

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 041.555/2012-0

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Superintendência Regional do Dnit no Estado do Maranhão - Dnit/MA.

Recorrentes: Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF: 310.929.347-15); Gerardo de Freitas Fernandes (CPF: 062.944.483-87); José Orlando Sá de Araújo (CPF: 088.866.953-49); José Ribamar Tavares (CPF: 037.885.043-15).

Representação legal: Felipe Furtado Morais (OAB-RJ 142.387); André Guimarães Cantarino (OAB-MG 116.021) e Vivian D'Ornellas (OAB/RJ 150.002).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPERFATURAMENTO EM RESTAURAÇÃO DE RODOVIA. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA AFASTAR O DÉBITO E A RESPONSABILIDADE. NEGATIVA DE PROVIMENTO. NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR RESPONSÁVEL JÁ EXCLUÍDO DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

## RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur:

“1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 82, 119 e 124) interpostos por José Ribamar Tavares, ex-chefe do 15º Distrito Rodoviário Federal (15º DRF) – Dner, Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-Chefe da Divisão de Construção do DNER, Gerardo de Freitas Fernandes, ex-Chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º DRF e José Orlando Sá de Araújo, ex-Chefe do R. 15/3 do 15º DRF, contra o Acórdão 2662/2014 – TCU – Plenário (peça 76).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do item 9.1 do Acórdão 2.948/2011 - Plenário, em decorrência de superfaturamento apurado na execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º, 19, **caput**, e 23, inciso III, alínea “a” da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 1º, inciso I, 202, § 8º, 209, incisos II e III, e §§ 5º e 6º, 210, **caput**, 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno do TCU em:

9.1. julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges, Wolney Wagner de Siqueira e da empresa Iter Engenharia de Construções Ltda., condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias indicadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data de recolhimento, abatendo-se, na oportunidade, as quantias já ressarcidas, na forma prevista na legislação em vigor;

Data da ocorrência	Valor (R\$)
4/2/1997	162.512,08 (débito)
9/1/1997	130.891,65 (débito)
25/7/1997	55.866,97 (débito)
6/1/1998	-3.101,47 (crédito)
12/3/1999	-707,55 (crédito)
12/3/1999	2.828,70 (débito)

- 9.2. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;
- 9.3. remeter cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.?

## HISTÓRICO

2. Trata-se de uma das tomadas de contas especial instauradas por força do item 9.1 do Acórdão 2948/2011 – TCU – Plenário, que apurou a existência de superfaturamento em diversas contratações emergenciais realizadas pelo então 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (DNIT/MA), para realização de obras de restauração e conservação de rodovias.

2.1. O presente processo examina especificamente os eventos relacionados ao Contrato PG 234/96, com celebração no dia 16/12/1996 e aditamentos em 10/1/1997 e 17/3/1997 (peça 7, pp. 26-29, 36-37 e 45-46), cujo objetivo era a execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, tendo por contratada a sociedade empresária Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02), que o 15º DRF escolhera com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, segundo documentação reunida no processo administrativo DNER 51250.001410/96- 55 (peças 6, pp. 2-8, p. 14).

2.2. As obras e serviços foram definitivamente recebidos mediante termo de 26/5/1999 assinado por servidores da contratante e por preposto da empreiteira (peça 8, pp. 3-4).

2.3. Do total de pagamentos realizados, estimaram-se diferenças positivas (débito por sobrepreço) e negativas (crédito a favor dos responsáveis) na execução do Contrato PG 234/96 (peça 3, pp. 40 e 59, peça 4, peça 8, p. 16, peça 9, p. 8, e peça 10), ao final assimiladas e acatadas pelo Acórdão 2948/2011-Plenário.

2.4. Conforme itens 1 a 36, 120 a 128 (peça 3, pp. 1-10 e 37-40) e anexo XII (peça 4) da instrução da Secob e 10.6 da instrução da Secex/MA (peça 5, pp. 8-10), mais documentos relativos à despesa adunados nas peças 8 a 10, alvitrou-se, em instrução de 22/11/2012 (peça 12), citar solidariamente o ente empresarial Íter Engenharia de Construções Ltda. e os agentes públicos federais Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira.

2.5. Após regular citação solidária dos responsáveis, mediante análise das alegações de defesa, a decisão, contra a qual ora se insurgem os recorrentes, condenou os responsáveis em débito solidário com a empresa executora diante do sobrepreço identificado por esta Corte e não afastado pelos envolvidos, sem aplicação de multa diante da prescrição da pretensão punitiva.

2.6. Informe-se, por fim, terem sido opostos embargos de declaração julgados pelos Acórdãos 1929/2015 e 2894/2015, ambos do Plenário (peças 129 e 159), em que se decidiu pelo seu acolhimento a fim de considerar prejudicada a responsabilização de Wolney Wagner de Siqueira, Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges nos presentes autos, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação às suas pessoas, pelo transcurso de mais de 16 anos entre os fatos e sua notificação, excluindo-os da condenação ao débito solidário indicado no item 9.1 do Acórdão 1.929/2015 – Plenário.

## EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames de admissibilidade às peças 148 e 149, ratificados à peça 185 pelo Exmo. Ministro Ana Arraes, que conheceu dos recursos de reconsideração interpostos por Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, contra o Acórdão 2662/2014 – TCU –

Plenário (peça 76) bem como suspendeu os efeitos dos subitens 9.1 e 9.2 da referida decisão.

4. No entanto, quanto ao recorrente Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri, propõe-se o não conhecimento do recurso, conforme ressaltado anteriormente (item 2.6), tendo em vista que o Acórdão 2894/2015 – TCU – Plenário (peça 159) considerou prejudicada sua responsabilização nos presentes autos. Dessa forma, o recurso de reconsideração interposto pelo referido recorrente não por ser conhecido por ausência de interesse recursal.

## **EXAME TÉCNICO**

### **PRELIMINAR**

#### **5. Delimitação**

5.1. Constitui objeto do presente recurso definir, preliminarmente, se houve violação do direito de contraditório do Sr. José Ribamar Tavares bem como se ocorreu prescrição nos presentes autos.

#### **6. Princípio do Contraditório**

6.1. Argui-se violação ao direito ao contraditório, no presente caso concreto, com base nas seguintes alegações (peça 124, p. 1-12):

a) no andamento processual do presente processo (peça 124, p. 7-8) não há registro de notificação do recorrente acerca dos documentos de prova juntados aos autos para que participasse da fase instrutória, inviabilizando sua defesa;

b) violação da súmula vinculante 3 do STF que garantiu o direito à ampla defesa;

c) não lhe foi facultado pedir produção de provas ou apresentar autonomamente pareceres contábeis e jurídicos; e

d) violação do princípio da busca da verdade material.

6.2. Pede anulação da presente TCE a fim de contraditar todas as provas produzidas nos autos.

#### Análise

6.3. Não assiste razão ao recorrente.

6.4. Cabe ao gestor responsável a produção de provas para comprovar o adequado uso dos recursos públicos.

6.5. A jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou o entendimento de que constitui ônus do gestor a produção das evidências necessárias para comprovar o adequado uso dos recursos públicos, consoante disposições contidas no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967, não cabendo a este Tribunal, portanto, realizar diligência para a obtenção das provas (acórdãos 1599/2007-TCU-Plenário, 611/2007-TCU-1ª Câmara e 1098/2008-TCU-2ª Câmara).

6.6. Como mencionado no relatório que precedeu o voto condutor do Acórdão 2257/2007-TCU-1ª Câmara, o indeferimento de realização de nova inspeção não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois ao recorrente, quando da citação, foi dada oportunidade de comprovar a correta aplicação dos recursos. Neste sentido, não houve violação ao princípio da verdade material, tendo em vista que esta Corte realizou auditoria no âmbito do TC 005.741/2002-0, ouviu os responsáveis em audiência e citação a fim de esclarecer os fatos bem como oportunizou o exercício da ampla defesa e do contraditório.

6.7. Note-se que o recorrente estava ciente da auditoria realizada por esta Corte desde 2002 quando fora ouvido em audiência no âmbito do TC 005.741/2002-0, sendo facultado a ele acompanhar a instrução processual mediante exercício do direito de vista e cópia processual conforme regulamentação constata do Regimento Interno desta Corte (art. 163, RI/TCU). Foram devidamente oportunizados os momentos de apresentação de defesa em que poderia ter exercido o amplo direito à defesa a fim de contraditar toda e qualquer prova constante dos autos.

6.8. Ademais, por força do princípio da verdade material, o recorrente poderia a qualquer tempo apresentar novas provas que comprovassem suas alegações, como apresentar laudos periciais que julgasse necessários, mas não o fez.

6.9. Dessa forma, não se verificou no presente processo cerceamento do direito de defesa do recorrente, sendo descabido o pedido de anulação da presente TCE.

#### **7. Prescrição**

7.1. Alega-se prescrição, com base nos seguintes argumentos (peça 124, p. 12-21):

a) a prescrição prevista para as ações de improbidade administrativa (art. 37, parágrafo 5º) não pode incidir sobre a Tomada de Contas Especial;

- b) o que é imprescritível são as ações de ressarcimento decorrentes das ações de improbidade administrativa;
- c) o parágrafo 4º do art. 37 da CF/88 faz referência às ações de improbidade administrativa; nessa linha deve-se restringir o disposto no parágrafo 5º do mesmo artigo às ações de ressarcimento decorrentes somente de ações de improbidade administrativa;
- d) a TCE deve-se submeter ao regime geral da prescrição;
- e) caso haja ocorrido a prescrição, deve-se encaminhar o processo ao Ministério Público, órgão competente para exercer poder punitivo;
- f) a prescrição para TCE, a seu ver, é de 5 anos, contados a partir do momento da violação do direito, conforme art. 206, parágrafo 6º do CC, já tendo prescrito a presente TCE na medida em que os atos impugnados foram praticados em 1995, o contrato data de 1996 e a auditoria foi realizada em 2002; e
- g) a prescrição também teria ocorrido caso se considerasse como aplicável ao presente caso concreto o Decreto 20.910/1932.

7.2. Pede seja pronunciada a prescrição do presente processo de TCE.

#### Análise

7.3. Não assiste razão ao recorrente.

7.4. A questão fulcral apontada pelo recorrente é acerca da natureza processual da tomada de contas especial, que, a seu ver, não pode ser equiparada a ação de ressarcimento.

7.5. No entanto, essa tese cai por terra com a leitura da decisão da Suprema Corte no julgamento do MS 26.210, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que decidiu pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por dano ao Erário. No referido julgado o STF assim definiu a natureza das TCEs:

Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

7.6. Note-se que a Suprema Corte claramente considera a TCE um tipo de ação de ressarcimento, contrariando a tese aventada pelo indigitado.

7.7. Importante reproduzir os parágrafos 4º e 5º do art. 37 da Carta Magna:

‘§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.’

7.8. A ação de improbidade administrativa tem natureza penal, distinta da natureza administrativa dos processos desta Corte de Contas. Note-se que nem todos os ilícitos praticados pelos agentes públicos estão enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), cujas penas previstas pela Constituição Federal são suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e também o ressarcimento ao Erário. Já as penas previstas no âmbito da atuação do TCU constam da Lei 8.443/1992, cuja pretensão punitiva, conforme incidente de uniformização de jurisprudência é passível de prescrição (Acórdão 1441/2016 – TCU – Plenário).

7.9. No entanto, a apuração de débito decorrente da prática de atos ilícitos e a imposição de seu ressarcimento é imprescritível seja decorrente de ação de improbidade administrativa ou de Tomada de Contas Especial, conforme clara redação do parágrafo 5º, *in fine*, do art. 37/CF, o que foi confirmado por diversos precedentes da Suprema Corte (RE 542.467/MT, Rel. Min. Carlos Britto; RE 463.451/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 490.944/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

7.10. Por fim, como o recorrente não obteve êxito em superar a jurisprudência desta Corte bem como a do Supremo Tribunal Federal acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não tendo ocorrido, assim, a prescrição da presente TCE, consideram-se superados todos os argumentos apresentados sobre a questão.

7.11. Superadas as preliminares, passa-se à análise de mérito dos argumentos apresentados pelos recorrentes.

#### **MÉRITO**

##### **8. Delimitação**

8.1. Constitui objeto do presente recurso verificar, no mérito, se é possível afastar a responsabilidade dos recorrentes tendo em vista a alegação de não obrigatoriedade de utilização do Sicro à época dos fatos.

## 9. Débito Solidário

9.1. Argui-se a necessidade de afastar o debito solidário, com base nas seguintes alegações (peças 82 e 124 (p. 21-28):

a) o Sicro 1 fora concebido para ser um sistema referencial, ainda que bastante simplificado e caracterizado por graves distorções, cenário, aliás, atestado pelo TCU no Acórdão 50/1996 – Plenário, contemporâneo ao Contrato PG 234/1996, período em que as pesquisas que alimentavam aquele sistema de preços eram concentradas nas praças de Fortaleza, Recife e Salvador;

b) o Sicro 1 e o Sicro 2 representam singelo balizamento ideal de preços, sem qualquer vinculação com cada obra executada e sem considerar impacto de chuva na diminuição da produtividade;

c) somente com o advento da Lei 12.017/2009 é que passou a ser obrigatório o uso do Sicro como limite do teto dos orçamentos, antes era apenas um referencial;

d) após o Acórdão 50/1996 – Plenário, o DNER revisou o Sicro e, no ano de 1999, expediu novo lineamento quanto à elaboração de estudos e projetos rodoviários. Mesmo assim, tal sistema continuou facultativo, não ditando os valores máximos a observar na orçamentação ou contratação de obras rodoviárias;

e) a obrigatoriedade só se consolidaria sob o Sicro 2, a partir do Acórdão 267/2003 – Plenário, o que se refletiria na Lei 12.017/2009 (LDO de 2009);

f) inexistia, quando da contratação, norma jurídica que determinasse a obrigação de usar o Sicro 1 no orçamento do DNER, sistema cujos preços eram tomados sempre de modo referencial e não impositivo;

g) para a responsabilização é necessário comprovar a existência de normativo que determinava utilizar Sicro como limite máximo de preço à época da contratação;

h) os preços foram elaborados de acordo com o orçamento das obras e dos preços praticados pelo DNER e na região;

i) havia orientação para utilização do Sicro como referencial (diretriz de comparação e análise) mas não como limitador de preços (teto);

j) não houve descumprimento de norma ou dever de cuidado, sendo é ilegal a manutenção de solidariedade de servidores por ausência de norma legal que determinasse a adoção do Sicro como teto para o orçamento do Contrato PG 234/1996;

k) ainda que forçosa a observância do Sicro, a decretação de emergência no trecho objeto do Contrato PG 234/1996 fazia os serviços fugirem à normalidade, tornando, por isso, descabido o uso dos preços de um sistema no qual, de um lado, os custos horários de equipamento eram considerados para atividades em condições médias e, de outro, não levavam em conta a queda de produtividade decorrente do tempo pluvioso, ainda mais no Maranhão, segundo estudo publicado em revista especializada;

l) o próprio TCU reconhece que, em situações especiais e específicas, os preços podem apresentar valores diferentes (maiores) que os do Sicro, desde que devidamente explicitados; assim, a decretação de emergência seria motivo suficiente para apresentar valores diversos do Sicro;

m) intelecção adotada pelo Poder Judiciário em ação civil pública isentou da pecha de ímprobo um dos arguentes (José Orlando Sá de Araújo) quanto aos preços de outro contrato, à compreensão de que outros agentes públicos do DNER concordaram com os valores unitários ali aceitos;

n) atuaram de acordo com seus deveres legais estando os preços previstos no orçamento e na proposta da empresa contratada compatíveis com os praticados pelo DNER no Estado do Maranhão;

o) na época era obrigatório o uso do Manual de Composição de Custos Rodoviários de 1972 e não o Sicro 1, conforme estabeleceu o contrato em análise, tendo em vista a situação emergencial (peça 82, p.21-28);

p) a diferença de preços decorre da utilização de parâmetros diferentes;

q) a unidade técnica transformou o Sicro em mero referencial de preços unitários, quando na verdade trata de composição de custo, o que destoa da metodologia do referido manual de 1972; e

r) não foram acrescidos nos valores previstos no contrato os demais custos incorridos, como por exemplo no transporte de brita, devido à dificuldade de se obter esses custos diante do decurso de mais de cinco anos.

9.2. Pedem para afastar o débito solidário a eles imputado.

### Análise

- 9.3. Não assiste razão aos recorrentes. Explica-se.
- 9.4. Os recorrentes reapresentam os mesmos argumentos colacionados em sede de alegações de defesa que foram exaustivamente rebatidos tanto pelo relatório como pelo voto que embasaram a decisão recorrida.
- 9.5. Anui-se ao entendimento exposto no relatório peça 79, p. 9-15 e voto, peça 77, p. 2 itens 2,10-13. Acredita-se importante reproduzir o teor do voto a respeito da questão:
- ‘2. O contrato PG 234/96, celebrado em 16/12/1996 e aditado em 10/1/1997 e 17/3/1997, decorreu de dispensa de licitação e foi objeto de auditoria deste Tribunal em 2002, que identificou superfaturamento no ajuste, o que motivou a conversão dos autos na presente TCE. Em consequência, foram solidariamente citados os responsáveis Maurício Hasenclever Borges, Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Wolney Wagner de Siqueira e a empresa executora das obras Iter Engenharia de Construções Ltda., permanecendo os dois primeiros revéis.
- (...)
7. Acerca da alegada não obrigatoriedade do Sicro 1 à época, como limitante dos preços praticados nas contratações, também não vejo como acatar os diversos argumentos no sentido de que o respeito aos limites do Sicro veio a ser impositivo somente a partir da prolação do Acórdão 263/2003 ou da Lei 12.017/2009 (LDO de 2009). Nem mesmo há de se aceitar tentativa de desqualificar sua aplicabilidade, suscitando-se, de maneira genérica, que o referencial padecia de distorções. De outra forma, antes desses comandos não haveria meios razoáveis de a Administração justificar de forma confiável os preços de mercado de suas contratações. Ademais, no procedimento administrativo referente à contratação emergencial, constava ofício cujo teor vinculava a observância dos orçamentos da autarquia e da empresa contratada aos preços do Sicro.
8. Enfatizo, porém, que é possível sim que sejam aceitos valores maiores que esse balizamento primário que o Sicro representa, tanto unitários quanto globais, mas impreterivelmente fundados em justificativas técnicas que demonstrem a necessidade de a Administração arcar com cada um dos custos maiores, o que não se observou nos presentes autos. É farta a jurisprudência nesse sentido, colacionada pela Secex/MA, que reproduzi no relatório precedente. E dessa forma procedeu a Secob no cálculo do superfaturamento, ao efetuar diversas adaptações nas composições do Sicro 1, diante das justificativas aceitas à época, o que resultou em quantia significativamente inferior ao débito inicialmente apontado pela secretaria regional.’
- 9.6. Destaque-se do ali exposto o fato de haver ofício orientando os responsáveis a verificarem a adequação dos custos a serem contratados de acordo com o referencial de preço vigente à época, qual seja, o Sicro 1. Veja-se o seguinte excerto do relatório a respeito (peça 79, p. 12, grifos acrescidos):
52. De fato, rememore-se que a adoção do Sicro 1, inocultavelmente vinculatória tanto para o DNER/Dnit quanto para a virtual contratada (Iter Engenharia de Construções Ltda.), era de suceder nos exatos termos de ofício **assinado por José Ribamar Tavares** (peça 6, pp. 20-21):
- ‘Na formulação da proposta de preços devem ser tomadas como referenciais os preços adotados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação contratada (Sicro), para cada serviço a realizar deverá ser apresentada a correspondente planilha de composição de preço unitário. Deverão ser relacionados os equipamentos disponíveis (tratores, carregadeiras frontais, motoniveladora, caminhões, compactadores, etc.) de forma a atender as exigências do DNER contidas no quadro anexo.
- [...]
- Anexo o orçamento referencial estimativo, cujo valor global não pode ser ultrapassado’.
- 9.7. Note-se que caem por terra os argumentos apresentados à peça 82 pelo Sr. José Ribamar Tavares (alíneas “o” a “r” do subitem 9.1 desta instrução) acerca da necessidade de se adotar o Manual de Composição de Custo de 1976 como parâmetro de comparação de preço bem como da inadequação do uso do Sicro como referencial para caracterização do sobrepreço, tendo em vista que fora ele quem exigiu a utilização do Sicro 1 para formulação da proposta de preço na presente contratação.
- 9.8. Os recorrentes não apresentam justificativas técnicas que fossem hábeis a comprovar a necessidade de superar o preço previsto no Sicro 1 para os itens em que foram identificados sobrepreços. Nesse sentido cumpre reproduzir entendimento do Ministério Público junto ao TCU preferido no TC 043.940/2012-9 (peça 67 daqueles autos):

‘14. A execução de serviços em caráter emergencial não autoriza a prática de preços injustificadamente superiores aos de mercado, mas somente a contratação sem a prévia licitação. Nesse sentido, o fato de não haver, à época, obrigação legal de se considerarem os custos do Sistema Sicro como limite máximo nas contratações de obras rodoviárias – o que veio a se firmar a partir da edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2009 –, não diminui a sua legitimidade como referência de mercado. Oportuno, ainda, salientar que esses valores, obtidos a partir de coleta regionalizada de preços e de composições unitárias de insumos, nunca foram tomados pelo TCU como paradigma absoluto, como sustentaram os responsáveis. Como bem se sabe, admitem-se ajustes aos preços de tabelas referenciais, desde que devidamente motivados e tecnicamente justificados.’

9.9. Ademais, afirmaram que os custos previstos estariam de acordo com o referencial de preços adotado à época pelo DNER, conforme documentos de peça 6, p. 26, peça 7, p. 18 e peça 48, p. 3-4.

9.10. Note-se que para o órgão de controle verificar a existência de sobrepreço deve-se partir de uma referência, tendo sido utilizado pela unidade técnica especializada o mesmo referencial de preço adotado pelos responsáveis para análise da proposta de preço encaminhada pela empresa, o Sicro 1, conforme determinou ofício de peça 6, p. 20-21.

9.11. Os recorrentes discutem o conceito de referencial de preço, negando se tratar de limitador de preços. Discorda-se desse entendimento, na medida em que ao se adotar referencial de preço possibilita-se, ao se comparar orçamentos, verificar a existência de preços inexequíveis, subpreços e também sobrepreços. Ao se adotar um referencial, está-se impondo automaticamente um limitador de preço: acima dele, tem-se sobrepreço, muito abaixo: subpreço ou até mesmo preço inexequível. Admitir, no âmbito da Administração Pública, um custo maior, impõe ao gestor apresentar justificativas técnicas razoáveis em face dos princípios da economicidade e da eficiência.

9.12. A inexistência de lei à época dos fatos impondo o uso do Sicro 1 como referencial de preços não impede a verificação de sobrepreço pelo órgão de controle nem a responsabilização dos agentes que deram causa ao dano. Isto porque a competência desta Corte emana da Constituição Federal que também prevê princípios norteadores da Administração Pública que foram claramente violados no presente caso concreto, como os princípios da eficiência e da economicidade, impondo o ressarcimento do dano.

9.13. Ademais, a Secob teceu análise mais benéfica aos recorrentes do que a Secex/MA, pois considerou a necessidade de realizar ajustes nas composições de preço unitário dos serviços de construção rodoviária de referência por meio da adoção de um fator de redução da produtividade sobre as produções horárias, visando à compensação das condições adversas na execução desse tipo de atividade (relatório, peça 79, p. 11). Destaque-se o seguinte trecho do relatório que embasou a decisão atacada (peça 79, p. 11-12):

‘45. Também impende acentuar que, para itens do orçamento do Contrato PG 234/96, admitiu a Secob assim a substituição (vantajosa para os devedores solidários) de brita produzida por brita comercial como a incidência de BDI (bônus e despesas indiretas) de 40,5%, quando esse **plus** na composição de custos unitários do Sicro 1 não chegava a 36% e, na da Íter Engenharia de Construções Ltda., fora linear e unilateralmente calculado em 30% (peças 3, pp. 37-38, e 6, pp.27, a 7, p.4).

46. Tudo isso, pois, contribuiu para tornar os valores referenciais mais elevados e com isso mais próximos das singulares condições de execução da mencionada avença. Deu-se, se se insiste numa categoria jurídica plenamente operativa e válida dentro de semelhante contexto, incidência de interpretação **in bonam partem**.

47. De conseguinte, essa aplicação temperada do Sicro 2, longe de prejudicar os defendentes, acabou por retratar mais fielmente as especificidades da contratação emergencial e, reflexo benévolo, suavizar cifras que, de outro modo, calcadas no comparativo simples e puro entre Sicro 1 e preços contratuais (tal qual concebera a Secex/MA), aumentaria substancialmente o **quantum de beatur**. ‘

9.14. Nesse sentido, não há que se fazer reparos nas conclusões da Secob quanto ao valor do sobrepreço na medida em que os cálculos apresentados foram em benefício dos responsáveis, pois levaram em consideração as peculiaridades do caso concreto, aceitando-se, inclusive, efeito subtrativo-aritmético, também sob o fundamento de maior justeza metodológica e critério de equidade no caso concreto, de itens com preços negociais menores que os do Sicro.

9.15. Por fim, registre-se que situações emergenciais não autorizam por si sós sobrepreços, há que se comprovar tecnicamente a necessidade de se pagar a mais por determinado serviço, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

## CONCLUSÃO

10. Da análise anterior, conclui-se que o recurso interposto por Francisco Augusto Pereira Desideri não deve ser conhecido por ausência de interesse recursal.

10.1. Quanto aos demais recorrentes, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, em preliminar, não restou caracterizada violação ao direito de defesa nem prescrição da presente TCE. No mérito, não foi possível afastar a condenação em débito solidário diante da não superação das constatações da unidade técnica especializada no que tange ao cálculo do débito bem como da adequabilidade da metodologia adotada.

10.2. Dessa forma, propõe-se o **não conhecimento** do recurso para Francisco Augusto Pereira Desideri e o **não provimento** para Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

11. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 2004/2015 – TCU – Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 32 e 33, da Lei 8.443/1992 c/c art. 285 do RI/TCU:

- a) não conhecer do recurso interposto por Francisco Augusto Pereira Desideri;
- b) conhecer dos recursos interpostos por José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e José Orlando Sá de Araújo e, no mérito, negar-lhes provimento; e
- c) comunicar da decisão que vier a ser adotada à ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados, aos recorrentes bem como aos demais interessados.” (peça 196)

2. O Ministério Público junto ao TCU – MPTCU acompanhou a unidade técnica, ressaltando os seguintes aspectos:

“(…)

O débito quantificado neste processo teve origem em sobrepreço em medições liquidadas e pagas no âmbito do Contrato PG-234/96-00 (peça 7, pp. 26/9, 36/7 e 45/6, e peças 16/22), celebrado entre o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e a empresa Íter Engenharia de Construções Ltda., CNPJ 08.730.731/0001-02, objetivando a execução de obras de recuperação do corpo estradal na Rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-Divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO (peça 79, p. 2, item 10).

Em agosto de 2015, o valor da dívida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, totalizava R\$ 2.967.757,80 (peça 161, p. 2).

A questão controvertida principal diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de utilização do Sicro como referencial de preços máximos à época dos fatos (1996/1997).

A unidade técnica especializada abordou de forma apropriada os aspectos suscitados pelos srs. José Ribamar Tavares (ex-chefe do 15º Distrito Rodoviário Federal do DNER), Gerardo de Freitas Fernandes (ex-chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º DRF/DNER) e José Orlando Sá de Araújo (ex-chefe do R. 15/3 - 15º DRF/DNER).

Em acréscimo ao exame feito pela Serur, o Ministério Público de Contas tece as considerações a seguir em relação às razões recursais do sr. José Ribamar Tavares (peça 124).

A alegação de cerceamento de defesa, por não ter sido intimado/notificado, no curso da instrução, das providências determinadas pelo relator e do cumprimento destas providências pela Secob ou pela Secex/MA (peça 124, pp. 7/12), não merece prosperar.

Especificamente, o argumento do sr. José Ribamar, em preliminar, é de que “requereria o Recorrente a anulação desta TCE a partir de 13/05/2013 para que, doravante, o Recorrente possa contraditar todas as provas que foram produzidas nestes autos”, considerando, em síntese, que:

a) “qualquer documento juntado ou desentranhado dos autos não pode ficar em desconhecimento do legítimo interessado. E o ora Recorrente o é. Assim, o Recorrente tinha interesse jurídico em ter sido devidamente intimado/notificado das providências determinadas e da juntada, ou mesmo do desentranhamento, de qualquer documento” (peça 124, p. 10);

b) “(...) muitas seriam as provas que poderiam ser requeridas e/ou produzidas autonomamente pelo Recorrente, acaso tivesse tido a oportunidade de falar contemporaneamente nos autos. Afinal, um processo do porte e da envergadura de uma TCE não pode ser deixado ao alvedrio apenas desse Eg. Tribunal, como se a TCE fosse um processo inquisitorial onde somente seria permitido produzir a prova (desse Eg. Tribunal contra o Recorrente), mas não a contraprova (do Recorrente contraditando ou, mesmo, anulando a prova).

São quinze milhões de reais [??] que estão sendo imputados ao Recorrente. O mínimo que se poderia esperar, portanto, seria o respeito irrestrito ao contraditório, quer dizer, ao ir e vir, à ida e à volta, enfim, à prova e à contraprova” (peça 124, pp. 11/2).

No rito processual vigente no âmbito desta Corte (v.g., artigos 12, inciso II, da Lei 8.443/1992 e 163 do Regimento Interno/TCU), em havendo débito, a instauração do contraditório se dá por meio da regular citação, oportunidade em que o responsável recebe, entre outras, as seguintes informações complementares (peça 20, p. 5):

“1) O Tribunal, em respeito ao princípio da ampla defesa, encontra-se à disposição, por meio de suas Secretarias, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais dúvidas ou sobre procedimentos a serem adotados, efetuar a atualização de dívida, em caso de débito e/ou multa, bem como conceder vista e cópia dos autos, caso solicitados.

2) É possível requerer vista eletrônica dos autos, por meio do Portal TCU ([www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br) > aba cidadão, serviços e consultas > e-TCU Processos > vista eletrônica de processos), exceto no caso de processos/documentos sigilosos. Para tanto, devem ser providenciados o credenciamento e a habilitação prévia do responsável e/ou do procurador, no endereço eletrônico mencionado.”

No caso concreto, após o engenheiro José Ribamar ter sido citado (peças 20 e 28) e obtido prorrogação de prazo para apresentação de alegações de defesa (peças 27 e 45/6) e cópia integral dos autos (peça 35), foram juntados ao processo diversos elementos, como, por exemplo, alegações de defesa do sr. Gerardo de Freitas Fernandes (peça 48) e da Iter Engenharia de Construções Ltda. (peça 52), bem como instruções da unidade técnica (peças 61/2 e 68/9), até que, posteriormente a diversos desdobramentos processuais, sobreveio o Acórdão 2.662/2014 – Plenário, por meio do qual o sr. José Ribamar foi condenado em débito (peça 76).

Sobre os argumentos do sr. José Ribamar, não há previsão legal nem regimental para a intimação que o recorrente requer. Nos termos do Acórdão 2.053/2016 – Plenário (Boletim de Jurisprudência TCU 140/2016), também “não caracteriza inobservância do devido processo legal a ausência de intimação do responsável para que apresente manifestação após a emissão de parecer pelo Ministério Público junto ao TCU, pois não há previsão legal ou regimental para tal intimação”.

Ressalvadas as comunicações de que trata o artigo 30 da Lei 8.443/1992, as quais devem ser feitas, de ofício, pelo TCU (v.g., citação, audiência, diligência e notificação), cabe ao responsável a iniciativa de acompanhar a tramitação processual e de trazer aos autos as provas de sua defesa, vale dizer, cabe à parte a prática dos atos processuais de seu interesse.

Seguem alguns precedentes acerca da matéria:

a) “o processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/92 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto” (Acórdão 2.262/2015 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 99/2015);

b) “compete ao responsável pela execução do convênio produzir prova acerca da regular aplicação dos recursos repassados pela União, inclusive a prova pericial, prescindindo, para tanto, de prévia autorização do TCU” (Acórdão 5.374/2016 – Segunda Câmara).

*In casu*, vale frisar, a condenação do responsável (peça 76) foi efetuada pelas mesmas importâncias indicadas na instrução da Secob/Secex/MA (peça 2, pp. 14/6, item 10.6) e no ofício citatório (peça 20), ou seja, o responsável teve plena ciência, por ocasião da citação, da questão controvertida, incluída a metodologia de quantificação do dano, considerando que obteve cópia integral do feito em 10.7.2013 (peça 60), mais de um ano antes da prolação do decisum condenatório.

Nesse cenário, o pedido do sr. José Ribamar de anulação “do processo para permitir ao Recorrente falar sobre a elaboração dos cálculos” (peça 124, p. 28) deve ser negado.

Sobre a alegada prescrição da dívida (peça 124, pp. 12/21), veja-se que a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário subsiste, como regra, nos termos da Súmula TCU 282 e do MS/STF 26.210/DF, haja vista que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no bojo do Recurso Extraordinário 669.069, a prescritibilidade apenas da “ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Por pertinente, segue excerto do voto proferido pelo Ministro-Relator Teori Zavascki, em 16.6.2016, nos embargos declaratórios opostos pelo Procurador-Geral da República nos autos do mencionado RE 669.069 (grifo nosso):

“3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa’; e (b) **Tema 899 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’**. Desse modo, **se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.**

(...)

5. No que toca ao pedido de modulação dos efeitos da tese firmada, deve-se reconhecer que, de fato, o Supremo Tribunal Federal havia firmado, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), que o § 5º do art. 37 da CF/88 dispunha serem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário. Contudo, esse precedente tratava de processo de tomada de contas especial que tramitava perante o TCU, controvérsia pendente de apreciação no RE 636.886 (de minha relatoria, Tema 899) e não alcançada pela tese fixada pelo acórdão impugnado. De outra monta, a leitura dos precedentes prolatados por esta Corte que reproduziam o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário diziam respeito, em sua maioria esmagadora, a atos de improbidade administrativa ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo. Essas discussões também não são abrangidas pela tese firmada no julgado embargado, que, conforme já esclarecido, aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado. Com relação a ilícitos civis, portanto, não havia jurisprudência consolidada do STF que afirmasse a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário. Inexistia, assim, expectativa legítima da Administração Pública de exercer a pretensão ressarcitória decorrente de ilícitos civis a qualquer tempo. Por isso, não se constata motivos relevantes de segurança jurídica ou de interesse social hábeis a ensejar a modulação dos efeitos da orientação assentada no aresto embargado.”

No âmbito desta Corte, também já se decidiu que “a tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos” (Acórdãos 5.928/2016 e 5.939/2016, ambos da 2ª Câmara do TCU).

Sobre a utilização do Sicro, a instrução técnica encaminhou devidamente a matéria. Em reforço à análise, merecem destaque os precedentes a seguir:

“A primeira versão do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro I), quando vigente à época da licitação, é o parâmetro adequado para se realizar comparações de preços de obras rodoviárias e apurar eventual superfaturamento, de modo que a adoção de valores contratuais superiores aos constantes no sistema só pode ser admitida mediante justificativa técnica adequada.” (Acórdão 854/2016 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 122/2016)

“A utilização do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) pelo TCU como referencial para preços de obras rodoviárias e ferroviárias não depende de previsão legal.” (Acórdão 3.003/2014 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 62/2014)

Feitas essas breves considerações, o Ministério Público de Contas adere à proposição da Serur (peças 196/8).” (peça 199)

É o relatório.