

TC 027.712/2006-8

Apenso: 004.034/2001-5.

Tipo: Recursos de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Unidade Jurisdicionada: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) – extinto.

Recorrentes: Construtora Sucesso S.A. (CNPJ 09.588.906/0001-42) e José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15).

Advogados constituídos nos autos: Fernanda Peres Toscano Dantas (OAB/DF 12.527), Ademir Coelho Araújo (OAB/DF 18.463), Marcus Vinícius Fernandes Bastos (OAB/DF 13.760-E), Terence Zweiter (OAB/DF 11.717), Ângela Thomé Lombardi Casanovas (OAB/MA 3.836), Raymundo Tarcísio Delgado (OAB/MG 8.208), José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912), André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021), Frederico Gomes Dares (OAB/MG 119.889) e Lucas de Castro Bregunci (OAB/MG 126.040).

Deliberação recorrida: Acórdão 1464/2013-Plenário (Peça 21), mantido pelos Acórdãos 3449/2014-Plenário, 353/2015-Plenário e 1641/2015-Plenário (peças 35, 63 e 101).

Relatora a quo: Ministro José Múcio Monteiro.

Relator ad quem: Ministro Vital do Rêgo.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Obras de restauração da BR-222/MA. Contratação emergencial. Utilização de índices de produtividade diferentes daqueles do Sicro sem justificativas técnicas adequadas. Superfaturamento. Quantitativos de insumos demandados incompatíveis com os serviços prestados. Pagamento por materiais em duplicidade. Citação. Exclusão da responsabilidade do ex-Diretor-Geral. Demais alegações de defesa insuficientes para afastar o prejuízo. Contas irregulares. Débito. Multa. Sucessivos embargos declaratórios. Conhecimento e rejeição. Não conhecimento. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Provimento parcial. Reforma do acórdão original no que se refere à multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, em função da prescrição da pretensão punitiva (Incidente de Uniformização de Jurisprudência – Acórdão 1.441/2016-Plenário).

INTRODUÇÃO

Versam os autos sobre tomada de contas especial instaurada por força do disposto no item 9.7 do Acórdão 2.068/2006-Plenário para avaliar indícios de sobrepreço e superfaturamento detectados no Contrato PG-078/96, celebrado entre o então DNER (atual DNIT) e a Construtora Sucesso S.A. para a execução de obras de restauração na BR-222/MA.

2. Por meio do Acórdão 1464/2013-Plenário (Peça 21), este Tribunal julgou irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes débito solidário e aplicando a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Ressalta-se que o citado **decisum** foi sucessivamente mantido em sede de Embargos de Declaração pelos Acórdãos 3449/2014-Plenário, 353/2015-Plenário e 1641/2015-Plenário (peças 35, 63 e 101).

3. Irresignados, os responsáveis interpuseram recursos de reconsideração (peças 29, 30, 57 e 79), os quais serão analisados a seguir.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Os exames preliminares de admissibilidade (peças 80, 81 e 82) concluíram respectivamente pelo conhecimento das peças 29, 30, 57 e 79 como recursos de reconsideração, nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1464/2013-Plenário em relação aos recorrentes. Salienta-se que o Relator **ad quem**, ratificou este encaminhamento (peça 84).

EXAME TÉCNICO – Recurso de Construtora Sucesso S.A. (peças 57 e 79)

Argumentos

5. Após fazer um breve histórico processual, a recorrente anota a ocorrência de fato superveniente à instrução da TCE e que, embora anterior à prolação do acórdão recorrido, não foi devidamente levado em consideração por esta Corte, qual seja, o julgamento da Ação Cível 0002977-21.2001.4.01.3700 (2001.37.00.002993-0) pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

6. Aduz que, na oportunidade, a 4ª Turma do TRF/1ª Região debruçou-se sobre os desdobramentos dos fatos tratados nesta TCE no âmbito do direito administrativo sancionador. Afirma que, no julgamento da Ação de Improbidade Administrativa proposta igualmente pelo Ministério Público Federal, decidiu a turma, à unanimidade, pela legalidade do processo de dispensa de licitação na contratado da recorrente para a recuperação da BR-222/MA e pela ausência de sobrepreço em qualquer fase da contratação. Assevera que será visto de forma pormenorizada mais adiante, o julgamento empreendido pelo TRF/1ª Região tem, por si só, o condão de infirmar as condenações impostas à recorrente pelo Acórdão 1.464/2013-Plenário, o que igualmente determina sua reforma.

7. Alega que deve ser reformado o acórdão recorrido dado o enorme lapso temporal entre a instauração da presente TCE e a intimação da recorrente apresentar defesa, após decorridos mais de 10 anos da execução do contrato. Ressalta que os trabalhos de recuperação da BR-222/MA foram realizados entre 02/04/96 e 30/07/96, enquanto a instauração da TCE foi determinada em 08/11/06 (pouco mais de 10 anos e três meses após a finalização dos trabalhos) tendo sido a recorrente intimada para resposta somente em 28/02/07 (mais de 10 anos e seis meses após a finalização dos trabalhos).

8. Anota que tal situação traz inegáveis e imensuráveis prejuízos à concretização do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, linhas mestras do processo administrativo, a teor da própria Lei 9.784/1999. Argumenta que, tanto é assim que este Tribunal de Contas passou a dispensar, como regra geral, a instauração de TCE após transcorrido o lapso temporal de 10 anos do fato gerador, nos termos do art. 5º, §4º da Instrução Normativa 56/2007.

9. Observa que a jurisprudência desta corte tem-se posicionado pacificamente no sentido de considerar as contas ilíquidáveis, por impossibilidade de realização do contraditório e da ampla defesa, quando transcorridos mais de 10 anos entre o fato gerador e a instauração da TCE, de modo que o que ora se busca é tão somente a aplicação deste parâmetro jurisprudencial ao presente caso (Acórdão 3496/2009-1ª Câmara, Acórdão 3707/2010-2ª Câmara, Acórdão 1717/2010-2ª Câmara, Acórdão 293/2008-2ª Câmara e Acórdão 4086/2008-2ª Câmara, dentre outros). Alega que, provocada a se manifestar expressamente sobre o assunto em sede de Embargos de Declaração, esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 3.449/2014, rejeitou essa tese.

10. Aduz ser impossível concordar com a fundamentação, pois o exame mais detido das particularidades do caso concreto revela que o decurso de tempo foi especialmente prejudicial à realização da ampla defesa e do contraditório no caso em análise. Considera, por exemplo, a artificialidade do parâmetro adotado para a caracterização do suposto sobrepreço apurado, pois, conforme exposto nas próprias deliberações do TCU, não havia na tabela Sicro, à época da execução das obras, preços relativos às obras contratadas, pois só havia preços categorizados por conservação e construção, e as obras da BR-222/MA foram essencialmente de restauração. Observa que, para a caracterização do sobrepreço a unidade técnica procedeu a uma projeção dos números da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra como parâmetro para os custos de obras de restauração.

11. Alega que, passados mais de dez anos do fato gerador, portanto, viu-se a recorrente obrigada a se defender de sobrepreço apurado com base em tabela de custos até então inexistente e criada de forma absolutamente artificial (projeção de dados a partir de tabela não desenvolvida originalmente para as obras de restauração), tudo isso sem poder produzir prova a partir da realidade física da obra (alterada com o tempo, uso e com as intempéries naturais que se sucederam nesse meio termo) nem apresentar documentos que naturalmente se perderam. Alega que todas essas circunstâncias impõem que sejam consideradas as contas ilíquidáveis vez que, transcorridos mais de 10 anos entre o fato gerador e a intimação para resposta, restou inviabilizada a realização da ampla defesa da recorrente, na linha da pacífica jurisprudência desta Corte e com fundamento no art. 52, §4º da IN-TCU 54/2007.

12. Sobre a artificialidade da metodologia utilizada na apuração do sobrepreço abordada anteriormente, anota a ausência de qualquer critério legal ou jurídico para a aplicação desse parâmetro. Aduz que não havia à época da contratação custos na tabela Sicro relativos ao tipo de obra realizado (restauração). Como parâmetro para análise, afirma que a Secob projetou os custos da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra para as obras de restauração, através da aplicação de um redutor de produtividade de 10%, tendo verificado discrepâncias que decidiu chamar de sobrepreço.

13. Pergunta qual seria o fundamento jurídico para que o critério adotado pelo TCU em 2006 vinculasse a Administração em contratação ocorrida mais de dez anos antes (ainda mais quando levado em conta o contexto emergencial no qual se realizou a contratação). Pergunta também qual seria o critério técnico para garantir que o redutor de produtividade de 10% refletia à época as particularidades dos preços praticados pelo mercado para as obras de restauração, estando apto a servir de parâmetro para a caracterização de sobrepreço. Conclui que não foi apresentado qualquer fundamento jurídico válido para a metodologia e igualmente a justificativa técnica se mostrou insuficiente.

14. Assevera que o voto condutor do Acórdão 2.068/2006, sobre o assunto, destaca que “*o exame empreendido pela Secob foi pautado pela prudência*”. Aduz que não se questiona a prudência do corpo técnico deste Tribunal, mas ela não é fundamento jurídico ou técnico hígido para justificar, **per se**, a adoção do critério artificialmente criado. Sobre os percentuais de produtividade apresentados pelo orçamentista, alega que o aludido Voto sustenta que “*não se sabe como foram eles encontrados*” e que “*são nitidamente colocados no propósito de se harmonizarem com os preços contratados*” citando-se ainda falta de provas.

15. Afirma que aqui se nota nítida inversão indevida do ônus da prova: o corpo técnico em momento algum se desincumbiu do ônus de provar que o seu percentual de 10% de produtividade é o correto e o do orçamentista o tecnicamente equivocado. Quanto aos preços se harmonizarem, afirma que se trata de falácia grosseira: da harmonização pressupõe-se o erro nos percentuais sem nunca se discutir o porquê de estarem os percentuais incorretos. Anota que o voto condutor do Acórdão 1.464/2013-Plenário, por seu turno, ao tratar do assunto, ressalta que, a despeito de questionarem os responsáveis a utilização da tabela Sicro, a utilização dos preços da Sicro como referência funcionou como premissa no “*processo de inexigibilidade de licitação*”, restando legitimada a sua utilização como parâmetro. Conclui haver aqui uma incompreensão da controvérsia, pois não se discute a utilização dos preços da Sicro como referência. Assevera que o âmago da disputa, entretanto, se encontra no percentual de produtividade adotado pela unidade técnica, percentual este que se mostrou insuficientemente fundamentado.

16. Conclui que não foi em nenhum momento apresentada fundamentação técnica ou jurídica para a utilização do parâmetro artificialmente criado pela Secob na apuração do sobrepreço, de modo que este se mostra inadequado para fins de responsabilização dos interessados. Aduz ser inaplicável o padrão adotado, caindo por terra o único sustentáculo para a caracterização do sobrepreço devendo a responsabilidade da recorrente ser integralmente afastada.

17. Argumenta que a 1ª Turma do TRF/1ª Região se debruçou sobre a situação fática objeto destes autos, tendo prolatado acórdão que traz consequências jurídicas para a presente controvérsia. Alega que, ao apreciar a Apelação Cível 0002977-21.2001.4.01 (2001.37.00.002993-0), o referido órgão julgador deu provimento às apelações interpostas para julgar improcedente o pedido inicial do Ministério Público Federal pela condenação da recorrente por ato de improbidade administrativa. Assevera que o voto condutor, ratificado de forma unânime pelos demais julgadores, expressamente declarou a litude da dispensa de licitação para as obras de restauração da BR-222/MA, além de ter apreciado de forma exauriente as acusações de sobrepreço e inexecução do objeto, tendo expressamente rejeitado ambas.

18. Alega que, provocada a se manifestar sobre esse particular por meio de Embargos de Declaração, esta Corte de Contas, através do Acórdão 3.449/2014-Plenário, limitou-se a invocar o princípio da independência entre as instâncias judicial e administrativa. Aduz que não se deve olvidar que, em regra, vige a independência entre as instâncias. Afirma que se excetuam, entretanto, os casos em que há provimento jurisdicional expresso no sentido de inexistência do fato ou negativa de autoria. Argumenta que, dentre essas hipóteses, enquadra-se o caso concreto, no qual o TRF/1ª Região expressamente afirmou a legitimidade da dispensa de licitação (inexistência de dispensa ilícita) e a inexistência de sobrepreço.

19. Diz que chama atenção o fato de que o voto condutor do Acórdão 3.449/2014-Plenário transcreveu trecho que, extraído de seu contexto, dá a entender que a decisão se deu por falta de provas, tendo omitido o trecho imediatamente anterior, ora reproduzido, que deixa claro que a decisão se baseou não na falta ausência de provas, mas na constância das provas trazidas aos autos pela recorrente referentes à ausência de sobrepreço.

20. Alega que, dessa forma, tendo o TRF/P Região, com base na constância das provas produzidas pela recorrente, notadamente o laudo pericial produzido em âmbito judicial, decidido de forma inequívoca pela regularidade do procedimento de licitação e pela inexistência de sobrepreço na contratação, impõe-se a reforma do Acórdão 1.464/2013-Plenário, inclusive como medida de concretização do art. 2º da Constituição Federal. Traz à baila o mandamento constitucional da supremacia da coisa julgada e explica que a garantia constitucional da segurança jurídica implica a vinculação dos entes de todos os poderes à decisão judicial transitada em julgado. Afirma que, se as decisões administrativas podem ser modificadas segundo razões de conveniência e oportunidade, nos termos da lei, o mesmo não ocorre com as decisões judiciais que, uma vez alcançadas pelo manto da coisa julgada, tornam-se inatingíveis, inclusive pela produção legislativa (art. 5º, XXXVI, CF/88).

21. Argumenta que, uma vez que o Poder Judiciário concedeu provimento jurisdicional atestando a regularidade da dispensa de licitação e a ausência de sobrepreço com fundamento na perícia judicial homologada por sentença, a concretude de tal deliberação soberana não pode ser afastada por decisão administrativa, pois, do contrário, incorrer-se-ia em perniciosa usurpação do mandamento constitucional da segurança jurídica, sendo esse o verdadeiro sentido da separação e independência dos poderes.

22. Conclui que deve ser reformado o Acórdão 1.464/2013, afastando-se a responsabilidade da recorrente, na medida em que tal responsabilização funda-se na existência de sobrepreço, o qual foi declarado inexistente por decisão judicial transitada em julgado. Afirma que a subsistência do Acórdão 1.464/2013, dessa forma, encontra-se em confronto direto com a supremacia da coisa julgada e constitui clara violação ao art. 5º, inciso XXXVI, CF/88, não podendo, por óbvio, prevalecer.

23. Sustenta a tese de impossibilidade de responsabilização da recorrente, por não ter havido caracterização de conluio. Aduz, ainda, que, caso superados os argumentos anteriormente veiculados, o que se admite exclusivamente para argumentar, deve ser afastada a responsabilidade da recorrente, uma vez que o sobrepreço verificado ocorreu na fase de orçamentação, na qual a recorrente não possui qualquer influência. Cita excerto do Voto condutor do Acórdão 2.068/2006, que determinou a instauração da TCE. Argumenta que a orçamentação perfaz a fase interna do processo de contratação, fase esta na qual a recorrente não possui qualquer participação, de modo que não pode igualmente ser responsabilizada por eventuais ilicitudes. Aduz que eventual responsabilização só poderia ser aventada caso fosse comprovado conluio entre a recorrente (contratada) e a Administração, mas não há qualquer prova nos autos nesse sentido. Tal linha de investigação, aliás, não foi em momento algum sequer cogitada.

24. Afirma que o que se observa nos autos é que a recorrente vem sendo responsabilizada basicamente por dois comportamentos: por se disponibilizar à Administração em momento emergencial e por cobrar preços dentro dos patamares pela Administração orçamentados (ou seja, por agir licitamente conforme seus interesses). Conclui que se trata de uma teratologia.

25. Anota que o próprio voto condutor do Acórdão 1.464/2013 cita, como fundamento legal para a responsabilização da recorrente, o art. 16, § 2º da Lei 8.443/1992, o qual exige a concorrência do terceiro a ser solidariamente responsabilizado para com o cometimento do dano apurado. Assevera que não há, nos autos, prova alguma de que a Construtora Sucesso tenha concorrido para os equívocos eventualmente cometidos na orçamentação do Contrato PG-078/96-00. Conclui que, sob qualquer prisma que se analise, mostra-se insustentável a responsabilização da recorrente pelo suposto sobrepreço apurado.

26. Afirmar que a contratação com dispensa de licitação de que tratam estes autos se deu de forma lícita (o TRF/P Região competentemente exauriu essa questão), e a recorrente prontamente se apresentou à Administração para a realização de serviço de manifesto interesse público, tendo cobrado preços dentro do orçamento elaborado pela própria Administração e completamente executado o objeto contratado.

27. Argumenta que, decorridos mais de dez anos, entretanto, a recorrente viu-se obrigada a “defender-se” (explica que as aspas se referem ao sentido que pode ser atribuído no contexto a tal defesa, como visto, inviabilizada) da responsabilização por um suposto sobrepreço apurado com base em tabela de preços artificialmente elaborada e inexistente à época da contratação. Alega que, passados mais outros sete anos, mesmo após ver a legalidade de todos os atos praticados ratificada pelo poder Judiciário, viu-se a recorrente condenada ao ressarcimento de quantia que, pelo mero decurso do tempo, superará o valor do próprio contrato, mesmo não havendo nos autos qualquer prova, nem tampouco qualquer indício, no sentido de que tenha concorrido para a consecução supostas ilícitudes apuradas. Conclui que se trata de situação que não pode prevalecer.

28. Aduz que todas as razões expostas nos itens anteriores concorrem para a única solução juridicamente adequada à situação ora descrita: aquela que passa necessariamente pela reforma do Acórdão 1.464/2013 e pelo afastamento da responsabilidade da recorrente.

29. Por fim, diante de todo o exposto, requer seja o presente recurso recebido e processado na forma do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União para que, ao final, seja reformado o Acórdão 1.464/2013, restando afastada qualquer responsabilidade da ora recorrente às condenações naquela ocasião impostas.

Análise

30. Em primeiro lugar, no que se refere à sentença do processo judicial evocada pela recorrente, salienta-se que esta Corte tem sua competência constitucional lastreada no art. 71 da Constituição Federal e pauta a sua atuação com base no princípio da independência das instâncias, não se vinculando obrigatoriamente a nenhuma decisão de outros órgãos ou entidades, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial. A propósito, como bem ressaltou o Relator **a quo**, inexistente direito adquirido ou ato jurídico perfeito com base em atos ilegais, os quais efetivamente seriam susceptíveis de revisão, sobretudo num caso como o que ora se analisa, no qual pairam sobre os procedimentos adotados na execução do contrato em tela a suspeita de desconformidade em face das disposições da Lei 8.666/1993. Tampouco há que se falar em ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes, como quer dar a entender a recorrente.

31. Por oportuno, cabe aqui uma observação acerca da repercussão das sentenças judiciais na esfera administrativa, pois, consoante a doutrina e a jurisprudência majoritárias, somente repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias do juízo penal, e não as do juízo cível, fundadas na comprovada inexistência do fato (negativa de materialidade), na comprovada não-participação do réu no delito (negativa de autoria) ou na comprovada existência de circunstâncias que excluam o crime (licitude da conduta), conforme art. 386, incisos I, IV e VI, 2ª parte, do Código de Processo Penal. Compulsando os autos, percebe-se que não houve sentença absolutórias do penal no qual qualquer dessas hipóteses tenham se verificado no presente caso concreto, não cabendo, portanto, ao recorrente invocar sentença absolutória do juízo cível para infirmar o acórdão recorrido.

32. Por outro lado, no que tange ao argumento relativo ao lapso temporal superior a 10 (dez) anos desde o fato gerados, deve-se ressaltar que é pacífico o entendimento jurisprudencial desta Casa no sentido de que as ações de ressarcimento no âmbito desta Corte de Contas são imprescritíveis

(Acórdão 2.709/2008-Plenário), tendo esse entendimento inclusive sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF (MS 26.210 e outros precedentes). Além disso, salienta-se que a Lei 9.874/1999 não se aplica aos processos de controle externo no âmbito desta Corte de Contas. Portanto, tampouco pode ser aceita esta tese da recorrente.

33. Além disso, acerca da possibilidade de dispensa da instauração da presente TCE, deve-se salientar que a IN 56/2007 é posterior à instauração do presente processo (instaurado em 2006), não podendo, em tese, produzir efeitos pretéritos sobre o mesmo. Além do mais, a IN 71/2012, a qual revogou a mencionada IN 56/2007, estabelece, em seu art. 6º, que a instauração da TCE “*pode*” ser dispensada, “*salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União*”. Como a presente TCE foi instaurada por força da determinação constante do subitem 9.7 do Acórdão 2.068/2006-Plenário, não merece prosperar este argumento da recorrente. Ademais, por força do mandamento constitucional que rege a sua atuação, esta Corte deve julgar uma TCE que foi regularmente instaurada e instruída, tendo sido estritamente observados e respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

34. No que tange à adequação da metodologia utilizada por este Tribunal para o cálculo do sobrepreço, fazendo uma projeção dos números da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra (construção e conservação) como parâmetro para os custos de obras de restauração, pode-se concluir que foi incorreta a atuação da unidade técnica, pois o próprio Sr. José Ribamar Tavares, Chefe do 15º DRF/DNER à época, possibilitou a utilização do aludido parâmetro, quando afirmou o seguinte, no processo administrativo mediante o qual foi dispensada a licitação: “A formulação de Proposta de Preços pela Empresa convocada está de acordo com os praticados pelo DNER para construção, devendo dar total regularidade de tráfego no segmento (sic) que trata o processo em epígrafe.” (grifos nossos, p. 48, da peça 15 do processo 004.034/2001-5, apenso aos presentes autos). Neste sentido, a Secob apenas realizou uma análise utilizando este parâmetro fornecido pelo Sr. José Ribamar Tavares, quem foi inclusive condenado solidariamente com a recorrente.

35. Entretanto, compulsando os autos, foi possível perceber que, ao contrário do que a recorrente quer dar a entender, o fator de 10% de redução utilizado pela Secob em seu cálculo de sobrepreço tem base lógica e normativa (Manual de Custos Rodoviários. Volume 1, Metodologia e Conceitos, p. 89. DNIT, 2003.), como demonstra o excerto do pronunciamento daquela unidade técnica em sede de Representação (pp. 47-48 da peça 21 do processo 004.034/2001-5, apenso aos presentes autos):

3.14 As diferenças nos custos desses serviços se originam, via de regra, nas produções das equipes mecânicas de cada um deles. Um determinado serviço quando executado na condição de Restauração possui produção da equipe mecânica em média 10% inferior àquela executada em condição de Construção, como demonstrado na coluna 'Sicro2' do quadro Comparativo das Produções das Equipes Mecânicas — Anexo 4, elaborado com base nas Composições do Sicro/Nordeste/Construção e Restauração/Outubro-2000, Anexo 3.

3.15 As produções dos equipamentos são afetadas pelo fator de eficiência, conceituado como a relação entre o tempo de produção efetiva e o tempo de produção nominal.

3.16 O fator de eficiência dos equipamentos utilizados nas obras de Construção é, em regra, 0,83 pois para cada hora do seu tempo total de trabalho é estimada a produção efetiva de 50 minutos, para que sejam levados em consideração os tempos gastos em alterações de serviços ou deslocamentos, preparação da máquina para trabalho e sua manutenção.

3.17 Quando se trata de obras de Restauração, o fator de eficiência adotado pelo Manual de Custos Rodoviários é 0,75, sendo que para cada hora do seu tempo total de trabalho é estimada a produção efetiva de 45 minutos.

3.18 Já no caso de serviços de Conservação, o fator de eficiência adotado é 0,63 pois, para cada hora do seu tempo total de trabalho é estimada a produção efetiva de 40 minutos.

3.19 A metodologia utilizada pelo Sicro2 contempla uma redução na produção dos equipamentos utilizados em obras de Restauração na ordem de 10% $(0,75/0,83=0,90)$ em relação aqueles utilizados em obras de Construção.

3.20 A redução na produção dos equipamentos utilizados em serviços de Conservação é da ordem de 16% $(0,63/0,75=0,84)$ em relação aqueles utilizados em obras de Restauração.

3.21 A obra em análise, devido as suas peculiaridades, se enquadra na categoria Restauração Rodoviária. (grifos nossos)

36. Por fim, no que tange à impossibilidade de aplicação do art. 16, § 2º da Lei 8.443/1992, cabe ressaltar que a recorrente, na condição de empresa contratada pelo extinto DNER, efetivamente foi a beneficiária dos pagamentos indevidos, sendo escorreita a sua responsabilização solidária com o gestor à época dos fatos ora questionados, consoante jurisprudência pacífica desta Corte.

37. Por todo o exposto, observa-se que nenhum dos argumentos da recorrente merece prosperar.

EXAME TÉCNICO – Recurso de José Ribamar Tavares (peças 29 e 30)

Argumentos

38. Após fazer um breve histórico processual, o recorrente alega que a decisão recorrida deve ser reconsiderada, pelos motivos que passa a expor. Afirma que, antes mesmo de apresentar qualquer alegação de defesa é fundamental contextualizar a aplicabilidade do SICRO quando da assinatura e vigência do Contrato PG 078/96. Aduz que, desde o lançamento do Manual de Composições de Custos Rodoviários em 1972, o DNER o utiliza como forma de padronização e cálculo das obras rodoviárias em todo o país. Anota que, em 1980, tal Manual sofreu atualização e complementação. Assevera que, posteriormente, em 1992, ocorreu a organização da Gerência de Custos Rodoviários e a implantação do SICRO 1, o qual, desde a sua origem, foi concebido para ser um referencial de preços, ainda que bastante simplificado e com graves distorções.

39. Destaca que tal fato foi atestado pelo TCU no Acórdão 0050-15/96-Plenário. Argumenta que tal acórdão foi proferido na sessão do TCU do dia 17/04/1996, sendo, portanto, contemporâneo ao contrato PG 078/96, fato bastante relevante para a análise do caso. Afirma que, nesta época, na região Nordeste, as pesquisas do SICRO eram realizadas apenas em Fortaleza, Recife e Salvador, de modo que não eram consideravam as realidades dos demais Estados da região. Além disso, informa que as pesquisas não eram realizadas de forma regular e, para piorar a situação, em razão da tecnologia da época, a informação não circulava de forma tão célere e efetiva como atualmente.

40. Assevera que, em meio a este contexto, o TCU reconheceu a ocorrência de problemas no Sicro 1 e determinou ao DNER que reestudasse o seu sistema de custos, o que somente veio a ocorrer em 1998, com o Sicro 2, o qual, contudo, somente veio a ser implementado no ano 2000. Argumenta que, além disso, em ambos os casos Sicro 1 e Sicro 2, os preços neles constantes apresentam um referencial de preços, os quais, por sua própria concepção, levam em consideração uma situação ideal e sem

qualquer vinculação a cada obra executada. Salienta que, quanto aos referenciais, por serem concebidos com base em uma situação ideal, desconsideram situações relevantes, tais como a implicação das chuvas na diminuição da produtividade.

41. Destaca que, quando da elaboração do Sicro 1, este foi concebido como um referencial de preços, que serve de parâmetro para a contratação dos serviços por parte da Administração Pública. Alega que, nos orçamentos do DNER, o Sicro sempre era considerado, não de forma impositiva no sentido de adotar os preços neles constantes, mas como referencial de preços, uma vez que não existia qualquer imposição acerca de sua utilização para fins de limitação dos preços. Ressalta que, naquele momento, era até mesmo impossível impor tal obrigação, seja pela forma como o Sicro era composto, seja pela falta de recursos tecnológicos para a adequada circulação da informação acerca dele. Nesse sentido, e em cumprimento ao Acórdão 0050-15/96-Plenário do TCU, afirma que o DNER procedeu à revisão do SICRO, o que culminou, em 1999, com a expedição das Diretrizes Básicas para Elaboração de Estudos e Projetos Rodoviários (Anexo II, que cita à p. 6 da peça 29).

42. O recorrente cita trecho do aludido documento, mediante o qual o DNER consigna que o orçamento, na fase de projeto, seguirá a metodologia exposta no Manual de Composição de Custos Rodoviários do DNER, podendo eventualmente serem introduzidos elementos adicionais não previstos no Manual, para atender às peculiaridades do segmento projetado. Argumenta ainda que tal Manual informava que, em determinadas épocas pré-fixadas pelo DNER, seria realizada pesquisa de mercado que abrangeria equipamentos, materiais e mão-de-obra necessárias à execução dos serviços. Finaliza informando que o aludido Manual dizia que, em determinados casos, quando o mercado não tivesse informação disponível, ou por determinação do DNER, poderiam ser determinados custos unitários dos serviços com base no Sicro.

43. Alega que o DNER continuou a utilizar o Sicro, mas sem a imposição de sua utilização quando da realização do orçamento. Aduz que, mesmo depois de 1999, anos depois do orçamento e contratação do PG 078/96, o qual é objeto do contrato, o DNER utilizava o Sicro como um referencial facultativo. Anota que somente por meio da atuação do TCU e, mais especificamente, com implantação do Sicro 2, foi que a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de que o DNIT deveria, obrigatoriamente, segui-lo em suas licitações. Nesse sentido, cita a determinação do subitem 9.2.1.1 do Acórdão 267/2003-Plenário.

44. Aduz que somente a partir da publicação do Acórdão 267/2003-Plenário foi proferida decisão que recomendou ao DNIT (antigo DNER), a utilização obrigatória do Sicro (já sob o regime do SICRO 2), para a elaboração de seus orçamentos. Destaca que, a partir de sua recente jurisprudência à época e sua de análise acerca do princípio da economicidade, o TCU passou a considerar o Sicro não como um mero referencial de preços, mas uma referência de limite de valor máximo para os serviços rodoviários. Conclui que o TCU, enquanto agente fiscalizador e com legitimidade de criar normas para a Administração Pública Federal, recomendou ao DNIT (antigo DNER), a obrigatoriedade de utilização do Sicro, a partir do ano de 2003, uma vez que sua análise considera o referido sistema de preços como limite máximo de valor dos serviços rodoviários.

45. Argumenta que, diante da análise de economicidade do TCU e da jurisprudência firmada ao longo dos anos, em especial depois do ano de 2003, as Leis de Diretrizes Orçamentárias, a partir de Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2010 (Lei Federal 12.017/2009, citando o seu art. 112), passaram a determinar o uso do Sicro.

46. Conclui que a norma proferida pelo TCU para a Administração Pública culminou na mudança da postura legislativa e serve de diretriz orçamentária para a Administração Pública Federal. Esclarece que que, à época do Contrato PG 078/96, não havia qualquer norma jurídica interna (DNER) ou

externa (TCU), no sentido de obrigar/impôr ao recorrente o dever de utilizar o SICRO nos orçamentos como valor máximo dos preços. Desse modo, argumenta que, na época da licitação, o dever de cuidado a ser seguido pelo recorrente era elaborar os preços dentro do orçamento da obra e dos preços praticados pelo DNER e de acordo com os preços praticados na região, o que foi feito pelo recorrente.

47. Admite que, nesse contexto, o Sicro foi de fato utilizado, mas não como preço limitador, em razão da questão de sua pesquisa, questão já esclarecida, sendo utilizado como parâmetro de comparação e referência. Aduz que, como não houve descumprimento de qualquer norma ou dever de cuidado por parte do recorrente, ele não pode ser imputado como responsável solidário por qualquer sobrepreço apontado no Contrato PG 078/96 e, tampouco, ser apenado por tal sobrepreço. Alega que isso equivale a dizer que a manutenção da responsabilidade em solidariedade do servidor no sobrepreço apontado pelo TCU é ato ilegal, diante da ausência de norma legal que determinasse ao recorrente a adoção do Sicro como valor limite dos preços no contrato em questão.

48. Conclui que, pelo mesmo fundamento, o recorrente não pode ser apenado, pois não descumpriu nenhuma norma jurídica. Alega que não pode ser responsabilizado por qualquer sobrepreço apurado pelo TCU ou apenado pelo Tribunal.

49. Afirmar que, ainda que se considere que na época do Contrato PG 078/96 fosse obrigatória a utilização do Sicro (entendido como valor de referência limitador de preço máximos dos serviços), o recorrente não poderia ser responsabilizado pelo sobrepreço ou apenado, pois a decretação de emergência implica no reconhecimento do Poder Público de que a situação de fato verificada no local em que foi decretada foge à normalidade, de modo que, por conseguinte, o Sicro nunca poderia ser utilizado da forma como concebido.

50. Alega que tal situação é válida tanto sob a égide do Sicro 2 quanto a do Sicro 1. Afirmar que, como é reconhecido pelo próprio Sicro, as suas composições de serviços consideram os custos horários dos equipamentos em atividade em condições médias e, além disso, não levam em consideração a queda de produtividade decorrente das chuvas.

51. Aduz ser isso tão evidente que a jurisprudência do TCU (Cita trecho do Acórdão 2002/2006-Plenário) reconhece que, em situações especiais e específicas, os preços dos serviços podem apresentar valores diferentes (leia-se: a maior) daqueles constantes do Sicro, sendo que tal fato deve ser devidamente explicitado. Argumenta ser evidente que a decretação de emergência, por si só, já é motivação mais do que suficiente para o orçamento da obra possa apresentar valores diversos daqueles constantes do Sicro.

52. Alega que, além de a situação da via ser péssima, no momento da elaboração do orçamento do contrato naquele momento as chuvas já estavam fora da normalidade da região, e a situação, pelas estatísticas dos índices pluviométricos, indicava mais chuvas, isso porque o Maranhão, por questões sazonais e de localização, é o local com mais chuvoso que as demais regiões do Nordeste. Apresenta estudo publicado na Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental, com o título Análise da Pluviometria e Dias Chuvosos na Região Nordeste do Brasil (Anexo III), e cuja análise, método e tempo de estudo dos dados abarca o período objeto do Contrato 078/96. Argumenta que, no ano de 1996, a precipitação foi de intensidade maior do que nos outros anos, o que, como já destacado, acarretou a Decretação de Estado de Emergência pelo Governo Estadual em março. Não obstante, alega que as chuvas foram anormais durante todo de 1996.

53. Afirmar que a análise deste estudo demonstra que:

a) a média de dias chuvosos no Maranhão nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril são maiores que em todos os demais estados da região Nordeste e sempre em percentual ao Estado com a segunda maior média de chuvas;

b) a variação percentual da média do Maranhão para o segundo Estado com maior média é de: 36% para o mês janeiro, 27% para o mês de fevereiro, 23% para o mês de março e 19% para o mês de abril.

c) a média da precipitação pluvial no Maranhão nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril são maiores que em todos os demais estados da região Nordeste sempre superior em relação ao Estado com a segunda maior média de chuvas.

d) a variação percentual da média do Maranhão para o segundo Estado com maior média é de: 21% para o mês janeiro, 22% para o mês de fevereiro, 11% para o mês de março e 13% para o mês de abril.

54. Assevera que as chuvas afetam o estado do Maranhão em quantidade de dias chuvosos por mês e em intensidade maior que em toda a região e, o período de maior média de dias chuvosos e precipitação coincidiu com o período de vigência do Contrato PG 078/96. Aduz que, desse modo, estão presentes os pressupostos fáticos para demonstrar que a produtividade teve que ser reduzida em função de o solo estar saturado quando da realização da obra. Conclui que, dadas essas especificidades, não seria possível utilizar como parâmetro os valores contidos no Sicro, os quais estariam referindo a condições “normais” de trabalho.

55. Anota que existem certas tipicidades regionais que justificam a diferença entre as condições em que os serviços são realizados e, por conseguinte, do seu preço. Nesse contexto, afirma que está mais do que justificada a utilização de preços unitários não limitados pelo Sicro, seja pela decretação de emergência em si, seja pela comprovação de que sobre a situação as chuvas no Estado do Maranhão. Conclui que, assim, fica comprovado que tanto o recorrente quando da elaboração do orçamento não deu azo a qualquer dano ao erário quando da realização do orçamento da obra.

56. Salienta que a questão acerca da compatibilidade dos preços do Contrato 078/96 com os preços praticados na região já foi reconhecido em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa constante do Anexo IV do recurso (peça 30). Nesse sentido, discorre sobre os efeitos do trânsito em julgado do 2001.37.00.002993-0, relativamente ao contrato PG 078/96, perante o TCU.

57. Alega que, em relação à referida decisão judicial proferida no âmbito da referida Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa quanto aos servidores que tiveram alguma participação no procedimento que culminou com a assinatura do Contrato PG 078/96-00, vale destacar que a decisão entendeu, em relação ao recorrente, que os preços unitários apresentados pela empresa compatibilizavam-se com os praticados pelo DNER.

58. Alega saber que as atribuições constitucionais do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União são diversas e independentes, sendo que, em ambas, estão presentes funções judicantes, mas com uma diferença fundamental: as decisões do Poder Judiciário, depois de transitada em julgado, são definitivas e não passíveis de modificação, situação diversa das decisões do TCU, as quais podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

59. Conclui que, diante da divergência de entendimento do TCU e do Poder Judiciário acerca dos preços praticados no âmbito do Contrato PG 078/96, constata-se que, mesmo que o TCU, por juízo de economicidade, entenda que o recorrente deveria obrigatoriamente ter adotado o Sicro (aqui entendido

como limite de preço), ainda assim não pode imputá-lo como responsável solidário por seu pagamento em razão da existência de decisão judicial, já que esta reconheceu que os preços por ele utilizados no orçamento do Contrato PG 078/96 eram compatíveis com os praticados no âmbito do DNER na época.

60. Assevera que a decisão do Poder Judiciário não retira qualquer atribuição constitucional do TCU, e a sua apresentação neste recurso não visa desconstituir, diminuir ou questionar a atribuição constitucional do TCU de fiscalizar os atos, contratos e procedimentos administrativos. Aduz que a decisão demonstra que o Poder Judiciário reconheceu que os preços praticados pelo recorrente quando da elaboração do orçamento do Contrato PG 078/96 estavam compatíveis com os praticados pelo DNER, de modo que, por mais que possa existir entendimento contrário do TCU, este não pode imputar ao recorrente a responsabilidade solidária.

61. Conclui que, na prática, o que houve foi a inversão do momento da adoção dos procedimentos, o que, contudo, não afeta em nada a sua conclusão. Aduz ser mais comum que uma decisão judicial seja proferida posteriormente a decisão de um órgão administrativo, de modo que a decisão do Poder Judiciário, porquanto irreversível, é cumprida pela simples desconconsideração (retirada de efeitos) do conteúdo da decisão administrativa anterior. Alega que o caminho natural seria o recorrente, depois da decisão do TCU, ajuizar ação buscando o reconhecimento de que os preços por ele orçados eram compatíveis com os praticados pelo DNER na região e, por conseguinte, anular a condenação do TCU no que diz respeito à sua inclusão como responsável solidário pelo débito.

62. Alega que, como o Ministério Público propôs ação judicial contra o recorrente antes mesmo do término do procedimento do TCU, e houve decisão judicial favorável ao recorrente, reconhecendo-se que os preços por ele orçados eram compatíveis com os praticados pelo DNER na região, tal decisão judicial já gera os efeitos de uma futura e eventual ação que o recorrente poderia ajuizar contra a União federal para desconstituir sua responsabilidade. Conclui que, mesmo reconhecendo a suposta existência de sobrepreço, não se pode imputar o recorrente como responsável solidário, sob pena de violação da coisa julgada, instituto jurídico que estatuiu garantia estabelecida na CF/88.

63. Assevera que mesmo que não houvesse decisão judicial, ainda assim o acórdão merece reforma, isso porque, à luz das particularidades do caso, o que se observa é que o TCU, ao proceder à análise do Contrato PG 078/96, aplicou a este contrato entendimento que foi, paulatinamente, se consolidando no Tribunal, e cuja análise é realizada com base no princípio da economicidade. Aduz que isso não seria problema caso a análise do controle interno ocorresse concomitantemente à execução do contrato. No entanto, afirma que a questão que surge no caso é o fato de que a aplicação do entendimento de forma retroativa para contratos/procedimentos/atos já praticados.

64. Argumenta que, a partir do momento em que é analisado caso antigo com base em jurisprudência que não existia à época do contrato/procedimento que está sob análise, e desta situação surge a indicação de irregularidade, cujas consequências podem vir a ser a responsabilização solidária por suposto sobrepreço elou aplicação de penalidade, o ato de fiscalizar para o servidor deixa de representar uma verificação do que ele fez e passa a representar severa penalidade.

65. Afirma que isso fica ainda mais evidente quando se constata que as decisões proferidas pelo TCU tem força de título executivo extrajudicial, de modo que a decisão tem o condão de afetar os bens do servidor antes mesmo que ele possa discutir a questão judicialmente. Conclui que, justamente por estes motivos, em meio a essa situação é essencial que seja realizado um paralelo com as determinações da CF/88 que tratam da questão da lei penal. Reconhece que a questão do TCU não diz respeito à esfera penal, mas, na prática, os efeitos dela têm nítido caráter de penalidade em razão das particularidades já exposta ao longo desta defesa. Nesse sentido, argumenta que a CF/88 estabelece

que não há crime sem que lei anterior o defina, nem pena sem prévia cominação legal e, tampouco, retroação da lei penal, tal raciocínio deve ser aplicado ao caso em tela.

66. Afirmar que a fiscalização deve ocorrer concomitantemente ao ato que está sendo fiscalizado, de modo a sustá-lo no caso de ilegalidade e, de acordo com as premissas e entendimentos existentes na época, circunstâncias essas essenciais para que a fiscalização seja efetiva e legítima. Conclui que a consequência de fiscalização iniciada no ano de 2002 e cujo contexto e entendimento aplicado são diversos daqueles existentes nos anos de 1996 e 1997 - quando da elaboração do orçamento, contratação e execução do Contrato PG 078/96 - o que se observa do entendimento adotado pelo TCU é que ele não é aplicável ao caso.

67. Afirmar que tanto a responsabilização solidária no sobrepreço, quanto eventual penalidade, decorrem de aplicação de jurisprudência nova (não existente quando da elaboração do orçamento) a contrato já encerrado, o que significa dizer que a jurisprudência do TCU está retroagindo. Conclui que, como as decisões do TCU tem o caráter de norma jurídica, assim como também tem a lei, no caso é perfeitamente aplicável os dispositivos acima transcritos. Alega que a situação tratava nos autos também comporta paralelo com a legislação tributária, na qual incidem os princípios da anterioridade e da legalidade, os quais existem e têm previsão na CF/88.

68. Afirmar que os referidos princípios, na seara tributária, exigem a existência de norma para exigir a cobrança de tributo e que este seja não possa ser cobrado de forma retroativa. Conclui que todo o ordenamento jurídico é concebido como forma de assegurar a segurança e estabilidade às relações jurídicas e, para tanto, sempre que os padrões de comportamento sejam pré-concebidos. Nesse sentido, alega que a jurisprudência adotada pelo TCU a partir do ano de 2003 e, em especial, depois da determinação do Acórdão 267/2003-Plenário não pode causar efeitos no recorrente.

69. Diante das particularidades do caso, constata claramente que a responsabilização solidária dos servidores e, ainda, qualquer aplicação de multa comporta em grave violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica. Aduz que tais princípios são inseridos implícita ou explicitamente, tanto na CF/88, quanto na legislação federal. Afirmar que não poderia ser diferente, uma vez que os atos da Administração, possuindo presunção de legitimidade, servem de parâmetro e limite ao exercício dos direitos subjetivos e garantias individuais (cita doutrina de Paulo Modesto sobre o tema). Também alega que os princípios da confiança e da boa-fé demonstram a relação essencial que os atos da Administração Pública devem ter com as normas e comportamentos pré-existent, como destacado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Anota que o mesmo assunto já mereceu destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e cita o Voto do Exmo. Min. Gilmar Mendes quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.268-0, decisão publicada em 09/06/2006.

70. Conclui que, por todo o contexto do caso, a imposição de o recorrente ter adotado o Sicro como limite máximo de preço e, ainda, a retroação do entendimento do TCU para o caso representa violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica. Nesse sentido, afirma que o TCU já se manifestou quando do Acórdão 1484/2003-Plenário.

71. Salienta que os aludidos princípios constitucionais não retiram e, tampouco, esvaziam a atuação do TCU, em sede de controle interno e, em especial, na análise da economicidade dos contratos, o que tais princípios, bem como todos os fundamentos apresentados demonstram é que, diante de determinados casos, como o do contrato PG 078/96, a jurisprudência não pode ser utilizada para a responsabilização solidária do recorrente pelo sobrepreço e nem para apená-lo. Alega que, em respeito aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica, os quais conferem estabilidade às relações sociais, o recorrente não pode ser imputado como responsável solidário ao sobrepreço

apontado pelo TCU e, muito menos, serem apenados pela atuação que cada um deles teve no Contrato PG 078/96.

72. Além da questão atinente ao Sicro, já refutada, aduz que há outros fundamentos secundários que foram utilizados pelo acórdão para imputar responsabilidade ao recorrente, relativamente à suposta duplicidade de quantitativos e insumos (serviços de escavação e material de jazida, AAUQ e areia extraída), o que, contudo, não condiz com a realidade.

73. Salienta que todas as alegações foram suscitadas anteriormente, mas não aceitas com base em alegações genéricas e que destoam da realidade. Alega que eventuais alegações de pagamento em duplicidade ou excesso de quantitativos e insumos devem ser comprovados e, no caso, compete ao agente fiscalizar desconstituir os documentos e demais provas acerca da realização da obra e de seus serviços executados. Anota que o acórdão recorrido assevera que *“mesmo que a afirmação do engenheiro fosse aceita, haveria o problema de identificar como foi dimensionado o fornecimento desse insumo, uma vez que não existe, em nenhum lugar, indicação de seu consumo esperado.”*

74. Argumenta que a atuação do TCU demorou demais para ocorrer em relação ao contrato, o que já faz com que informações e dados sejam perdidos e/ou percam a sua precisão. Acrescenta que a fiscalização/análise do TCU é realizada tão somente com base em documentos, sem a devida análise do local da obra, com suas particularidades e especificidades e, especialmente, sem que ocorra a realização de uma perícia no local, de modo a identificar com a devida precisão todos os fatos e dados essenciais para o julgamento.

75. Nesse sentido e considerando-se que as garantias constitucionais e legais da ampla defesa (contraditório e produção de provas), o recorrente requer, a produção de prova pericial no local das obras para que seja realizada perícia de modo a comprovar que os serviços e quantitativos foram executados e pagos de forma correta, sem qualquer pagamento em duplicidade ou considerando-se excesso de quantitativos e insumos. Salientar que a Lei Orgânica do TCU é bastante clara ao dispor que o direito à ampla defesa é assegurado em todas as etapas do processo. Alega que a ampla defesa somente estará realmente respeitada, nos termos da CF/88, se for permitida a produção de provas que, de fato, possam permitir a defesa do interessado e, no caso, é fundamental a realização de prova pericial.

76. Conclui que, apesar de já terem sido demonstradas todos os fundamentos para que seja reconhecida a inexistência de responsabilidade solidária do recorrente quanto ao sobrepreço, o que também afasta a incidência de qualquer penalidade, vale trazer outro fundamento relevante e que diz respeito apenas à multa. Destaca que os atos que supostamente teriam sido praticados pelo recorrente e que teriam acarretado dano ao erário foram praticados em 1996, ao passo que a representação remonta ao ano de 2001. Alega que a Tomada de Contas Especial somente teve início em 2006. Conclui que disso decorre que entre os fatos (1996) e a representação (2001) transcorreram 5 anos e da ciência dos fatos até a instauração da Tomada de Contas Especial e os fatos transcorreram 10 anos. Afirma que o exercício da pretensão punitiva por parte da Administração Pública também está sujeito a prazo prescricional, tal como determina a Lei Federal 9.873/99 (cinco anos).

77. Aduz que o exercício da pretensão punitiva (imposição de multa) ao recorrente já está prescrito, uma vez que os fatos remontam ao ano de 1996 e a instauração desta Tomada de Contas Especial ocorreu apenas em 2006. Alega que a Tomada de Contas Especial é um processo que busca a apuração de responsabilidade, este nunca poderia ser instaurado tanto tempo depois dos fatos a serem apurados, como o presente caso. Traz à baila precedente jurisprudencial do STJ a esse respeito.

78. Por fim, o recorrente requer o cadastramento dos nomes dos advogados André Guimarães Cantarino, inscrito na OAB/MG sob o nº 116.021, Frederico Gomes Dares, inscrito na OAB/MG sob o nº 119.889 e Lucas de Castro Bregunci, inscrito na OAB/MG sob o nº 126.040, para que sejam intimados de todos os atos processuais, sob pena de nulidade.

Análise

79. Em primeiro lugar, deve-se rejeitar a tese de inaplicabilidade do Sicro como referencial de comparação de preços, quando da assinatura e vigência do Contrato PG 078/96, pois, conforme já ressaltado no subitem 34 da presente instrução, o próprio recorrente afirmou, no processo administrativo mediante o qual foi dispensada a licitação em análise que: *“A formulação de Proposta de Preços pela Empresa convocada está de acordo com os praticados pelo DNER para construção, devendo dar total regularidade de tráfego no segmento (sic) que trata o processo em epígrafe.”* (p. 48, da peça 15 do processo 004.034/2001-5, apenso aos presentes autos).

80. Ora, o fato de o uso obrigatório do Sicro não estar determinado mediante norma do DNER não significa que o mesmo não pudesse ser utilizado na ausência de outros parâmetros de mercado específicos daquela região, como fica claro pela leitura dos trechos das Diretrizes Básicas para Elaboração de Estudos e Projetos Rodoviários trazidos à baila pelo recorrente. Todo e qualquer orçamento de obra tem que possuir um referencial de preços. Contudo, a existência de outro referencial de preços que não o Sicro não restou demonstrada no presente caso concreto. Então, na ausência de outro referencial de preços, é evidente que o Sicro pode ser utilizado para o deslinde do presente feito relativamente ao Contrato PG 078/96. De fato, cabe ressaltar que o recorrente afirma em seu recurso que o Sicro foi usado no contrato em tela, mas não como preço limitador (p. 10, peça 29).

81. Por seu turno, o fato de o TCU ter determinado ao DNER que reestudasse o Sicro não o invalida como parâmetro de comparação, mas simplesmente significa que o DNER deveria tê-lo aperfeiçoado à época com vistas a *“... torná-lo mais adequado às atuais condições da economia nacional e às variações de preços de cada região, Estado ou Município, evitando a geração de orçamentos super ou subvalorizados;”* (trecho do Acórdão 0050-15/96-Plenário citado pelo recorrente).

82. Por outro lado, para que reste caracterizada a necessidade de ressarcimento ao erário, basta com que seja quantificado o dano ao erário, que seja(m) identificado(s) o(s) responsável(is) pelo aludido dano, e que seja caracterizado o nexo de causalidade entre as condutas daquele(s) responsável(is) com o dano verificado. A análise dos fundamentos do acórdão recorrido deixa claros os três aspectos mencionados.

83. Por outro lado, o argumento do recorrente no sentido de que a decretação do estado de emergência afastaria a utilização do Sicro como parâmetro limitador de preços beira o absurdo. O que o marco legal autoriza, nos casos de estado de emergência, prévia justificativa em processo administrativo, é a contratação direta por dispensa de licitação, para que as despesas que devem fazer frente à situação emergencial possam ser executadas sem maiores delongas, mas isso não significa que o gestor público não deve cercar-se de cautelas sobretudo no que se refere à escolha da empresa contratada para fornecer os bens ou prestar os serviços necessários e também no que diz respeito à compatibilidade dos valores ofertados pela empresa contratada com os preços de mercado. Aliás, sobre este aspecto em particular, foi o próprio recorrente quem afirmou, no processo administrativo mediante o qual foi dispensada a licitação em análise que: *“A formulação de Proposta de Preços pela Empresa convocada está de acordo com os praticados pelo DNER para construção...”* (p. 48, da peça 15 do processo 004.034/2001-5, apenso aos presentes autos).

84. Adicionalmente, para pôr fim à polêmica relativa ao uso do Sicro como referencial de preços para cálculo de sobrepreço por parte desta Corte de Contas, deve-se ressaltar o que o Relator **a quo** mencionou em seu Voto condutor (subitem 19), no sentido de que os pareceres técnicos que subsidiaram a contratação (TC-004.034/2001-5, pp. 36 e 40, peça 16) atestaram que os preços propostos estavam coerentes com os daquele sistema, sendo esta uma das razões que autorizaram a concretização do negócio. Eis aqui a transcrição literal do trecho que elucida a questão:

A proposta apresentada pela construtora, num total de R\$ 2.439.277,88 (dois milhões, quatrocentos e trinta nove mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta e oito centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos coerentes com os constantes no SICRO, ratificando assim o despacho do Chefe de Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º (folha 73), no qual o mesmo relata sobre a coerência dos preços ofertados, com os praticados na região. (grifos nossos)

85. Por oportuno, deve-se salientar que a fundamentação do Acórdão 2002/2006-Plenário mencionado pelo recorrente afirma que “*para que a presunção de dano seja afastada, impõe-se que haja comprovação, em face da realidade da obra, da pertinência dos preços contratados com os valores de mercado ou de motivos justos para legitimar eventuais desvios em relação a estes.*” Obviamente isso deve ocorrer nos autos do processo administrativo de contratação da obra. No caso concreto, o estudo pluviométrico apresentado pelo recorrente, de fato, demonstra que, no Estado do Maranhão, há maior precipitação que nos outros estados da Região Nordeste. Contudo, o que não restou demonstrado no aludido estudo, nem em nenhum dado objetivo apresentado pelo recorrente, foi o fato de o ano de 1996 ter sido um ano com chuvas anormalmente maiores que os anos anteriores e posteriores. Dessa forma, não restou demonstrado que, em 1996, não foi possível executar a obra em questão sob as supostas condições “*normais*” de trabalho em função do suposto excesso de chuva em relação a anos com chuva “*normal*”.

86. A propósito, os quadros constantes das pp. 13 e 14 (peça 29) não deixam claro se são relativos ao ano de 1996 ou a uma média de anos dentro de um determinado período analisado. Ademais, o aludido estudo é estatístico, o qual, por sua própria natureza é retrospectivo e, por uma simples questão de lógica, jamais poderia ter sido utilizado à época da dispensa da licitação e da contratação da Construtora Sucesso S.A. como fundamento para uma eventual comprovação da pertinência dos preços contratados com os valores de mercado ou de motivos justos para legitimar eventuais desvios em relação a estes.

87. As questões relativas ao princípio da independência das instâncias e ao reconhecimento da não repercussão da sentença absolutória cível no processo administrativo de controle externo já foram adequadamente analisadas nos subitens 30 e 31 da presente instrução, não sendo necessário aqui repetir os aludidos argumentos para rejeitar a tese da vinculação dos julgados desta Corte às decisões prolatadas pelo Poder Judiciário na esfera cível.

88. Quanto à eventual busca pelo recorrente da reforma da decisão desta Corte no Poder Judiciário, sabe-se que é inafastável a apreciação judicial (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), ficando a decisão de judicializar a questão totalmente a critério do recorrente e da sua liberdade de decisão e da ação.

89. Sobre uma eventual violação ao princípio constitucional da coisa julgada, já foi devidamente esclarecido no subitem 30 da presente instrução que este Tribunal possui competência constitucional privativa lastreada no art. 71 da CF/88, assim como o subitem 32 anterior já esclareceu que as ações de ressarcimento no âmbito desta Corte de Contas são imprescritíveis, conforme inclusive reconhecido

pelo STF. Ademais, como claramente ressaltado pelo Relator **a quo** no subitem 9 do seu Voto condutor: “... *inexiste direito adquirido ou ato jurídico perfeito com base em atos ilegais.*”

90. No que concerne ao princípio da irretroatividade da lei e à necessidade de lei anterior que defina os crimes e as penas correspondentes, deve-se ressaltar que o recorrente foi devidamente julgado e condenado com base na Lei 8.443/1992, a qual já estava vigente à época dos fatos ora sob análise. O débito imputado é tão somente ressarcimento de um dano ao erário, não se revestindo de nenhum caráter penal, como o próprio recorrente reconhece. Irrelevante, portanto, o argumento do recorrente nesse particular.

91. Sobre a situação ideal em que esta Corte executa uma fiscalização concomitante, ao ato que está sendo fiscalizado, de modo a sustá-lo no caso de ilegalidade, deve-se ressaltar que, ao longo dos anos, este Tribunal tem procurado estar cada vez mais próximo dos fatos e atos da Administração Pública, tendo conseguido, em muitas oportunidades, impedir graves danos ao erário por meio de intervenção em processos licitatórios. Ocorre que essa é, como dito, uma situação ideal, a qual não se deu no caso concreto em análise. De qualquer forma, a análise e o julgamento de fatos e atos pretéritos, após o comprometimento dos recursos públicos sob a sua jurisdição não é motivo para afastar a competência constitucional desta Corte de Contas.

92. No que tange ao argumento acerca da aplicação retroativa de jurisprudência, trata-se de equívoco na interpretação do recorrente. O que ocorreu foi um exame de fatos pretéritos com base em parâmetros referenciais de preço da época dos fatos (Sicro). Repisa-se que, ainda que o Sicro não fosse de uso obrigatório por parte do extinto DNER, na ausência de outro referencial de preços justificável, é perfeitamente aceitável o uso do Sicro por esta Corte para o cálculo de eventual sobrepreço, como já foi adequadamente debatido nos subitens 34 e 35 da presente instrução.

93. Tampouco merece prosperar a invocação do princípio da anterioridade tributária, ainda que de forma analógica, tendo em vista que o mandamento constitucional é específico, assim como o é a competência constitucional desta Corte.

94. Também se equivoca o recorrente quando associa qualquer aplicação de multa a uma grave violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica. Uma análise racional do presente processo, à luz da Lei 8.443/1992, da jurisprudência pacífica desta Corte e dos preços referenciais vigentes à época levará à cristalina conclusão de que se trata tão somente do exercício soberano da competência constitucional do Tribunal de Contas da União.

95. No que concerne ao argumento de esta Corte ter imposto ao recorrente a adoção do Sicro como limite máximo de preço, verifica-se que há um equívoco de interpretação por parte do recorrente. O que ocorreu foi que, ante a não apresentação por parte do recorrente, em forma tecnicamente justificável, de outro referencial de preços de mercado vigente à época, o Tribunal usou os dados do Sicro à época para avaliar a compatibilidade dos preços ofertados pela empresa contratada com os preços de mercado. É lógico concluir que algum parâmetro referencial de preços deve ter sido usado pelo recorrente à época. Na ausência de uma alternativa tecnicamente justificável, esta Corte utilizou os parâmetros do Sicro. Logo, é forçosa a conclusão de que não houve nenhuma violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica.

96. Em relação ao pedido de produção de prova pericial, deve-se ressaltar que todos os elementos necessários à formação do livre convencimento, tanto do Relator **ad quem**, quanto dos seus excelentíssimos pares do Plenário desta Casa constam dos autos, podendo tal pedido ser desconsiderado, sem que, com isso, sejam prejudicados os direitos constitucionais do recorrente no que concerne ao contraditório à ampla defesa.

97. Deve-se dar razão ao recorrente quanto à multa que lhe foi aplicada com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992, pois, com base no Incidente de Uniformização de Jurisprudência apreciado por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, no caso em apreço, dado o transcurso de mais de dez anos entre as irregularidades indicadas e as citações efetivadas pelo TCU.

98. Pelo exposto, vê-se que não merecem prosperar os argumentos do recorrente, salvo ao argumento relativo à prescrição da pretensão punitiva no que concerne à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em razão da superveniência do Incidente de Uniformização de Jurisprudência apreciado por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário. Tal prescrição da pretensão punitiva deve ser estendida também à primeira recorrente.

CONCLUSÃO

99. Por fim, ante todo o exposto, entende-se que não podem ser acolhidos os argumentos trazidos pelos recorrentes, salvo o que concerne à prescrição da pretensão punitiva relativa à aplicação de multa. Portanto, os presentes recursos de reconsideração (peças 29, 30, 57 e 79) devem ser conhecidos e parcialmente providos, tornando insubsistente o subitem 9.3 do Acórdão 1464/2013-Plenário e mantendo-se inalterados todos os demais termos daquele acórdão, dando-se posterior ciência aos recorrentes e ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) – extinto, atual Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

100. Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer dos presentes recursos de reconsideração (peças 29, 30, 57 e 79), nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU;

b) no mérito, dar-lhes provimento parcial, no sentido de tornar insubsistente o subitem 9.3 do Acórdão 1464/2013-Plenário e manter inalterados todos os demais termos daquele acórdão;

c) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER) – extinto, atual Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Secretaria de Recursos, 29 de março de 2017.

(assinado eletronicamente)

Fábio Diniz de Souza

AUFC, Mat. 3518-1