diretor Administrativo, Financeiro e Comercial da Constran S.A., e **condená-los, em solidariedade**, com a empresa Constran S.A. Construções e Comércio (CNPJ 61.156.568/0001-90), ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), 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 abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos):

<b>Valor original (R\$)</b>	<b>Data da Ocorrência</b>
181.146,43	03/03/10
76.470,04	15/03/10
220.050,69	22/04/10
390.550,87	05/05/10
1.233.723,33	09/06/10
1.338.774,38	14/07/10
3.077.093,13	31/08/10
2.056.831,82	06/09/10
2.495.581,80	19/10/10
1.769.003,32	30/12/10
882.608,23	30/12/10
406.889,61	30/12/10
490.953,28	16/03/11
675.047,89	31/03/11
344.600,01	29/04/11
859.267,13	25/08/11
640.941,86	23/09/11
2.136,69	21/12/11
9.911,24	28/12/11
111.069,32	28/12/11
8.233,77	27/11/12
8.077,62	18/02/13
151.586,18	21/02/13

Valor atualizado até 14/8/2018: R\$ 33.730,108,96

a) aplicar aos responsáveis José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Ulisses Assad (CPF 008.266.408-00), Luiz Sergio Nogueira (CPF 566.485.378-68) e à empresa Constran S.A. Construções e Comércio (CNPJ 61.156.568/0001-90), **individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992** c/c o art. 267 do Regimento Interno, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

b) aplicar a Francisco Elísio Lacerda (CPF 036.082.658-05), Luiz Carlos de Oliveira Machado (CPF 222.706.987-20), Maria Estela Filardi (CPF 348.592.927- 15), Jorge Alberto Aun (CPF 374.154.178-87), José Roberto Bertoli (CPF 612.472.518-53), **individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso III da Lei 8.443/1992** c/c o art. 268, inciso III do Regimento Interno, com a

*fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;*

*c) 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;*

*d) autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis, o parcelamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RI/TCU) , sem prejuízo das demais medidas legais;*

*e) considerar grave a infração cometida por José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Ulisses Assad (CPF 008.266.408-00), Luiz Sergio Nogueira (CPF 566.485.378-68);*

*f) aplicar a José Francisco das Neves (CPF 062.833.301-34), Ulisses Assad (CPF 008.266.408-00), Luiz Sergio Nogueira (CPF 566.485.378-68) a **pena de inabilitação** para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992;*

*g) solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992;*

*h) solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio da Procuradoria Regional da União na 3ª Região, que formule pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran S.A. Construção e Comércio (em recuperação judicial) no valor de R\$ 33.730.108,96 (data-base 14/8/2018);*

*i) remeter cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Goiás, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para ajuizamento das ações judiciais que entender cabíveis;*

*j) dar ciência desta deliberação aos responsáveis, ao juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, ao juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.”*

2. O Sr. Diretor da 2ª DT da SeinfraOperações exarou despacho concordando com o aludido encaminhamento, bem como apresentando novas informações e formulando proposta adicional, nos termos reproduzidos a seguir (peça 164):

“1. Manifesto-me, desde logo, de acordo com a proposta de encaminhamento consignada pelo AUFC Reinaldo Cano de Mello, constante da instrução precedente, sem prejuízo de tecer algumas considerações adicionais a seguir descritas.

2. Vale destacar que os presentes autos tratam de tomada de contas especial referente a indícios de superfaturamento identificados no Contrato 58/2009 – construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul – trecho de 52 km entre Ouro Verde de Goiás/GO e Jaraguá/GO. O referido contrato foi assinado com a empresa Constran S/A – Construções e Comércio – Em recuperação judicial.

3. Conforme atesta o sítio oficial do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a referida empresa foi signatária de acordo de leniência com aquele órgão e a

Advocacia-Geral da União (AGU) – fonte: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-o-utc-engenharia>>, acesso em 20/8/2018.

4. De acordo com a notícia publicada pela Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), o acordo se referiu a ilícitos cometidos em desfavor da Valec, entre outras irregularidades (fonte: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-07/empreiteira-utc-pagara-r-500-milhoes-em-acordo-de-leniencia-com-cgu>>, acesso em 20/8/2018). A mesma notícia também deixa claro que os ilícitos confessados pela empresa no acordo se referem **exclusivamente a fraudes em licitações e pagamento de vantagens indevidas (propina). Ou seja, a empresa não reconheceu a prática de superfaturamento** no contrato em tela.

5. Uma fonte oficial que corrobora essa informação está no sítio oficial da AGU – <http://www.agu.gov.br/noticia/acordo-de-leniencia-assinado-por-agu-e-cgu-preve-ressarcimento-de-mais-de-meio-bilhao--574006>, acesso em 20/8/2018. De acordo com a referida notícia, os valores acordados pela UTC se referem apenas a “70% do lucro que a construtora auferiu com os contratos obtidos de forma ilícita, por meio de participação em cartel e pagamento de propina. Outros R\$ 110 milhões representam o ressarcimento do dano causado pelo pagamento de propinas, e o restante é decorrente da aplicação de multa prevista na Lei Anticorrupção (LAC)”.

6. Nessa linha e nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013 (LAC), eventual acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. Ademais, eventuais ilícitos não confessados no bojo do acordo não podem ser protegidos pela avença, o que permite que a empresa leniente possa ser sancionada e punida em razão desses ilícitos.

7. Cabe comentar que o referido acordo ainda não teve sua legalidade, legitimidade ou economicidade apreciada pelo Tribunal de Contas da União, conforme se verifica no TC 020.921/2017-9, TC 029.953/2017-0 e TC 011.144/2015-7, **considerando ademais que o acordo foi assinado antes de qualquer pronunciamento do Tribunal. Portanto, o referido acordo de leniência não pode produzir efeitos no tocante à atuação desta Corte em relação à empresa leniente.**

8. Dessa maneira, **não há qualquer óbice** a condenar a referida empresa leniente em débito a ressarcir ao erário no caso concreto **e em aplicar sanções, notadamente a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.**

9. Um ponto importante que também merece ser sublinhado diz respeito ao requisito da boa-fé objetiva da pessoa jurídica leniente, conforme dispõe o art. 16, § 1º, inciso III, da Lei 12.846/2013.

10. Nesse diapasão, entende-se que uma pessoa jurídica leniente, em face do art. 16, § 1º, inciso III, c/c o art. 16, § 3º, ambos da Lei 12.846/2013, ao ser condenada a ressarcir o erário, deve prontamente (ou valendo-se do mecanismo previsto no art. 217 do Regimento Interno do TCU) providenciar o recolhimento dos valores imputados pelo TCU em sede de acórdão condenatório, sob pena de ter seu acordo rescindido (respeitado prévio contraditório e ampla defesa), em face da ausência do requisito da boa-fé objetiva.

11. Aliás, chama a atenção o fato de que o grupo UTC (do qual faz parte a empresa Constran), embora seja colaborador com o Poder Público, ainda está buscando litigar no Judiciário em desfavor da sociedade de economia mista Petrobras (fonte: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/utc-pede-milhoes-de-reais-da-petrobras-na-justica/>>, acesso em 20/8/2018).

12. Além disso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já atestou oficialmente que a UTC Engenharia descumpriu integralmente seu termo de compromisso de cessação (TCC) firmado com aquele órgão (fonte: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-declara-descumprimento-do-acordo-firmado-com-a-utc-engenharia-em-investigacoes-da-lava-jato>>, acesso em 20/8/2018), em razão da falta de pagamento da primeira parcela de contribuição. Nessa condição,

os processos administrativos instaurados em desfavor da referida empresa voltaram a tramitar e poderão resultar em punições à empresa.

### **ITENS ADICIONAIS DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

13. Todos esses fatos e suas potenciais consequência para o acordo de leniência firmado pelo grupo UTC Engenharia merecem ser melhor avaliados no âmbito do TC 029.953/2017-0 e TC 011.144/2015-7, razão pela qual alvitra-se que, além dos pontos já propostos pelo auditor na instrução, seja juntada cópia da deliberação que vier a ser proferida nestes autos àqueles processos.

14. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, anuindo à proposta de encaminhamento consignada pelo AUFC, formulando os seguintes encaminhamentos adicionais:

(...)

l) juntar cópia da deliberação que vier a ser proferida nestes autos, acompanhada de relatório e voto, aos processos TC 029.953/2017-0 e TC 011.144/2015-7.”

3. Por sua vez o dirigente da SeinfraOperações, mediante despacho à peça 165, anuiu ao encaminhamento formulado pelo sr. auditor.

4. A manifestação regimental do Ministério Público junto ao TCU se deu nos termos do parecer inserto à peça 167, **in verbis**:

“Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada em atendimento ao subitem 9.1.1 do Acórdão 1.498/2015-Plenário<sup>1</sup> (peça 1, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler), em razão do superfaturamento identificado no Contrato 58/2009 (peça 26), celebrado entre a Valec-Engenharia, Construções e Ferrovias S.A e a empresa Constran Construções e Comércio S.A. (Constran)<sup>2</sup>, cujo objeto era a execução de remanescente de obras de construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km, compreendido entre Ouro Verde de Goiás e o Pátio de Jaraguá, no Estado de Goiás.

2. No curso da presente TCE, foi prolatado o Acórdão 1.601/2017-Plenário (peça 41, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler), o qual decretou, cautelarmente, a indisponibilidade de bens da empresa Constran e de alguns agentes da Valec, no valor de R\$ 70.481.690,31<sup>3</sup>, bem como as citações (responsabilidade solidária) dos seguintes responsáveis, em razão do superfaturamento apurado nestes autos (peças 28-30), no valor histórico de R\$ 29.846.919,48:

- a) Sr. José Francisco das Neves (diretor-presidente da Valec);
- b) Sr. Luiz Sergio Nogueira (dirigente da Constran);
- c) Sr. Ulisses Assad (diretor de engenharia da Valec);
- d) Sr. José Américo Cajado Azevedo (superintendente de construção da Valec);
- e) Sr. Francisco Elísio Lacerda (diretor administrativo-financeiro da Valec);
- f) Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado (superintendente de construção da Valec);
- g) Sra. Maria Estela Filardi (chefe da assessoria jurídica da Valec);
- h) Sr. Jorge Alberto Aun (diretor-presidente e técnico da Constran);

<sup>1</sup> Processo 011.287/2010-1 (Relatório de Auditoria, realizada no âmbito do Fiscobras/2010, nas obras de construção da FNS, em Goiás).

<sup>2</sup> Processo de recuperação judicial autuado sob nº 1069420-76.2017.8.26.0100, em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

<sup>3</sup> Equivalente ao valor do débito apurado (peças 28-30), atualizado até 22/5/2017.

- i) Sr. José Roberto Bertoli (diretor administrativo, financeiro e comercial da Constran); e
- j) Constran (empresa contratada).

3. Promovidas as devidas comunicações processuais, apenas os Srs. José Francisco das Neves e Ulisses Assad quedaram-se inertes, apesar de esses responsáveis terem comparecido aos autos para solicitarem prorrogação do prazo para apresentarem suas defesas (peças 102 e 116).

4. A Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações), ao instruir o feito, propõe, em pareceres concordantes (peças 163-165):

- i) excluir o Sr. José Américo Cajado da relação processual;
- ii) julgar irregulares as contas dos demais responsáveis, deixando de propor julgamento para as contas da empresa Constran Construções e Comércio S.A.;
- iii) condenar os responsáveis, em solidariedade com a empresa acima referida, ao pagamento das quantias especificadas na tabela inserta no parágrafo 161 da instrução técnica lançada à peça 163, p. 27-28;
- iv) aplicar aos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sergio Nogueira, bem como à empresa Constran Construções e Comércio S.A. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- v) impingir aos Srs. Francisco Elísio Lacerda, Luiz Carlos de Oliveira Machado, Maria Estela Filardi, Jorge Alberto Aun e José Roberto Bertoli a sanção capitulada no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992;
- vi) considerar graves as infrações perpetradas pelos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sergio Nogueira e cominar a esses responsáveis a pena capitulada no art. 60 da Lei 8.443/1992, consistente na inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública;
- vii) solicitar à Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio do Ministério Público de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis condenados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992; e
- vii) requestar à AGU, por meio da Procuradoria Regional da União na 3ª Região, que formule pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran Construções e Comércio S.A., no valor de R\$ 33.730.108,96 (débito apurado na data-base de 14/8/2018, descontado do valor referente às retenções realizadas pela Valec, por força do Acórdão 593/2009-Plenário<sup>4</sup>, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz).

5. Cumpre ressaltar que, à peça 164, o diretor da SeinfraOperações, ao passo em que aquiesce com a proposta lavrada pelo auditor federal de controle externo (peça 163), sugere, adicionalmente, seja juntada cópia da deliberação que vier a ser proferida nos presentes autos aos processos 020.921/2017-9 (Representação do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, que solicita, entre outras providências, o encaminhamento ao TCU do acordo de leniência celebrado pelo Poder Executivo Federal, por intermédio da AGU e da Controladoria-Geral da União-CGU), com a UTC Engenharia), 029.953/2017-0 (Representação de equipe de inspeção diante da verificação de irregularidades relacionadas a acordo de leniência, identificadas durante inspeção no âmbito de processo de acompanhamento) e 011.144/2015-7 (Acompanhamento destinado a apurar a legalidade,

---

<sup>4</sup> Deliberou sobre agravo contra despacho que, cautelarmente, determinou a retenção de percentuais de pagamentos de contratos firmados pela Valec para a execução de obras de construção da FNS.



a legitimidade e a economicidade dos atos praticados pela CGU na negociação e celebração de acordo de leniência), todos sob a relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Em seu arrazoado, o diretor pondera, em síntese, que a Valec foi signatária de acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a AGU, com base na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ao tempo em que noticia que “os ilícitos confessados pela empresa no acordo se referem exclusivamente a fraudes em licitações e pagamento de vantagens indevidas (propina). Ou seja, a empresa não reconheceu a prática de superfaturamento no contrato em tela”. Nessa linha, o titular da diretoria da SeinfraOperações informa que eventual acordo de leniência não exige a empresa da obrigação de reparar integralmente o dano causado, a teor do art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013, e, ainda, que eventuais ilícitos não confessados no bojo do acordo não ficam protegidos pela avença, o que permite que a empresa leniente seja sancionada e punida em razão desses ilícitos.

7. O diretor ainda destaca aspecto relacionado à boa-fé objetiva da empresa leniente, nos termos do inciso III do § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013 – o qual dispõe sobre a necessidade de a pessoa jurídica signatária do acordo cooperar com as investigações e o processo administrativo – c/c o art. 16, § 3º (obrigação de a empresa reparar integralmente o dano causado), do aludido normativo, alvitrando que “chama a atenção o fato de que o grupo UTC (do qual faz parte a empresa Constran), embora seja colaborador do Poder Público, ainda está buscando litigar no Judiciário em desfavor da sociedade de economia mista Petrobras” (peça 164, p. 2). Assevera o diretor que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já atestou oficialmente que a UTC Engenharia descumpriu integralmente o termo de compromisso de cessação (TCC) firmado com aquele órgão de defesa econômica.

8. Os fatos narrados pelo diretor da unidade técnica, por relevantes, deverão ser sopesados pelo Tribunal na oportunidade em que a Corte se manifestar nos autos dos processos instaurados para avaliar a legalidade, legitimidade e economicidade do acordo de leniência celebrado pelo Poder Executivo Federal com a referida empresa (mencionados no parágrafo 5 deste parecer), razão por que se justifica a proposta de juntar cópia da deliberação que vier a ser prolatada nestes autos aos referidos processos.

9. No mérito, aqui escemos parcialmente com os termos da análise efetuada pela SeinfraOperações, sem prejuízo de tecer as considerações a seguir.

10. Primeiramente, em relação às responsabilizações propostas, cumpre asseverar que a participação de cada agente arrolado nesta TCE deve ser examinada à luz das circunstâncias subjetivas que a cercam. Nesse esteio, com as devidas vênias, dissentimos da unidade técnica em relação às responsabilizações dos Srs. Francisco Elísio Lacerda (diretor administrativo-financeiro da Valec) e Luiz Carlos Oliveira Machado (superintendente de construção da Valec) e da Sra. Maria Estela Filardi (chefe da assessoria jurídica da Valec).

11. No que concerne à responsabilização da Sra. Maria Estela Filardi, verificamos que a exposição de motivos 5/2009 (peça 40, p. 38-39), por ela lavrada, não tratou necessariamente da conformidade de preços, orçamentos, ou mesmo de aspectos afeitos à engenharia de execução do remanescente de obras de construção do lote 2 da FNS, mas tão somente da possibilidade jurídica de contratar, mediante dispensa de licitação, a segunda colocada no processo licitatório, com base no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, para executar os serviços remanescentes.

12. É certo que a peculiaridade que reveste o caso em análise – em que o TCU já havia se manifestado acerca das irregularidades no Contrato 15/2006 (que antecedeu o ajuste inquinado), oportunidade em que o Ministro Aroldo Cedraz determinou que fosse realizada a retenção cautelar de valores apontados como sobrepreço em lotes da ferrovia em questão (processo 021.283/2008-1), decisão mantida pelo Acórdão 593/2009-Plenário –, requeria dos gestores da Valec maior grau de

*zelo na condução dos atos administrativos que culminaram na celebração do Contrato 58/2009, objeto desta TCE. Todavia, não nos parece razoável fosse exigido que a Sra. Maria Estela Filardi, na condição de chefe da assessoria jurídica da entidade, examinasse os aspectos técnicos das planilhas de custos referentes ao remanescente das obras objeto do Contrato 58/2009, mormente porque, conforme se verifica nos autos, a Valec continuou aplicando ao ajuste celebrado com a Constran a medida cautelar de retenção de valores relativa ao contrato antecessor, determinada pelo TCU.*

13. *Desse modo, somos do entendimento de que o débito apurado nestes autos não deve ser imputado à Sra. Maria Estela Filardi e as suas contas devem obter o julgamento pela regularidade com ressalva, porquanto, ao formular a exposição de motivos 5/2009, dispensou o envio do contrato em tela para avaliação do Conselho de Administração da empresa, apesar dos questionamentos que pairavam sobre aquela contratação, os quais recomendavam especial cautela. O órgão poderia ter se debruçado mais atentamente sobre a contratação inquinada, contribuindo para, ao menos, minimizar os riscos para a gestão da Valec.*

14. *Quanto à responsabilização do Sr. Francisco Elísio Lacerda, entendemos que as suas alegações de defesa podem ser acolhidas, e as suas contas, obter o julgamento pela regularidade, haja vista não se evidenciar razoável exigir desse agente conduta diversa da que adotou, ao autorizar as despesas para o contrato inquinado, sobretudo porque a Valec manteve a retenção cautelar de 11,26% nos pagamentos feitos no bojo do contrato que substituiu o ajuste original, nos termos determinados pelo TCU, de acordo com o exame empreendido pela unidade especializada (peça 163, p. 23-25).*

15. *No tocante ao Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado, diferentemente dos outros dois responsáveis mencionados nos parágrafos 11 a 14, vê-se que ele exercia um cargo diretamente ligado às atividades de engenharia, de maneira que dele poderia se esperar uma análise mais acurada dos itens que compunham a planilha orçamentária da obra em questão. Contudo, observa-se que a sua atuação, no contexto dos atos que culminaram na celebração do Contrato 58/2009, consubstanciou-se na emissão da nota técnica 5/2009 (peça 40, p. 26-37), a qual não reexaminou a conformidade dos preços dos serviços remanescentes da construção do lote 2 da FNS com os preços de mercado, mas tão somente traçou um panorama das situações contratuais dos ajustes até então celebrados, com informações sobre saldos contratuais e quantidades de serviços a serem executados, para fins de contratação da empresa classificada em segundo lugar na Concorrência 8/2004, por dispensa de licitação, em observância ao XI do art. 24 da Lei 8.666/1993.*

16. *Desse modo, sugerimos que o Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado tenha as contas julgadas regulares, pois a sua conduta, ao elaborar a nota técnica 5/2009 – que informava a respeito das situações dos lotes 2, 4, 10 e 11 de construção da FNS e se posicionava pela contratação da Constran para a execução do remanescente das obras referentes ao lote 2 da FNS – não foi decisiva para o superfaturamento ora apurado, o qual teve origem em processo de licitação realizado no ano de 2004, antes mesmo que ele fosse nomeado para o cargo de superintendente geral de obras da Valec, em 10/6/2008 (peça 132, p. 3).*

17. *Em outro quesito da proposta de encaminhamento da SeinfraOperações, suscitamos ao relator que também profira julgamento de mérito para as contas da empresa Constran, em consonância com a jurisprudência da Corte de Contas (i.e.: Acórdãos 946/2013-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler; 2.465/2014-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer; 1.075/2015-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas; e 4.922/2013-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro).*

18. *Por último, sugerimos singelo ajuste nas capitulações das multas pecuniárias que se propõem aplicar aos responsáveis que terão as contas julgadas irregulares, com condenação ao pagamento do débito ora apurado (de forma solidária), haja vista que a unidade técnica, para fins de*

*aplicação dessas sanções, segregou-os em dois grupos, a saber, os que teriam agido com dolo e os que teriam agido com culpa, consoante os parágrafos 155-158 da instrução técnica de peça 163.*

19. *Nesse aspecto, considerando que a multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/1992 prescinde da avaliação da presença específica de dolo nas condutas dos responsáveis, bastando que haja a quantificação do dano, a identificação das condutas (culpa em sentido lato) e a necessária demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário, consideramos que se amolda com mais precisão à conduta dos responsáveis pelo ressarcimento do débito apurado nesta TCE a aplicação, de maneira individual, da sanção grafada no art. 57 da Lei 8.443/1992, a qual poderá ser impingida até o limite máximo estabelecido no documento legal, de acordo com o indispensável juízo de dosimetria a ser formulado pela Corte de Contas, vis-à-vis as gravidades das condutas praticadas pelos responsáveis, ocasião em que a tabela inserida no parágrafo 158 da instrução à peça 163 poderá servir de subsídio à decisão do TCU.*

20. *A medida acima, é oportuno asserir, também evitará que sejam impostas a responsáveis não integrantes da Administração Pública a sanção prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992, em desarmonia com a entendimento do TCU, conforme o seguinte enunciado extraído da base de Jurisprudência Selecionada do Tribunal:*

*Havendo relação contratual entre entidades da Administração Pública, não cabe ao TCU multar empregado da entidade pública contratada por eventuais inadimplências ao ajuste. A multa do art. 58 da Lei 8.443/1992 é dirigida a agentes públicos que praticam atos de gestão. É da competência da contratante apurar as falhas cometidas pela contratada e, se for o caso, aplicar as sanções previstas no contrato.*

*(Acórdão 3.122/2013-Plenário, Ministro Aroldo Cedraz)*

21. *Por fim, no respeitante à proposta de solicitar à AGU as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, notadamente em relação à empresa Constran (em recuperação judicial), tal providência deverá observar o procedimental indicado no MS 34.793/DF (relator Ministro Edson Fachin, DJe 1/8/2017), de modo a que se requisite à AGU a formulação do devido pedido perante o juízo universal de recuperação, vale dizer, a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a aludida empresa, em linha de aderência com a nossa manifestação nos autos do processo 036.133/2016-7 e com o que restou assentado no Acórdão 1.982/2018-Plenário (redator Ministro Benjamin Zymler), proferido na Sessão do dia 22/8/2018.*

22. *Com as ponderações adicionais discorridas nos parágrafos 10 a 21, este representante do Ministério Público de Contas da União manifesta-se em parcial concordância com a proposta consignada pela SeinfraOperações (peças 163-165), sugerindo ao relator que:*

*a) declare revéis os Srs. José Francisco das Neves e Ulisses Assad, nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 8.443/1992;*

*b) exclua o Sr. José Américo Cajado Azevedo da relação processual;*

*c) acolha as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Francisco Elísio Lacerda e Luiz Carlos Oliveira Machado;*

*d) acolha parcialmente as alegações de defesa apresentadas pela Sra. Maria Estela Filardi;*

*e) rejeite as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Luiz Sergio Nogueira, Jorge Alberto Aun, José Roberto Bertoli e pela empresa Constran Construções e Comércio S.A.;*

f) julgue regulares as contas dos Srs. Francisco Elísio Lacerda e Luiz Carlos Oliveira Machado, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 17 e 23, inciso I, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 207 e 214, inciso I, do Regimento Interno (RI/TCU);

g) julgue regulares com ressalva as contas da Sra. Maria Estela Filardi, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 18 e 23, inciso II, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno (RI/TCU);

h) julgue irregulares as contas dos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad, Luiz Sergio Nogueira, Jorge Alberto Aun, José Roberto Bertoli e da empresa Constran Construções e Comércio S.A., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “c” e “d”, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos III e IV, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno (RI/TCU), condenando-os, em solidariedade, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), 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 abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos:

Valor original (R\$)	Data da Ocorrência
181.146,43	03/03/10
76.470,04	15/03/10
220.050,69	22/04/10
390.550,87	05/05/10
1.233.723,33	09/06/10
1.338.774,38	14/07/10
3.077.093,13	31/08/10
2.056.831,82	06/09/10
2.495.581,80	19/10/10
1.769.003,32	30/12/10
882.608,23	30/12/10
406.889,61	30/12/10
490.953,28	16/03/11
675.047,89	31/03/11
344.600,01	29/04/11
859.267,13	25/08/11
640.941,86	23/09/11
2.136,69	21/12/11
9.911,24	28/12/11
111.069,32	28/12/11
8.233,77	27/11/12
8.077,62	18/02/13
151.586,18	21/02/13

i) aplique aos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad, Luiz Sergio Nogueira, Jorge Alberto Aun e José Roberto Bertoli, bem como à empresa Constran Construções e Comércio S.A., individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do RI/TCU, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do RI/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

j) 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;

k) autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis, o parcelamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RI/TCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

l) considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sergio Nogueira;

m) aplicar aos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sergio Nogueira a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992;

n) solicitar à AGU, por intermédio do Ministério Público de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992, exceto quanto à empresa Constran Construções e Comércio S.A.;

o) requerer à AGU, por intermédio da Procuradoria Regional da União na 3ª Região, que formule pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran Construções e Comércio S.A. (em recuperação judicial), no valor do débito apurado nos autos (com a incidência de atualização monetária e de juros de mora até a data do acórdão que vier a julgar a presente TCE);

p) juntar cópia da deliberação que vier a ser proferida nestes autos, acompanhada de relatório e voto, aos processos 020.921/2017-9, 029.953/2017-0 e 011.144/2015-7;

q) remeter cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Goiás, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para ajuizamento das ações judiciais que entender cabíveis; e

r) dar ciência desta deliberação aos responsáveis, ao juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo - TJSP, ao juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.”

É o Relatório.

## VOTO

Trata-se de tomada de contas especial constituída em virtude do subitem 9.1.1 do Acórdão 1.498/2015-Plenário, que apreciou relatório de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2010 nas obras da Ferrovia Norte-Sul (FNS), no Estado de Goiás.

2. Neste processo apura-se indício de superfaturamento no Contrato 58/2009, celebrado entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec) e a empresa Constran S.A. - Construções e Comércio, cujo objeto foi a execução da infraestrutura e superestrutura ferroviárias e obras de arte especiais, no trecho de 52 km, compreendido entre Ouro Verde de Goiás e o Pátio de Jaraguá no Estado de Goiás, relativo ao Lote 2 da Concorrência 8/2004.

3. O referido ajuste foi firmado em 24/12/2009 por R\$ 116.426.598,81, a preços de novembro/2004. Depois da celebração de cinco termos de aditamento contratual, o valor acordado foi elevado para R\$ 145.528.873,21 (a preços iniciais), dos quais R\$ 143.511.780,20 foram efetivamente liquidados e pagos, em 26 medições, representando um percentual de execução financeira de 98,61%.

4. Insta salientar que o Contrato 58/2009 foi celebrado com fulcro no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, com a segunda colocada na Concorrência 8/2004, nas mesmas condições de preço do licitante vencedor, visto que o Contrato 15/2006, celebrado com a Construtora Camargo Corrêa S.A., tinha o mesmo objeto e foi rescindido em virtude de retenção cautelar determinada por despacho monocrático do Ministro Aroldo Cedraz, relator do TC-021.283/2008-1 (Fiscobras/2008), ocasião em que foi apontada a ocorrência de sobrepreço em diversos ajustes dos lotes em Goiás da ferrovia em questão.

5. Apenas o indício de superfaturamento no Contrato 58/2009 é objeto de exame neste processo, pois o TC 021.283/2008-1 foi apreciado no mérito pelo Acórdão 2.447/2014-Plenário, o qual determinou, dentre outras providências, a constituição de processo específico de tomada de contas especial relativo ao contrato rescindido com a Camargo Corrêa S.A.

6. A Valec também aplicou ao Contrato 58/2009 a medida cautelar de retenção de valores relativa ao contrato antecessor, o que resultou na retenção de 11,26% dos valores pagos no âmbito desse pacto. No âmbito do Fiscobras 2013, apurou-se que tal retenção foi efetuada entre os meses de janeiro/2010 a dezembro/2011, restando retido o montante de R\$ 20.583.175,50. Tal informação foi confirmada por fiscalização realizada em 2016, apreciada pelo Acórdão 2.495/2016-Plenário, de minha relatoria.

7. Nesse último julgado, foi observado que havia ação judicial (Processo 39062-18.2010.4.01.3400) solicitando liberação das retenções referentes aos ajustes assinados com a Constran, com decisão em primeira instância desfavorável à empreiteira, mas que se encontrava em grau de recurso, sem decisão judicial transitada em julgado, mantendo-se a determinação deste Tribunal quanto à retenção.

8. Nesta oportunidade, após a realização de diligência à Valec, apurou-se que o valor retido foi retificado para R\$ 20.587.078,83 (valores históricos, em diversas datas-bases), mas ainda não houve trânsito em julgado da ação em que se questiona a referida retenção.

9. Na etapa processual anterior, o Acórdão 1.601/2017-Plenário determinou a citação dos responsáveis por um superfaturamento de R\$ 29.846.919,43, em valores históricos, conforme sintetizado na tabela a seguir, cuja elaboração considerou os quantitativos de serviços acumulados, pagos após a última medição dos serviços (26ª medição):

Serviço	Preço do Contrato	Preço de Referência	Percentual de Superf. no Item	Superfaturamento (R\$)
Dormente monobloco de concreto protendido para bitola mista 1,00/1,60 m	320,37	246,79	22,97%	6.376.976,89
Escavação, carga, descarga e espalhamento 1ª cat	4,74	3,32	29,96%	5.433.723,1
Montagem da grade -(superestr)	136.408,06	62.585,31	54,12%	3.781.201,25
Brita para lastro (incl. transporte até 3 km) - (superestr)	54,78	26,09	52,38%	3.154.403,98
Aterro grau de compactação 95% (Proctor Normal) (corpo)	2,64	1,32	50,02%	2.857.002,50
Nivelamento, levante, alinhamento e socaria de linha -(superestr)	78.279,67	30.386,46	61,18%	2.453.090,27
Concreto fck >= 15 MPa - (bueiros tub e cel)	402,39	299,48	25,58%	1.741.553,83
Cercas empregando mourões de concreto	32,67	15,81	51,61%	1.607.528,16
Compactação de bota-fora 95% PN	2,64	1,06	59,97%	1.554.779,96
Forma - (bueiros tub e cel)	50,02	27,90	44,23%	1.290.108,42
Revestimento vegetal de taludes (hidrossemeadura)	1,54	0,92	40,20%	1.089.340,64
Concreto fck >= 25 MPa - (bueiros tub e cel)	411,96	342,68	16,82%	635.820,04
Escav, carga, desc e espalhamento material de 3ª cat	28,06	20,14	28,23%	601.829,63
Execução de Sublastro (incl. transporte até 3 km)	17,75	10,77	39,32%	548.100,78
Aterro grau de compactação 100% (Proctor Normal) (corpo)	3,35	1,57	53,08%	495.495,67
Lastramento de linha (h=0,30 m) - (superestr)	28.769,52	22.218,00	22,77%	335.568,85
Execução de Sublastro com solo brita misturado na pista (incl. Transp. 3 km)	24,98	22,32	10,66%	209.062,72
Concreto fck >= 30 Mpa (superestr concr armado)	428,20	362,89	15,25%	186.278,88
Transporte de Brita para Lastro -(superestr)	0,55	0,54	2,61%	92.352,72
Concreto fck >= 10 MPa - (bueiros tub e cel)	341,48	284,71	16,62%	60.297,15
Solda alumino térmica de trilho TR-57 para formação de TLS -(superestr)	520,10	320,32	38,41%	56.538,19
Desmatamento, destocamento e limpeza	0,32	0,27	14,55%	52.042,32
CBUQ (Faixa "C"/ DNER) (pavim)	283,76	194,06	31,61%	39.055,97
Execução de revestimento primário ou sub-base (inc. transp. 3 km) (pav)	17,56	8,62	50,88%	27.617,43
Armadura de aço CP 190 RB 12,7mm (superestr concr armado)	12,42	11,78	5,12%	18.236,72
fck >= 20 MPa (Galerias e Alas)	389,73	296,90	23,82%	801,08
Posicionamento final e acabamento	15.177,78	15.868,08	-4,55%	-35.398,58
Escavação, carga, descarga e espalhamento 2ª cat	4,42	4,62	-4,52%	-45.991,97
Transporte além de 2000 m Material de 2ª cat	0,57	1,96	-243,76%	-237.460,37
Escoramento (superestr concr armado)	19,24	33,95	-76,48%	-338.902,46
Transporte mat. de 1ª categ. além de 2000 m	0,57	1,26	-121,73%	-1.035.342,72
Transporte mat. de 1ª categ. até 2000 m	1,34	1,63	-21,54%	-1.377.527,20
Armadura CA-50/60 (drenagem)	5,09	6,28	-23,38%	-1.781.264,33
<b>Total</b>				<b>29.846.919,43</b>

10. O montante global do superfaturamento a preços iniciais (R\$ 29.846.919,43) foi dividido pelo valor total pago no contrato, sem considerar os reajustes de preços (R\$ 143.511.780,20), obtendo-se um fator de 20,80%. Tal coeficiente foi aplicado linearmente sobre todos os pagamentos efetuados à contratada (R\$ 182.798.972,11), incluindo tanto as medições dos serviços a preços originais quanto os respectivos reajustamentos contratuais, conforme demonstrativo à peça 29. O referido procedimento resultou na tabela de débitos e respectivas datas de origem que constou da citação dos responsáveis, cujo valor atualizado (com juros de mora), até 22/5/2017, perfazia R\$ 70.481.690,31.

11. O Acórdão 1.601/2017-Plenário também decretou a indisponibilidade de bens de alguns responsáveis, cuja conduta foi considerada mais reprovável pelo Tribunal, até o montante de R\$ 70.481.690,31.

12. Em decorrência do referido **decisum** houve a citação solidária dos seguintes responsáveis:

a) Sr. José Américo Cajado de Azevedo, então Superintendente de Construção da Valec, entre 27/5/2003 e 16/2/2005, por elaborar a planilha orçamentária da Concorrência 8/2004, a qual resultou em superfaturamento no Contrato 58/2009, com violação ao disposto nos arts. 3º, 6º, inciso IX, alínea “f”, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, além de infringir o princípio da economicidade;

b) Sr. José Francisco das Neves, na condição de Presidente da Valec, por participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004, que resultou no superfaturamento já mencionado no Contrato 58/2009, com suposta infração aos arts. 3º, 25, §2º, e 26, todos da Lei 8.666/1993, ao art. 37 da Constituição Federal e ao princípio da economicidade;

c) Sr. Ulisses Assad, na condição de Diretor de Engenharia da Valec, por aprovar a planilha orçamentária e participar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004 da Valec, que resultou no superfaturamento do mencionado ajuste;

d) Sr. Francisco Elísio Lacerda, como Diretor Administrativo-Financeiro da Valec, por ter assinado o Contrato 58/2009 contendo preços acima dos de mercado e autorizado a despesa no valor de R\$ 116.426.598,81 em favor da Constran, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993;

e) Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado, então Superintendente de Construção da Valec, por ter emitido nota técnica favorável à contratação do remanescente das obras do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul, bem como encaminhado planilha orçamentária dos serviços remanescentes contendo serviços com sobrepreço;

f) Sra. Maria Estela Filardi, Chefe da Assessoria Jurídica da Valec, por ter apostado visto no Contrato 58/2009 eivado de vício e por ser signatária de exposição de motivos favorável à contratação;

g) Constran - Construções e Comércio S.A., na condição de contratada da Valec, por se beneficiar de atos de corrupção e de conluio no âmbito da referida Concorrência 8/2004;

h) Sr. Luiz Sérgio Nogueira, na condição de dirigente da Constran Construções e Comércio S.A., por participar dos supostos atos de corrupção e de conluio no âmbito da Concorrência 8/2004;

i) Sr. Jorge Alberto Aun, Diretor-Presidente e Técnico da Constran, por assinar o Contrato 58/2009, tendo conhecimento dos atos de corrupção e de conluio, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS); e



j) Sr. José Roberto Bertoli, Diretor Administrativo, Financeiro e Comercial da Constran, por assinar o Contrato 58/2009, tendo conhecimento dos atos de corrupção e de conluio, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS).

13. Após o exame das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, a unidade técnica entendeu que as manifestações não foram capazes de elidir o superfaturamento identificado no Contrato 58/2009, mas propôs que se realizasse o abatimento das retenções efetuadas pela Valec, em atendimento à deliberação do TCU, no valor do débito a ser imputado em solidariedade.

14. Em apertada síntese, a SeinfraOperações formulou as seguintes propostas, em pareceres uníssonos:

- a) excluir o Sr. José Américo Cajado da relação processual;
- b) julgar irregulares as contas dos demais responsáveis, deixando de propor julgamento para as contas da empresa Constran Construções e Comércio S.A.;
- c) condenar os responsáveis, em solidariedade com a empresa acima referida, ao pagamento do débito remanescente;
- d) aplicar aos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sérgio Nogueira, bem como à empresa Constran Construções e Comércio S.A. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992;
- e) sancionar os Srs. Francisco Elísio Lacerda, Luiz Carlos de Oliveira Machado, Maria Estela Filardi, Jorge Alberto Aun e José Roberto Bertoli com a multa capitulada no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992;
- f) considerar graves as infrações perpetradas pelos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sérgio Nogueira, de forma a cominar a esses responsáveis a sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;
- g) solicitar à Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio do MP/TCU, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis condenados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992; e
- h) requisitar à AGU, por meio da Procuradoria Regional da União na 3ª Região, que formule pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran Construções e Comércio S.A., no valor de R\$ 33.730.108,96 (débito apurado na data-base de 14/8/2018, descontado do valor referente às retenções realizadas pela Valec).

15. Adicionalmente, o Diretor da 2ª DT da SeinfraOperações ainda propôs juntar cópia desta deliberação aos processos TC 029.953/2017-0 e TC 011.144/2015-7, que cuidam do processo de acompanhamento do acordo de leniência da empresa UTC, autuado nos termos do §2º do art. 1º da IN-TCU 74/2015, visto que a construtora Constran pertence ao mesmo grupo societário da UTC.

16. Tal proposição foi fundamentada no fato de que a Constran foi signatária de acordo de leniência celebrado com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e com a AGU, com base na Lei Anticorrupção, e que os ilícitos confessados pela empreiteira também abrangeriam os cometidos em desfavor da Valec. Ocorre que foram confessados exclusivamente a

prática de fraude em licitações e o pagamento de vantagens indevidas à agentes públicos. Segundo informado, não teria havido a confissão da prática de superfaturamento no contrato em tela.

17. Dessa forma, entendeu que, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013, o acordo de leniência não eximiria a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. Ademais, eventuais ilícitos não confessados no bojo do acordo não poderiam ser protegidos pela avença, o que permitiria que a empresa que celebrou o acordo pudesse ser sancionada em razão desses ilícitos.

18. O diretor ainda destacou outro aspecto relacionado à boa-fé objetiva da empresa que celebra acordo de leniência, nos termos do inciso III do § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013 – o qual dispõe sobre a necessidade de a pessoa jurídica signatária do acordo cooperar com as investigações e o processo administrativo – c/c o art. 16, § 3º (obrigação de a empresa reparar integralmente o dano causado), do aludido normativo, alvitrando que “*chama a atenção o fato de que o grupo UTC (do qual faz parte a empresa Constran), embora seja colaborador do Poder Público, ainda está buscando litigar no Judiciário em desfavor da sociedade de economia mista Petrobras*” (peça 164, p. 2). Assevera o diretor que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já atestou oficialmente que a UTC Engenharia descumpriu integralmente o termo de compromisso de cessação (TCC) firmado com aquele órgão de defesa econômica.

19. Em sua manifestação regimental, o **Parquet** concordou parcialmente com a proposta da unidade técnica, mas entendeu que também caberia o afastamento da responsabilização do Srs. Francisco Elísio Lacerda (Diretor Administrativo-Financeiro da Valec) e Luiz Carlos Oliveira Machado (Superintendente de Construção da Valec) e da Sra. Maria Estela Filardi (Chefe da Assessoria Jurídica da Valec), com proposta de julgar regulares com ressalva as contas da última responsável e regulares as contas dois primeiros responsáveis.

20. O Ministério Público de Contas também sugeriu que fosse proferido julgamento pela irregularidade das contas da Constran e que todas as multas a serem aplicadas aos responsáveis condenados em débito sejam fundamentadas no art. 57 da Lei 8.443/1992, na medida em que a aplicação de tal sanção prescinde da avaliação da presença específica de dolo nas condutas dos responsáveis, bastando que haja a quantificação do dano, a identificação das condutas e a necessária demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

21. Nos demais pontos a proposta do d. representante do MP/TCU seguiu, em essência, as medidas aventadas pela unidade técnica.

## II

22. Em vista do exposto nos parágrafos precedentes, manifesto-me inicialmente acerca do valor do débito a ser imputado aos responsáveis solidários. Com as vênias de estilo, observo que a eficácia das retenções cautelares efetuadas em atendimento à deliberação do TCU ainda se encontra em apreciação no âmbito do Poder Judiciário.

23. Assim, penso que o TCU deva imputar aos responsáveis a integralidade do valor do superfaturamento apurado, constituindo o respectivo título executivo. Em eventual etapa recursal, sobrevindo o trânsito em julgado que torne a referida retenção definitiva, tal montante poderá ser deduzido do débito imputado.

24. Da mesma forma, após o trânsito em julgado deste processo de controle externo, na fase de cobrança executiva, as partes poderão comprovar a quitação de parcela do débito com os valores eventualmente retidos em caráter definitivo.

25. Outros valores eventualmente retidos em caráter definitivo por determinação do Poder Judiciário, tais como os decorrentes da ação de improbidade administrativa nº 0001859-31.2015.4.02.3502, citada pela peça de defesa da Constran, desde que tenham os mesmos fatos geradores dos tratados nesta TCE (superfaturamento por preços excessivos do Contrato 58/2009), podem ser considerados para fins de abatimento no valor a ser pago, a fim de evitar a configuração de **bis in idem**. Todavia, tal discussão deve ocorrer na etapa de execução das sentenças condenatórias das ações de improbidade e dos processos de controle externo.

26. Assim, julgo que o dano a ser imputado aos responsáveis nesta etapa processual deva ser o mesmo que foi objeto das citações determinadas pelo Acórdão 1.601/2017-Plenário, promovendo-se exclusivamente o ajuste nas datas de origem das parcelas de débito, conforme efetuado pela unidade técnica.

### III

27. Passo a tratar do exame das manifestações de defesa dos responsáveis que foram citados.

28. Antes disso, porém, convém repisar que, após a efetivação das comunicações processuais, os responsáveis José Francisco das Neves e Ulisses Assad deixaram transcorrer **in albis** o prazo concedido para sua manifestação, o que impõe a declaração de sua revelia, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo, conforme preconiza o § 3º do art. 12 da Lei 8.443/1992.

29. No que tange ao exame da manifestação de defesa do Sr. José Américo Cajado de Azevedo, cabe enfatizar que o responsável já havia deixado os quadros da Valec no momento da assinatura do Contrato 58/2009. Ocorre que o superfaturamento apontado nessa avença decorre diretamente do Contrato 15/2006, que foi rescindido pela Valec, o qual por sua vez foi resultado da aprovação da planilha orçamentária que acompanhou o Edital de Concorrência 8/2004, cujos preços estavam superiores aos de mercado. Assim, julgo que exista um liame entre os atos praticados no aludido certame e o superfaturamento no contrato que veio a substituir o que fora anteriormente rescindido, o que permitiria a responsabilização dos autores da planilha do orçamento-base da licitação e dos gestores que analisaram e aceitaram as propostas das licitantes com sobrepreço.

30. No entanto, alinho-me aos exames da unidade técnica e do MP/TCU quanto a esse responsável, por entender que sua participação na elaboração do orçamento-base da Concorrência 8/2004 não se encontra suficientemente evidenciada nos autos, o que enseja a sua exclusão do polo passivo desta tomada de contas especial.

31. Quanto à responsabilização de outros agentes da Valec, cabe apresentar um breve histórico dos atos administrativos que originaram a celebração do Contrato 58/2009. Do exame da documentação inserta à peça 40, observo que a contratação por dispensa licitação foi precedida da Carta nº 243/2009-PRESI, de 28/10/2009, de autoria do Sr. José Francisco das Neves, no qual foi procedido um detalhado relato da situação dos contratos 21/2001 e 15/2006, celebrados com a Construtora Camargo Corrêa S.A. O citado documento foi concluído com a decisão de notificar aquela construtora acerca da rescisão de ambos os ajustes, com fundamento no art. 79, inciso I, e 78, inciso II, da Lei 8.666/1993.

32. Em seguida, o então Presidente da Valec remeteu o Memorando 35/2009, de 12/11/2009, ao Sr. Jorge Antônio Mesquita Pereira de Almeida, Diretor de Engenharia em exercício, fazendo

uma exposição circunstanciada do histórico e da situação das obras na Ferrovia Norte-Sul, bem como apresentando plano de ação que deveria ser desenvolvido com urgência para a conclusão do empreendimento até outubro/2010. A Presidência da Valec também solicitou à Diretoria de Engenharia providências no sentido de retomar o ritmo normal das obras e recuperar os atrasos então verificados.

33. No dia seguinte, o Sr. Luiz Carlos de Oliveira Machado, na condição de Superintendente de Construção da Valec, em atendimento ao citado memorando, solicitou ao Presidente da Comissão de Licitação informação sobre as empresas que foram habilitadas na Concorrência 8/2004.

34. De forma subsequente, o Sr. Luiz Carlos elaborou a Nota Técnica 5/2009-Sucon, de 24/11/2009, na qual foi analisada a situação das obras do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul. Além disso, o documento informou acerca das alterações de empresas contratadas para término da execução do lote 2, sendo que a Constran seria a empresa contratada para executar o remanescente da obra. A citada Nota Técnica apresentou posicionamento final de que *“a única alternativa que efetivamente atende ao interesse público no presente caso: a continuidade do contrato do Lote 11 com a Constran, a celebração dos contratos referentes aos Lotes 2 e 10 com a Constran e a celebração do contrato do lote 4 com a SPA”*. O então superintendente de construção anexou a planilha dos serviços remanescentes dos lotes 2, 4 e 10.

35. Na sequência, a Carta 286/09-Presi, assinada pelo Diretor-Presidente da Valec, Sr. José Francisco das Neves, datada de 15/12/2009, convocou a empresa Constran para celebrar o contrato de execução dos serviços remanescentes das obras do Lote 2 da Ferrovia Norte-Sul.

36. No dia 17/12/2009, o Diretor Administrativo-Financeiro da Valec, Sr. Francisco Elísio Lacerda, autorizou a despesa no valor de R\$ 116.426.598,81 em favor da Constran, com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993. A dispensa de licitação foi ratificada na mesma data pelo Sr. José Francisco das Neves, sendo tais atos publicados no Diário Oficial da União do dia 21/12/2009.

37. A Exposição de Motivos nº 005/09, emitida em 22/12/2009 pela Sra. Maria Estela Filardi, Chefe da Assessoria Jurídica da Valec, entendeu que seria desnecessária a aprovação do Contrato 58/2009 pelo Conselho de Administração da Estatal, uma vez que o contrato original (15/2006) já havia sido aprovado por aquele Colegiado. Assim, não haveria impedimento para que a Diretoria da Valec aprovasse o referido ajuste.

38. Finalmente, em 24/12/2009, o Contrato 58/2009 foi firmado, tendo por signatários os Srs. José Francisco das Neves e Francisco Elísio Lacerda, por parte da Valec, bem como os Srs. Jorge Alberto Aun, Diretor-Presidente e Técnico da Constran, e José Roberto Bertoli, como Diretor Administrativo, Financeiro e Comercial da Constran.

### III.1

39. Tanto a unidade técnica quanto o **Parquet** concluíram pela responsabilização dos Srs. José Francisco das Neves e Ulisses Assad pelo superfaturamento, propondo que tais responsáveis tivessem as contas julgadas irregulares e fossem condenados ao pagamento do débito e da multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/1992. Estou plenamente de acordo com tais propostas, adotando os exames realizados como razões de decidir, sem prejuízo de recapitular alguns fatos que ensejaram a citação de ambos ex-administradores da Valec.

40. O Sr. José Francisco das Neves teve papel central não apenas na Concorrência 8/2004, mas também no processo de dispensa de licitação que originou o Contrato 58/2009. A Lei 8.666/1993, em seu art. 26, prevê que as dispensas de licitação devem necessariamente ser justificadas e deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Por sua vez, o art. 25, §2º, do mesmo diploma legal dispõe que, em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública tanto o fornecedor ou o prestador de serviços como o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

41. Também cabe enfatizar que tais responsáveis se omitiram diante de graves irregularidades que são apontadas pelo TCU no empreendimento desde 2008, ocasião em que foi relatado sobrepreço em diversos ajustes, incluindo o Contrato 15/2006, celebrado com a Construtora Camargo Corrêa S.A., o que resultou na determinação de retenção cautelar de 40% dos valores indicados como sobrepreço em cada lote da ferrovia em questão. Ainda que cientes do sobrepreço existente no Contrato 15/2006, o ajuste foi rescindido e nova contratação com os mesmos preços foi efetivada por dispensa de licitação, ainda que fossem públicas e notórias as diversas irregularidades apuradas pelo TCU no empreendimento.

42. A responsabilização do Sr. José Francisco das Neves também foi evidenciada por meio de acordo de leniência celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Construtora Camargo Corrêa, que relatam a participação efetiva da Construtora no cartel observado em licitações promovidas pela Valec, entre elas a Concorrência 8/2004.

43. O Sr. José Francisco das Neves, juntamente com o ex-Diretor de Engenharia, Sr. Ulisses Assad, foi denunciado pelo MPF/GO, em maio/2016, pela prática de cartel, corrupção, lavagem de dinheiro e crimes de licitação referentes aos contratos de construção da Ferrovia Norte-Sul e Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL). A denúncia ofertada aduz que a prática de cartel teve a efetiva participação da Diretoria da Valec, em especial desses dois responsáveis, que atuaram para beneficiar as empreiteiras em troca do pagamento de vantagens ilícitas. Cumpre transcrever trecho da denúncia do MPF/GO (destaques acrescidos):

*“De fato, a exemplo do edital da concorrência 004/2001 acima descrita, os editais das concorrências 008/2004, 002/2005 e 01/2007 promovidas por JUQUINHA e ASSAD foram elaborados contendo exigências que limitaram, injustificadamente, a competição, entre elas: (a) proibição de que uma mesma empresa concorresse a mais de dois lotes; (b) proibição da participação de consórcios de empresas (c) comprovação de execução anterior de ferrovias com dormentes de concreto fabricados pelo próprio licitante, as quais reduziram artificial e significativamente o universo de empresas com condições de participar das licitações.*

*A inclusão de tais exigências nos editais das concorrências 008/2004, 002/2005 e 01/2007 foi ajustada mediante acordo prévio em reuniões entre representantes as empresas do cartel e os diretores da VALEC JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES e ULISSES ASSAD que, como dito, aderiram ao esquema criminoso ora denunciado.*

*Apurou-se que, em relação às concorrências 008/2004, 002/2005 e 001/2007, JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES permitiu que as empresas integrantes do cartel dividissem entre elas, como melhor lhes aprouvessem, os lotes em disputa, bem assim praticassem os preços que lhes fossem convenientes, o que resultou em sobrepreço. Exigiu, contudo, que a empresa SPA Engenharia fosse contemplada. Além do mais, JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES atuou para que nenhuma das empresas cartelizadas “furasse” a acordo espúrio.*

*ULISSES ASSAD, por se turno, elaborou a Nota Técnica (fls. 910/918, IPL 0225/2001) que assegurou a inclusão e a manutenção nos editais de exigências*

desnecessárias e restritivas que tornaram viáveis a continuidade das atividades do cartel, como por exemplo, a proibição de consórcios, a proibição de que um mesmo licitante fosse contemplado com mais de 2 lotes, a exigência de comprovação de experiência anterior com dormentes de concreto monobloco usinado no canteiro, porque direcionou a licitação em benefício das empresas cartelizadas (já que apenas elas podiam atender à tais exigências).

Apurou-se, ainda, que JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES e ULISSES ASSAD promoveram as licitações 008/2004, 002/2005 e 01/2007 com sobrepreço nos seus respectivos orçamentos de referência.

Especificamente em relação ao Lote 02, da Concorrência 008/2004, Contrato nº 015/2006, também objeto desta denúncia 21, o orçamento de referência da VALEC continha sobrepreço da ordem de 25,1% (Laudo nº 215/2012 – SETEC/SR/DPF/GO, fls. 108, IPL nº 0240/2011). E o sobrepreço no orçamento de referência somado ao conjunto de exigências editalícias injustificadas foram decisivos para viabilizar a atuação do cartel, que pode assim repartir os lotes entre as empresas participantes, as quais ainda apresentaram propostas não competitivas (de cobertura, apenas para simular a competição), bem como praticarem o preço que maximizou seus lucros, em detrimento da VALEC.

(...)

O Contrato nº 015/2006 foi rescindido em novembro de 2009, antes de concluído. A rescisão decorreu de um estranho rearranjo promovido pelo denunciado JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES, que retirou algumas empreiteiras da execução dos lotes que haviam adjudicado e colocou outras no lugar.

Apurou-se que JOSÉ FRANCISCO DAS NEVES promoveu esse rearranjo para ludibriar decisões liminares do Tribunal de Contas da União que, em virtude de fiscalização de rotina, havia detectado parte dos sobrepreços acima descritos e determinado a retenção cautelar de 10% dos pagamentos das respectivas faturas. Assim, a parte remanescente do lote 02, objeto do Contrato nº 015/2006 firmado com a CCCC, após a sua rescisão, foi formalmente contratada à CONSTRAN, por intermédio do Contrato nº 058/2009.

(...)

Mais do que homologar os resultados das licitações, aprovar e assinar os contratos superfaturados e proveniente de fraudes à licitação, JUQUINHA assumiu o papel de garante do cartel.”

44. O último trecho é um indício de que as rescisões contratuais promovidas pela Valec, dentre elas a do Contrato 15/2006, foram uma forma de burlar as retenções cautelares determinadas pelo TCU. Friso que tais atos contaram com a participação pessoal e direta do Sr. José Francisco das Neves, que foi condenado pela 11ª Vara Federal pelos crimes de associação criminosa e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores na ação penal nº 18.114-41.2013.4.01.3500 (Operação “O Trem Pagador”).

45. Assim, julgo irregulares as contas do Sr. José Francisco das Neves e Ulisses Assad, condenando-os ao pagamento do débito solidário e da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Considerando a gravidade das irregularidades observadas proponho que seja aplicada aos aludidos responsáveis a multa prevista pelo art. 57 da Lei 8.443/1992, a qual fixo no valor individual de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para cada responsável.

46. Além disso, com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443/1992 e em linha com os exames procedidos pela unidade instrutiva e corroborados pelo **Parquet**, entendo que ainda seja cabível a aplicação da penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de

confiança no âmbito da administração pública para os dois responsáveis, cujo período fixo em 8 (oito) anos.

### III.2

47. A respeito do exame das alegações de defesa do Sr. Francisco Elísio Lacerda, a unidade técnica assim se posicionou, ao propor o julgamento de suas contas pela irregularidade:

*“86. Verifica-se na cronologia dos fatos que era de conhecimento público o sobrepreço identificado pelo TCU nos contratos da Ferrovia Norte-Sul desde janeiro de 2009. Naquela oportunidade a Corte de Contas teve de adotar medidas cautelares de retenção de pagamentos por exigência do Congresso Nacional prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Tudo isso, com vistas a resguardar a apuração em curso do que se transformou, posteriormente, em superfaturamento.*

*87. Registre-se que o ex-diretor-administrativo da Valec tinha condições de ter ciência do assunto, pois a retenção nos pagamentos foi medida que afetou praticamente todos os contratos da estatal impactando, inclusive, o balanço do Programa de Aceleração de Crescimento entre maio e agosto de 2009 conforme se depreende dos registros extraídos da página 47-48 do link: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>*

*88. Além disso constam outros registros de reportagens da época extraídas da internet e que demonstram que o superfaturamento era público e notório do qual não pode o gestor da Valec alegar desconhecimento, independentemente da posição técnica que ocupava na estatal:*

*<https://conexaoto.com.br/2008/11/24/desvio-na-norte-sul-chegou-a-r-516-milhoes-aponta-tcu>*

*<http://cesarfernandesvereadordeposio.blogspot.com/2009/08/tcu-reprova-uma-em-cada-tres-obras-no.html#links>*

*<http://blogdomariofortes.blogspot.com/2009/08/mais-sujeira-no-pac.html>*

*<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais/8o-balanco-completo-do-pac-maio-agosto-de-2009.pdf>*

*89. Com toda essa informação pública disponível era de se esperar que o ex-dirigente pudesse ter evitado autorizar despesa infringindo o disposto no §2º do art. 25 e art. 26 da Lei de Licitações dando condições para que a planilha com sobrepreço identificada pelo TCU se transformasse em superfaturamento no contrato 58/2009.*

*90. Vale destacar que a jurisprudência do TCU traz o entendimento de que o gestor, na função de ordenador de despesa, assim como de acompanhar e fiscalizar a atuação de seus subordinados, não sendo sua assinatura mera formalidade (Acórdãos 635/2017-TCU-Plenário, 3.004/2016-TCU-Plenário, 1.568/2015-TCU-2ª Câmara, 550/2015-TCU-Plenário, entre outros). Ou seja, nos termos do Acórdão 550/2015-TCU-Plenário, ao ordenador de despesas compete verificar todo o processo de dispêndio, com o objetivo de, entre outras medidas, detectar possíveis irregularidades, de modo que a sua assinatura não configura mera formalidade, mas autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos.”*

48. O d. representante do MP/TCU entendeu de forma diversa, no sentido de que as alegações de defesa do Sr. Francisco Elísio Lacerda deveriam ser acolhidas e as suas contas julgadas regulares, haja vista não se evidenciar razoável exigir desse agente conduta diversa da que adotou, ao autorizar as despesas para o contrato inquinado, sobretudo porque a Valec manteve a retenção cautelar de 11,26% nos pagamentos feitos no bojo do contrato que substituiu o ajuste original, nos termos determinados pelo TCU.

49. Com as vênias de estilo, acompanho o entendimento da unidade técnica e considero que o referido responsável também deve ter as contas julgadas irregulares e, conseqüentemente, ser condenado solidariamente ao pagamento do débito. Com efeito, seria esperado que o responsável avaliasse a legalidade e a legitimidade da despesa que estava autorizando, notadamente em empreendimento de grande vulto e materialidade como o que ora se examina. A função de ordenador de despesa não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, porquanto deve representar um verdadeiro controle da regularidade da despesa pública.

50. A sua conduta é agravada pelo fato de as irregularidades apuradas pelo TCU na obra serem públicas e notórias, demonstrando que houve culpa grave pela ausência de cautela profissional e que contribuiu definitivamente para a ocorrência de prejuízo aos cofres público. Assim, considero que o Sr. Francisco Elísio Lacerda tenha a obrigação de ressarcir os prejuízos constatados, com o julgamento de suas contas pela irregularidade, além de ser sancionado com a multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/1992, cujo montante fixo em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

51. Considero que não caiba a aplicação da sanção do art. 58, inciso III, ao caso em questão, tendo em vista a intelecção dos arts. 19 e 57 da Lei 8.443/1992, a seguir reproduzidos:

*“Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.*

*(...)*

*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.”*

### III.3

52. A situação da ex-chefe da Assessoria Jurídica da Valec, Sra. Maria Estela Filardi, guarda cerca similitude com a do responsável Francisco Elísio Lacerda. A principal arguição da defendente é de que não exercia tarefas relacionadas a orçamentos, preços e aspectos de engenharia. Embora reconheça-se que o superfaturamento por preços excessivos envolva um exame de cunho predominantemente técnico na documentação da contratação, acompanho o entendimento da unidade técnica que observou que a assessora jurídica da Valec não alertou sobre a suposta infração ao disposto no §2º do art. 25 da Lei de Licitações e os requisitos presentes no art. 26 do mesmo diploma legal, em particular a necessidade da justificativa do preço a ser contratado no processo de dispensa de licitação.

53. Esperava-se que a responsável tivesse alertado a Diretoria da Valec sobre a potencial infração à normal legal por conta de dispensa de licitação para executar o remanescente do objeto de contrato em que se apurou sobrepreço. Nesse aspecto, a jurisprudência do TCU se encontra consolidada no sentido de que o parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com o gestor quando, por dolo, culpa grave ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato irregular ou ilegal. Cito trecho do voto condutor do Acórdão 1.801/2007-Plenário contendo algumas considerações sobre a responsabilização do parecerista jurídico no processo de contas:

*“4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.*



5. *Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.*

6. *Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.”*

54. Em acréscimo ao exame efetuado pela unidade técnica, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, cabe repisar que o apontamento de superfaturamento na obra da Ferrovia Norte-Sul era notório e não havia como a Chefe da Assessoria Jurídica da Estatal alegar que não ter tido ciência dos fatos, em particular quando várias medidas cautelares foram endereçadas à Valec pelo TCU.

55. Registro ainda que a responsável teve uma participação ampla em todo o espectro de irregularidades observadas na obra, iniciando-se pela sua atuação como parecerista jurídica na Concorrência 8/2004, cujas cláusulas foram consideradas restritivas pelo TCU e ensejaram a apenação do então Diretor de Engenharia, Sr. Ulisses Assad, pelo Acórdão 2.447/2014-Plenário, ante a exigência desarrazoada de atestados técnicos e a injustificada vedação à participação de empresas em consórcio.

56. Além do ato que originou a celebração do Contrato 58/2009, a Sra. Maria Estela Filardi também emitiu participou da assinatura de termos de aditamento contratual ao referido ajuste, inclusive com extrapolação dos limites legais de alteração contratual, o que ensejou a aplicação de sanções ao Sr. Ulisses Assad e ao Sr. José Francisco das Neves pelo Acórdão 1.498/2015-Plenário.

57. Ainda em relação à responsabilidade do parecerista jurídico que atua com culpa grave ou dolo, gostaria de enfatizar que o parecer que examina processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação pressupõe sempre uma análise antecipada ou a posteriori da minuta do contrato, a qual é vinculante, na forma do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993:

*“Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”*

58. Então, a discussão sobre a natureza vinculante ou não do parecer jurídico no caso de dispensa de licitação me parece superada, visto que o parecer não é peça meramente opinativa, mas possui caráter obrigatório, na medida em que o administrador público, ao seguir o entendimento expresso no parecer, agrega a fundamentação ali contida ao seu ato. Destarte, considero que, nas hipóteses de emissão de parecer com base no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, parte do ato administrativo é composta pelo próprio parecer e, portanto, realizada pelo parecerista. Daí exsurge o nexo de causalidade entre o parecer jurídico irregular e o dano observado ao erário.

59. Dessa forma, em harmonia com o que pensam alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do posicionamento externado no âmbito do MS 24.584/DF, entendo que tal pressuposto está atendido, visto que houve análise da minuta do contrato pela parecerista da Valec.

60. Consoante o exposto, rejeito as alegações de defesa e julgo irregulares as contas da Sra. Maria Estela Filardi, bem como a condeno ao pagamento solidário do débito apurado e da multa capitulada no art. 57 da Lei Orgânica do TCU, cujo montante estipulo no valor de R\$ 1 milhão.

61. Em atenção às alegações apresentadas pelo Sr. Luiz Carlos de Oliveira Machado, novamente existe posicionamento divergente entre a unidade técnica – que propõe condená-lo em solidariedade ao ressarcimento do débito – e o Ministério Público de Contas, que bem sintetizando as alegações do responsável, assim se posicionou:

*“No tocante ao Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado, diferentemente dos outros dois responsáveis mencionados nos parágrafos 11 a 14, vê-se que ele exercia um cargo diretamente ligado às atividades de engenharia, de maneira que dele poderia se esperar uma análise mais acurada dos itens que compunham a planilha orçamentária da obra em questão. Contudo, observa-se que a sua atuação, no contexto dos atos que culminaram na celebração do Contrato 58/2009, consubstanciou-se na emissão da nota técnica 5/2009 (peça 40, p. 26-37), a qual não reexaminou a conformidade dos preços dos serviços remanescentes da construção do lote 2 da FNS com os preços de mercado, mas tão somente traçou um panorama das situações contratuais dos ajustes até então celebrados, com informações sobre saldos contratuais e quantidades de serviços a serem executados, para fins de contratação da empresa classificada em segundo lugar na Concorrência 8/2004, por dispensa de licitação, em observância ao XI do art. 24 da Lei 8.666/1993.*

*Desse modo, sugerimos que o Sr. Luiz Carlos Oliveira Machado tenha as contas julgadas regulares, pois a sua conduta, ao elaborar a nota técnica 5/2009 – que informava a respeito das situações dos lotes 2, 4, 10 e 11 de construção da FNS e se posicionava pela contratação da Constran para a execução do remanescente das obras referentes ao lote 2 da FNS – não foi decisiva para o superfaturamento ora apurado, o qual teve origem em processo de licitação realizado no ano de 2004, antes mesmo que ele fosse nomeado para o cargo de superintendente geral de obras da Valec, em 10/6/2008 (peça 132, p. 3).”*

62. **Data maxima venia**, o disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993 exige que os processos de dispensa de licitação sejam instruídos com a razão da escolha do executor da obra e com a devida justificativa de preço. A única manifestação da área técnica da Valec, emitida diretamente pelo então Superintendente de Construção da estatal, foi a citada Nota Técnica 5/2009. Assim, ainda que tal documento não tenha expressamente se manifestado acerca da regularidade dos preços da planilha contratual, caberia obrigatoriamente a realização de tal exame.

63. Sem o exame da economicidade dos preços a serem contratados, o signatário da nota técnica jamais poderia concluir que *“a única alternativa que efetivamente atende ao interesse público no presente caso: a continuidade do contrato do Lote 11 com a Constran, a celebração dos contratos referentes aos Lotes 2 e 10 com a Constran e a celebração do contrato do lote 4 com a SPA”*. Ao fazê-lo sem o indispensável exame da regularidade dos preços, deixou de cumprir expressamente obrigação legal prevista no art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993, motivo pelo qual também deve ser condenado ao ressarcimento do débito, com o consequente julgamento pela irregularidade de suas contas, além de ser sancionado com a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, ora fixada em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

### III.5

64. Em atenção às alegações apresentadas pela Constran, observo inicialmente que é improcedente o argumento de que não foi possível o exercício do contraditório em virtude de suposta ausência das fontes de preços de referência utilizados pelos auditores do TCU. Tais referências estão detalhadas na peça 30 dos autos e o Acórdão 1.601/2017-Plenário, ao determinar a citação dos responsáveis, cuidou de enviar a todos os arrolados no polo passivo desta TCE o citado documento, **in verbis**:

*“9.10. encaminhar aos responsáveis arrolados nos autos cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, juntamente com as cópias das demais peças que, individualmente, interessem a cada um deles, incluindo as planilhas eletrônicas constantes da peça 30 em formato editável.”*

65. Registro também que não se trata da primeira oportunidade que a empresa teve para justificar a regularidade dos preços contratados, visto que nos autos do TC-011.287/2010-1, processo originador desta tomada de contas especial, foi realizada oitiva da empresa.

66. A despeito da questão preliminar suscitada pela Constran, a empresa informou que buscou refazer o cotejo entre preços praticados no contrato e a média de preços de quatro fontes utilizadas como referência: (i) o orçamento-base do Edital nº 008/04; (ii) o orçamento do EVTEA, elaborado pela Consultoria Maia Melo – Valec – FNS trecho Goiânia-Brasília, em setembro de 2011, retroagido a novembro de 2004 por meio da fórmula paramétrica contratual; (iii) a proposta da defendente, que foi a segunda-colocada no certame licitatório; e (iv) o orçamento de referência do Tribunal de Contas da União, lastreado principalmente no Sicro 2, ainda que com as alegadas falhas e distorções nesse referencial, apontadas pela Constran.

67. Considero que tal argumentação não seja suficiente para elidir o superfaturamento apontado no contrato. Na verdade, a construtora usa de um expediente em sua defesa que nada mais é do que uma mera tautologia. Por óbvio, o valor do débito sempre será reduzido se for calculada a média entre o preço de referência do TCU, que foi entendido por adequado aos parâmetros de mercado pelo Acórdão 1.498/2015, e outras referências superiores ao próprio orçamento em que se apontou o superfaturamento. Afinal, a proposta inicial da Constran para o Edital nº 8/2004 foi superior à proposta da primeira colocada, a qual posteriormente embasou os preços ajustados entre a Valec e a construtora por dispensa de licitação, cujo superfaturamento foi reiteradamente apontado em diversas instruções das unidades técnicas do TCU.

68. Quanto ao orçamento da Consultoria Maia Melo, ainda que este fosse reconhecido como um parâmetro de mercado, considero que a correção ou a retroação de referenciais de preços por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores contratados com os praticados no mercado à época do ajuste, uma vez que correções monetárias por períodos demasiadamente longos geram distorções. Foi esse entendimento que tive ao relatar casos em que argumentos semelhantes foram analisados, tal como no Acórdão 854/2016-Plenário.

69. O fato é que todos os argumentos apresentados pela empresa procuram descaracterizar a aplicabilidade do Sicro-2 como referência, mas tal sistema referencial tem sido reiteradamente considerado tanto pela jurisprudência do TCU quanto pela legislação que rege a matéria como um parâmetro adequado de preços de mercado para obras de infraestrutura de transporte, incluindo o modal ferroviário.

70. Conforme pacífica jurisprudência do TCU, os sistemas referenciais oficiais da Administração, como todo documento público, gozam de presunção de veracidade e de legitimidade, ou seja, refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Compete aos responsáveis comprovarem alegações em contrário a partir de elementos fáticos que demonstrem a inadequação ou a necessidade de adequação dos preços extraídos de sistemas de referência.

71. Nesse aspecto, faço remissão à segunda metodologia de cálculo elencada pela peça de defesa da Constran, que apresentou custos referenciais construídos a partir de injustificadas reduções dos valores referentes às produções das equipes mecânicas (velocidade e fatores de eficiência e de carga) à realidade da obra. Tais alegações, desacompanhadas de sólidas evidências, não podem ser acolhidas por esta Corte de Contas.

72. A empresa também pretende incorporar às referências o fator de chuvas criado pelo novo Sicro, que recentemente substituiu o Sistema Sicro-2. Creio que este Tribunal ainda se debruçará sobre a pertinência das adequações realizadas pelo Dnit em seu referencial de custos. Reconheço que o novel sistema pode ter trazido aprimoramentos em relação ao sistema anterior, mas a questão do impacto das

chuvas nos orçamentos ainda deve ser vista com cautela. Ao relatar o Acórdão 1.637/2016-Plenário, exarei as seguintes considerações sobre o tema:

*“78. Recentemente, no âmbito do [Acórdão 2.514/2015-Plenário](#), de minha relatoria, o TCU acolheu a tese de que não é aceitável a inclusão do “fator chuva” nos orçamentos de obras rodoviárias, pois a precipitação de chuvas ordinárias não repercute de modo significativo sobre os custos dos empreendimentos, além de ser contrabalanceada por fatores não considerados pelo Sicro na formação do preço de referência, como fator de barganha, economia de escala, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, entre outros. Na ocasião, assinalei que “desde a prolação do [Acórdão 2.061/2006-Plenário](#), em 8/11/2006, o Tribunal passou a rejeitar a inclusão do ‘fator chuva’ nos orçamentos de obras rodoviárias”. Esse entendimento baseou-se no fato de que a mera ocorrência de chuvas ordinárias não deveria repercutir sobre os custos consignados no Sicro, “porque a influência das precipitações seria pouca sobre o total contratado e seria contrabalançada por outros fatores não considerados pelo sistema orçamentário (fator de barganha e fator de escala para compra dos insumos, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, etc.)”.*

(...)

*79. Ainda que fosse admitida a incidência de tal fator, seu cálculo não deveria jamais ocorrer segundo a metodologia propugnada pela empreiteira, que acabou sendo acolhida pelo [Acórdão 1.329/2009-Plenário](#), pois as chuvas não podem repercutir no fator de eficiência e, conseqüentemente, na produtividade das equipes mecânicas. As precipitações causam aumento apenas dos custos improdutivos dos equipamentos em virtude os períodos ociosos.”*

73. Ainda quanto ao uso do novo Sicro, gostaria de mencionar o entendimento perfilado pelo ilustre Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, ao relatar o Acórdão 1.194/2018-Plenário, em que abordou o tema com bastante propriedade:

*“51. Em conclusão, os referenciais do controle devem ser condizentes com aqueles existentes no período em que ocorreram os fatos objeto do controle. Assim não cabe o uso de novas referências, tal como o Novo Sicro, fazendo-o retroagir a situações anteriores, em que outras referências, como o Sicro-2 e, eventualmente, o Sintran, balizavam os orçamentos elaborados para contratação de obras públicas. Não fosse assim, haveria a oportunidade para que custos anteriormente não previstos nos sistemas referenciais, mas que eram de conhecimento do particular e, de alguma forma, compensados em suas propostas, viessem a ser admitidos como custo adicional em razão de o novo sistema de referência vir a explicitá-los, beneficiando indevidamente o particular.*

*52. Vale lembrar que o Dnit, em sua publicação Informativo Sicro 1/2017, fez constar a seguinte ressalva quanto a utilização de diferentes sistemas, como o Novo Sicro e o Sicro-2, para a elaboração de orçamentos:*

*“É imprescindível destacar que os novos orçamentos a serem elaborados, a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de ocorrência de graves distorções em função dos tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas.” (grifei)*

*53. Assim, da mesma forma que não deve haver a utilização simultânea de diferentes sistemas de custos para a preparação de orçamentos, entendo que também não deve haver utilização simultânea desses sistemas para efeito de controle, sob risco de se incorrer nas graves distorções mencionadas.*

54. Ademais, querer rever a metodologia então existente, como propõe a unidade técnica, cria um precedente de grande repercussão no controle exercido por este Tribunal. Por um lado, ensejaria que a mesma revisão fosse realizada em todos os processos em andamento que envolvem a apuração de sobrepreços calculados com base nos custos referenciais do Sicro-2 ou do Sinctran; por outro, daria aso para que, nas tomadas de contas especiais já julgadas em que foram imputados débitos decorrentes de superfaturamentos com referência naqueles sistemas, fossem interpostos recursos de revisão pleiteando a reanálise em confronto com o Novo Sicro. Se fosse o caso de se rever uma injustiça, não haveria como o Tribunal se furtar a encarar essa tarefa. Penso não haver, entretanto, fundamentos para essa revisão, ante os motivos que alinhei acima.

55. Por essas razões deixo de acolher a redução no valor do sobrepreço, calculada com base no Novo Sicro.”

74. Assim, não tenho dúvidas de que, em face da proximidade temporal, a utilização do Sicro-2 com data mais próxima da data-base do contrato é a referência mais escorreita, por ser o critério que se presta melhor a avaliar o aspecto subjetivo das condutas dos responsáveis, visto que o exame que se exigiria de um agente público seria a comparação dos preços orçados com os vigentes em sistemas referenciais contemporâneos da contratação.

75. Portanto, rejeito as alegações de defesa apresentadas pela Constran e julgo irregulares as suas contas, condenando-a ao pagamento solidário do débito. Por ser a principal beneficiária dos preços superfaturados, considero que a empresa deva ser sancionada com a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, ora estipulada em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

### III.6

76. Finalmente, trato da responsabilização dos administradores da construtora. Os Srs. Jorge Alberto Aun e José Roberto Bertoli foram citados na condição de signatários do Contrato 58/2009. Apresentaram alegações em conjunto com a Constran tentando elidir o superfaturamento, os quais foram analisados no tópico anterior.

77. Adicionalmente, alegaram não ter participado de qualquer das tratativas anteriores ou posteriores aos ajustes que teriam causado as irregularidades em apuração, tendo se limitado à assinatura do contrato por serem os representantes legais da construtora. Aduziram ainda que o único responsável pelo superfaturamento seria outro ex-dirigente da empresa, o Sr. Luiz Sérgio Nogueira.

78. Acolho integralmente o exame da unidade técnica acerca da conduta dos dois ex-dirigentes da empresa, com o qual anuiu o MP/TCU, adotando-o como razões de decidir, **in verbis**:

*“133. Especificamente sobre as alegações dos dirigentes da Constran de que não constam provas de participação que induzam a resultado danoso é preciso relembrar o teor da conduta incluída pelo Ministro-Relator no Voto condutor do Acórdão citatório 1.601/2017-TCU-Plenário de assinar o Contrato 58/2009 na condição de diretores da empresa, tendo conhecimento dos atos de corrupção e de conluio referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS).*

*134. Desse modo, verifica-se que foi atribuído aos dirigentes da Constran culpa in vigilando ou in eligendo exigindo-se de um dirigente-médio que contrata com a Administração o dever de nomear seus subordinados e de supervisionar suas atividades de modo adequado. Dessa forma, o fato de a conduta de conluio e de corrupção efetivada por empregado da empresa em Brasília não afasta a responsabilidade dos dirigentes na sede em São Paulo. Além disso, a assinatura no contrato e a disposição estatutária citada pela defesa só confirmam a responsabilidade dos administradores, especialmente diante da pública e notória atuação cautelar do Tribunal de Contas da União à época diante do sobrepreço identificado em diversos contratos da Ferrovia Norte Sul, inclusive os que envolvem a empresa Constran.*

135. O art. 158, inciso II, c/c o art. 158, § 2º, da Lei 6.404/1977, demonstram que os administradores de uma empresa privada são solidariamente responsáveis com a companhia pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres previstos em lei para a operação normal empresarial. Dessa forma, os referidos responsáveis descumpriram seus deveres legais enquanto administradores de uma empresa privada contratada da Administração Pública e concorreram para a consecução do dano ao erário no caso concreto, cabendo sua responsabilização nos termos do art. 16, § 2º, alínea "b", da Lei 8.443/1992.

136. Por essas razões, não se pode excluir do polo passivo no débito os dirigentes da empresa na sede da empresa em São Paulo que materializaram, por meio da assinatura no contrato, a representação da pessoa jurídica ao revés da proposta mais vantajosa para a administração, da legalidade, da probidade administrativa e da economicidade. Não se pode esquecer que essas condutas ocorreram em um contexto de conluio e corrupção relatado no histórico de conduta do CADE (peças 32-35).

137. Portanto, não cabe acolher as alegações de defesa tendentes a imputar toda a responsabilidade pelo débito exclusivamente ao subordinado da empresa em Brasília na época (Luiz Sérgio Nogueira), também apontado como solidário no débito no presente processo."

79. Com efeito não é verossímil a alegação de que o Sr. Luiz Sérgio Nogueira tenha agido de forma isolada, sem o conhecimento dos representantes legais da empresa. Além disso, como bem observado pela unidade técnica, os dirigentes da construtora tinham plena ciência do apontamento das irregularidades pelo TCU no contrato em exame e, também, em outro trecho da ferrovia que estava sendo executado pela construtora (lote 4).

80. Quanto ao Sr. Luiz Sérgio Nogueira, sua citação decorreu da existência de evidências de sua participação na conduta anticompetitiva nas obras da Valec, na denominada "Fase de consolidação do cartel - entre 2003 e 2007" e, também, da "Fase de ampliação do cartel - 2010". A atuação desse agente é apresentada da seguinte forma na descrição sumária da conduta realizada pelo Cade (destaques acrescidos):

*"1. Este Histórico da Conduta consiste em documento elaborado pela Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) com base nos documentos e informações apresentados pelos Signatários do Acordo de Leniência, que reportaram ao conhecimento da Superintendência-Geral do CADE a ocorrência de condutas anticompetitivas praticadas no Brasil em licitações da Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. ("Valec"), com relação ao mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul ("FNS" - EF-151) e da Ferrovia de Integração Oeste-Leste ("FIOL" - EF-334).*

*2. As violações à ordem econômica consistiram em acordos para divisão de mercado entre concorrentes com fixação de vantagens relacionadas para frustrar o caráter competitivo das licitações referidas adiante. Conforme apurado pelos Signatários, a conduta foi implementada principalmente por meio de reuniões presenciais e negociações intermediadas pela alta administração da Valec.*

*3. O relato dos Signatários aponta que a conduta aqui narrada se deu de forma continuada e experimentou fases distintas ao longo do tempo'. A sequência abaixo descreve cronologicamente as fases da conduta conforme o relato dos Signatários.*

*(...)*

*c "(III) Fase de consolidação do cartel - entre 2003 e 2007 - Ferrovia Norte-Sul trechos Tocantins a Goiás", momento em que a Valec lançou editais para contratação de obras para implantação da Ferrovia Norte-Sul em trechos entre Tocantins e Goiás, por meio das Concorrências 008/2004, 002/2005 e 001/2007. Os Signatários apontam que, nessa fase,*

graças aos acordos anticompetitivos, foi frustrado o caráter competitivo da Concorrência 008/2004 e, possivelmente, das Concorrências 002/2005 e 001/2007. Empresas participantes da conduta: (i) Carioca Eng., (ii) Constran, (iii) CCCC, (iv) Andrade Gutierrez, (v) Barbosa Mello, (vi) Odebrecht, (vii) Queiroz Galvão, (viii) C.R. Almeida, (ix) Egesa, (x) Galvão Eng., (xi) Mendes Júnior, (xii) Serveng, (xiii) Servix9 e (xiv) SPA.

4. De acordo com informações dos Signatários, por meio das práticas anticompetitivas no mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para implantação de ferrovias, frustrou-se o caráter competitivo, pelo menos, das Concorrência 004/2001 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Anápolis/GO - Porangatu/GO), 008/2004 (Ferrovia Norte-Sul: Trechos entre Tocantins e Goiás), dos Lotes 01 a 04 da Concorrência 004/2010 (Ferrovia Norte-Sul: Trecho Ouro Verde/GO - Estrela do Oeste/SP) e dos Lotes 01, 02, 04, 05 e 06 da Concorrência 005/2010 (Ferrovia de Integração Oeste-Leste: Trecho Ilhéus/BA - Barreiras/BA), com indícios de que os Contratos 011/2000 e 010/2002, as Concorrências 002/2005 e 001/2007 (Ferrovia Norte-Sul: Trechos entre Tocantins e Goiás), bem como os Lotes 05 da Concorrência 004/2010 e os Lotes 03 e 07 da Concorrência 005/2010 também tenham sido afetados pela conduta, como descrito no quadro abaixo.

(...)

Constran S.A. Construções e Comércio ("Constran")

17. A Constran teve participação efetiva na conduta anticompetitiva implementada pelos seus funcionários (atualmente funcionários e/ou ex-funcionários) Luiz Sérgio Nogueira (Engenheiro) na "(III) Fase de consolidação do cartel - entre 2003 e 2007", que também participou, junto a José Carlos Tadeu Lima (Diretor) da "(IV) Fase de ampliação do cartel - 2010" e, ainda, por meio de sua participação no Consórcio Constran! Egesa/ Pedra Sul/ Estacon/ CMT e no Consórcio Constran/ Egesal Carioca, integrantes do cartel na "(IV) Fase de ampliação do cartel - 2010" da conduta. Sua participação está evidenciada, por exemplo, nos parágrafos 3, 16, 17, 24, 32, 41, 45, 55, 56, 144, 147, 156, 164, 166, 178, 190, 214, 220, 221, 225, 227, 285, 296, 297 e 305 e nas Tabelas 4, 7, 22, 51, 52, 65, 66, 67, 70, 71 e 72 deste Histórico da Conduta

(...)

Luiz Sérgio Nogueira

56. De acordo com os Signatários, Luiz Sérgio Nogueira foi, durante a conduta, Engenheiro na Constran S.A. Construções e Comércio, participante do cartel na "(III) Fase de consolidação do cartel entre 2003 e 2007" e "(IV) Fase de ampliação do cartel - 2010" da conduta. Ele era representante do escalão operacional, cuja participação na conduta consistiu em realizar contato com concorrentes e com eles participar de reuniões para discutir preços e distribuição dos lotes licitados pela Valec, o que está evidenciado, por exemplo nos parágrafos 17, 56, 147, 227, 285, 297 e 305 nas Tabelas 7, 22, 23, 51 e 65 deste Histórico da Conduta."

81. A principal arguição de defesa apresentada pelo responsável é no sentido de que a jurisdição do TCU não alcançaria empregados de entidades de direito privado. No entanto, considero que não assiste razão ao responsável, que não logrou êxito ao recorrer no Supremo Tribunal Federal com argumento semelhante, visto que a Exma. Ministra Rosa Weber negou liminar no Mandado de Segurança (MS) 35404, impetrado pelo responsável contra a medida constritiva adotada pelo já mencionado Acórdão 1.601/2017-Plenário.

82. De acordo com a Relatora, precedentes do STF reconheceram a atribuição do TCU para investigar as contas de particulares contratantes com ente integrante da administração pública federal ou de terceiros que, na condição de interessados, possam, em tese, ter concorrido para o desvio de dinheiro público. Ela frisou ainda que o STF também autorizou a possibilidade de o TCU impor sanções a particulares.

83. O Exmo. Ministro Gilmar Mendes também teve entendimento semelhante no âmbito dos MS 35.623 e 35.555, que apreciaram pedidos liminares em mandados de segurança impetrados por outros sócios de empresas construtoras envolvidas nas irregularidades apuradas na Ferrovia Norte-Sul, no Estado de Goiás. No último julgado, os impetrantes sustentaram que não seria possível a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo do TCU e que as medidas de bloqueio de bens por este Tribunal se aplicariam apenas àqueles que ocupam cargo ou função pública.

84. Ao analisar o caso, o Ministro Gilmar Mendes salientou que o “*que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da corte de contas é a origem dos recursos por ela utilizados*”. Para o relator, em razão do rol constitucional de competências do TCU, é perceptível que compete ao órgão a fiscalização dos recursos públicos aplicados irregularmente por particulares que firmam contrato com a administração pública.

85. Por fim, em linha com entendimento que venho reiteradamente defendendo em diversos julgados, a decisão monocrática proferida no âmbito do MS 35.555 ressaltou que não é possível se constatar a ocorrência da suposta desconsideração à personalidade jurídica da empresa pelo TCU, conforme alegado. Isto porque, segundo o Ministro-Relator, o que se verifica, no caso, é que a determinação cautelar de bloqueio de bens se deu em virtude de indícios da responsabilidade pessoal dos sócios no evento danoso aos cofres públicos.

86. Nesse sentido, gostaria de observar que a responsabilização dos ex-empregados e ex-administradores da Constran decorre do próprio texto constitucional, em especial o art. 70, parágrafo único, e o inciso II do art. 71, que não faz qualquer distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição do débito, bastando que qualquer um deles tenha dado causa a irregularidade que resulte prejuízo ao erário. A interpretação desses dispositivos constitucionais deixa evidente o poder-dever de o Tribunal de Contas da União julgar, não só as contas dos gestores públicos, mas de qualquer pessoa física ou jurídica que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

87. Dessa forma, as contas dos Srs. Jorge Alberto Aun, José Roberto Bertoli e Luiz Sérgio Nogueira devem ser julgadas irregulares, com a condenação dos aludidos responsáveis ao pagamento solidário do débito oriundo do superfaturamento, bem como da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1993, cujos valores fixo em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada um dos dois primeiros responsáveis, e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para o Sr. Luiz Sérgio Nogueira.

88. Este último responsável também deve ser sancionado com a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública, dada à gravidade da conduta observada. Com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443/1992, estabeleço o período de 8 (oito) anos para o prazo de inabilitação do responsável.

89. Considero que a penalidade de inabilitação de responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (art. 60 da Lei 8.443/1992) pode ser aplicada a terceiros estranhos ao serviço público. Em linha com tal assertiva, cito o Acórdão 2.193/2017-Plenário e o trecho do voto condutor do Acórdão 1.785/2017-Plenário, em que o Ministro José Múcio Monteiro, com a lucidez que lhe é peculiar, fez as seguintes considerações:

*“16. Com as devidas vênias, dissinto das ponderações do Ministério Público no que se refere ao julgamento das contas de terceiros que não tenham atuado como gestores dos recursos públicos. Filio-me à corrente majoritária que defende o julgamento das contas de todos aqueles que derem causa à irregularidade da qual resulte dano ao erário. São nessa linha, entre outros, os Acórdãos 295/2016 – Plenário (Relator Ministro Bruno Dantas), 8650/2013 – 1ª Câmara (Relator Ministro Benjamin Zymler), 2545/2013 – Plenário (Relator Ministro José Múcio Monteiro) e 2248/2013 – Plenário (Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti).*”



*17.Divirjo do parquet, também, quanto à questão da inabilitação de pessoas estranhas ao serviço público para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, por considerá-la possível e até mesmo desejável, como medida preventiva. Associo-me, desta forma, à jurisprudência retratada, a título de exemplo, nos Acórdãos 491/2017 – Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes) e 2905/2016 – Plenário (Relator Ministro Bruno Dantas).”*

## IV

90. A tabela a seguir consolida as multas aplicadas com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos termos fundamentados neste voto, as quais estão dispostas na minuta do acórdão ora submetido a este colegiado:

Responsável	Valor da Multa
José Francisco das Neves	R\$ 5.000.000,00
Luiz Sergio Nogueira	R\$ 5.000.000,00
Ulisses Assad	R\$ 5.000.000,00
Francisco Elísio Lacerda	R\$ 1.000.000,00
Luiz Carlos Oliveira Machado	R\$ 1.000.000,00
Maria Estela Filardi	R\$ 1.000.000,00
Jorge Alberto Aun	R\$ 1.000.000,00
José Roberto Bertolli	R\$ 1.000.000,00
Constran S.A. - Construções e Comércio	R\$ 10.000.000,00

91. A fim de salvaguardar a recomposição ao erário dos recursos desviados, adiro ao encaminhamento proposto pela SeinfraOperações, corroborado pelo MP/TCU, e considero pertinente solicitar à Advocacia-Geral da União (AGU) o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, com fundamento no art. 61 da Lei 8.443/1992.

92. Considerando que o grupo econômico formado pela UTC Participações S.A., UTC Engenharia S.A., Constran S.A. Construções e Comércio, UTC Investimentos, bem como outras empresas vinculadas ao Grupo UTC, estão em recuperação judicial, em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo (processo nº 1069420-76.2017.8.26.0100), deve ser adotado o procedimento preconizado pelo Exmo. Ministro Luiz Edson Fachin no âmbito do MS 34.793. Ou seja, o TCU deve oficiar à Advocacia-Geral da União para que solicite o arresto dos bens à 2ª Vara de Recuperações e Falências de São Paulo.

93. Avalio que o arresto de bens da empresa e dos demais responsáveis julgados em débito deve ficar limitado ao valor de R\$ 33.730.108,96, o qual já considera o abatimento do montante da retenção efetuada pela Valec de R\$ 20.587.078,83.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de setembro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 2240/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 014.361/2015-9.
2. Grupo II – Classe de Assunto: IV – Tomada de Contas Especial
3. Interessados/Responsáveis:
  - 3.1. Responsáveis: Constran S.A. - Construções e Comércio (61.156.568/0001-90); Francisco Elísio Lacerda (036.082.658-05); Jorge Alberto Aun (374.154.178-87); José Roberto Bertoli (612.472.518-53); José Américo Cajado de Azevedo (548.198.066-53); José Francisco das Neves (062.833.301-34); Luiz Carlos Oliveira Machado (222.706.987-20); Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68); Maria Estela Filardi (348.592.927-15); Ulisses Assad (008.266.408-00).
4. Órgão/Entidade: Valec Engenharia Construções e Ferrovias S.A.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
8. Representação legal:
  - 8.1. Cyrlston Martins Valentino (23.287/OAB-DF) e outros, representando José Américo Cajado de Azevedo.
  - 8.2. Edgard Hermelino Leite Junior (49.331/OAB-DF) e outros, representando José Roberto Bertoli, Jorge Alberto Aun e Constran S.A. - Construções e Comércio;
  - 8.3. Gabriel Miranda Coelho (43.502/OAB-RJ), representando Maria Estela Filardi.
  - 8.4. Leonardo Lacerda Jube (26.903/OAB-GO), representando Francisco Elísio Lacerda.
  - 8.5. Eri Rodrigues Varela (1.807/OAB-RN) e outros, representando Ulisses Assad.
  - 8.6. Najla Saad El Haouli (40.566/OAB-GO), representando José Francisco das Neves.
  - 8.7. Elísio de Azevedo Freitas (18596/OAB-DF) e outros, representando Luiz Sérgio Nogueira.
  - 8.8. Silvia Regina Schmitt (58372/OAB-RS) e outros, representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1.498/2015-Plenário, em razão do indício de superfaturamento identificado no Contrato 58/2009, referente ao remanescente da construção do lote 2 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), em trecho de 52 km situado entre Ouro Verde de Goiás (GO) e Jaraguá (GO),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. excluir da relação processual o Sr. José Américo Cajado Azevedo;
- 9.2. considerar revéis, os Srs. Ulisses Assad e José Francisco das Neves, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;
- 9.3. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alíneas “c” e “d”, e § 2º, ambos da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19, **caput**; e 23, inciso III, da mesma lei, julgar irregulares as contas dos Srs. José Francisco das Neves (062.833.301-34); Ulisses Assad (008.266.408-00), Francisco Elísio Lacerda (036.082.658-05), Luiz Carlos de Oliveira Machado (222.706.987-20), Maria Estela Filardi (348.592.927- 15), Luiz Sérgio Nogueira (566.485.378-68), Jorge Alberto Aun (374.154.178-87) e José Roberto Bertoli (612.472.518-53), bem como da empresa da Constran S.A. - Construções e Comércio (61.156.568/0001-90), condenando-os solidariamente ao pagamento das quantias a seguir especificadas, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se na oportunidade os valores já ressarcidos:

Data da Ocorrência	Débito (R\$)
03/03/10	395.008,42
15/03/10	166.750,80
22/04/10	479.843,17
05/05/10	851.636,34
09/06/10	2.690.260,66
14/07/10	2.919.335,26
31/08/10	6.709.918,15
06/09/10	4.485.133,40
19/10/10	5.441.872,88
30/12/10	3.857.493,73
30/12/10	1.924.618,05
30/12/10	887.264,65
16/03/11	1.070.574,15
31/03/11	1.480.522,99
29/04/11	751.435,78
25/08/11	1.873.720,39
23/09/11	1.397.639,67
21/12/11	4.659,28
28/12/11	21.612,48
28/12/11	242.198,07
27/11/12	17.954,58
18/02/13	17.614,08
21/02/13	330.549,27

9.4. aplicar aos responsáveis abaixo indicados a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir discriminados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, sob pena de cobrança judicial dos valores atualizados monetariamente, na forma da legislação em vigor, desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento:

Responsável	Valor da Multa
José Francisco das Neves	R\$ 5.000.000,00
Luiz Sergio Nogueira	R\$ 5.000.000,00
Ulisses Assad	R\$ 5.000.000,00
Francisco Elisio Lacerda	R\$ 1.000.000,00
Luiz Carlos Oliveira Machado	R\$ 1.000.000,00
Maria Estela Filardi	R\$ 1.000.000,00
Jorge Alberto Aun	R\$ 1.000.000,00
José Roberto Bertolli	R\$ 1.000.000,00
Constran S.A. - Construções e Comércio	R\$ 10.000.000,00

9.5. considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sérgio Nogueira;

9.6. nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, inabilitar os Srs. José Francisco das Neves, Ulisses Assad e Luiz Sérgio Nogueira para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de 8 (oito) anos;

9.7. 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;

9.8. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Goiás, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992;

9.9. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992;

9.10. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio da Procuradoria Regional da União na 3ª Região, que formule pedido perante a 2ª Vala de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo com vistas a salvaguardar as medidas de constrição patrimonial contra a empresa Constran S.A. Construção e Comércio (em recuperação judicial) no valor de R\$ 33.730.108,96 (data-base 14/8/2018);

9.11. dar ciência desta deliberação aos responsáveis, ao juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, ao juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.;

9.12. determinar à SeinfraOpe a juntada de cópia desta deliberação, acompanhada de relatório e do voto que a fundamentam, aos processos TC 029.953/2017-0 e TC 011.144/2015-7.

10. Ata nº 37/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 26/9/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2240-37/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Augusto Nardes.

13.3. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)  
RAIMUNDO CARREIRO  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
BENJAMIN ZYMLER  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Procuradora-Geral