

GRUPO I – CLASSE IV – Plenário

TC 034.400/2013-3.

Apensos: TC 008.477/2008-0, TC 007.077/2016-5.

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Órgãos: Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR, extinta) e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (Dnit).

Responsáveis: Luiz Fernando de Pádua Fonseca (CPF 586.131.106-49); Ecoplan Engenharia Ltda. (CNPJ 92.930.643/0001-52); Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia (CNPJ 33.953.340/0001-96).

Representação legal: Fernando Luiz Carvalho Dantas (OAB/DF 22.588), representando Luiz Fernando de Pádua Fonseca; Eduardo Han (OAB/DF 11.714) e outros, representando Planave S/A – Estudos e Projetos de Engenharia e Ecoplan Engenharia Ltda.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO EM TCE A PARTIR DE PROCESSO DE AUDITORIA. PROLONGAMENTO DOS MOLHES DA BARRA DO PORTO DE RIO GRANDE/RS. INDÍCIO DE SUPERFATURAMENTO. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial autuada por meio da conversão de processo de auditoria (TC 008.477/2008-0: Fiscobras 2008), nos termos do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, diante de superfaturamento detectado no Contrato nº AQ-96/2003-00 destinado à prestação dos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto de Rio Grande/RS.

2. Após a análise do feito, o auditor federal da SeinfraHidroFerrovia lançou a sua instrução de mérito à Peça nº 67, com a anuência dos dirigentes da unidade técnica (Peças nºs 68/69), nos seguintes termos:

“(…) 2. O Contrato AQ-96/2003-00 (TC 008.477/2008-0, peças 12 e 13) celebrado em 10/9/2003, entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e o Consórcio Ecoplan/Planave, formado pelas empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A., teve por objeto a realização dos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização nas obras de ampliação de molhes do canal de acesso ao Porto do Rio Grande/RS, com prazo de vigência de 36 meses. Porém, a administração desse contrato foi passada do Dnit à recém-criada Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR,) em maio de 2007.

3. A Secex/RS realizou levantamento de auditoria nas obras de prolongamento dos molhes do Porto do Rio Grande/RS, em maio de 2008 (Fiscalis 195/2008). O relatório de fiscalização (TC 008.477/2008-0, peça 1, p. 167-195) apontou as seguintes irregularidades no contrato de supervisão supracitado: i) inclusão da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no BDI do consórcio contratado; ii) salários efetivamente pagos aos profissionais do consórcio contratado consideravelmente inferiores aos da proposta comercial; iii) retenção do ISS pela alíquota de 4% enquanto a proposta comercial do consórcio previa 5%.

4. Ao longo daquele processo, foi prolatado o Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário

(TC 008.477/2008-0, peça 4, p. 52-53), que determinou à então Secob-4 as seguintes providências:

9.2. determinar à Secob-4 que:

9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela 'Tabela de Preços de Consultoria' do Dnit, referência 4/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato, a índices contratuais, a exemplo dos cálculos empreendidos às fls. 282, v.1, dos correntes autos;

9.2.2. isso feito e confirmado o sobrepreço preliminarmente identificado às fls. 282, v.1, promova, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, a oitiva da Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República e da empresa Ecoplan Engenharia Ltda., para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentarem suas justificativas em razão da contratação e execução do contrato AQ-96/2003-00 com valores acima dos de mercado;

9.2.3. analisadas as justificativas provenientes das oitivas a que se refere o item 9.2.1. e 9.2.2, submeta proposta de encaminhamento ao relator **a quo**;

5. Após apurado o indício de superfaturamento e realizadas as oitivas dos interessados, o Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, de 10/12/2013 (peça 3), determinou a instauração desta tomada de contas especial, para identificação dos responsáveis e a correspondente citação, a fim de que apresentassem alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento no valor de R\$ 1.486.619,63 (um milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, seiscentos e dezenove reais e sessenta e três centavos) apurado no contrato AQ-96/2003-00.

6. Importa destacar que esse valor do superfaturamento foi calculado a partir dos quantitativos totais medidos e preços contratuais. Desse modo, não levou em consideração os pagamentos realizados e valores retidos em obediência ao disposto no subitem 9.1.3 do Acórdão 327/2009-TCU-Plenário, e nem os efeitos do transcurso do tempo (atualização a preços correntes).

7. Assim, na instrução constante da peça 17, o saldo do débito decorrente do superfaturamento dos serviços foi calculado em R\$ 306.061,12 (trezentos e seis mil, sessenta e um reais e doze centavos), atualizado até a data de 5/2/2015. Nesse cálculo, fez-se o somatório das diferenças entre os preços contratados e os tomados como paradigma (reajustados), multiplicadas pelos respectivos quantitativos em cada boletim de medição. O saldo do débito foi calculado pela atualização dos valores de débito/crédito conforme sua data de referência para as noventa e seis medições.

8. Importa destacar que, a partir da 70ª medição, a SEP/PR procedeu a retenções nos pagamentos ao consórcio executor em percentuais que variaram de 16% a 60% do valor contratado, em razão da substituição da alíquota de ISSQN de 5% para 4%, em obediência ao disposto no subitem 9.1.3 do Acórdão 327/2009-TCU-Plenário. Em razão desse procedimento, o superfaturamento antes estimado em R\$ 1,48 milhões foi reduzido para aproximadamente R\$ 306 mil.

9. Para identificação dos responsáveis foi realizada diligência à SEP/PR (peça 11) para a obtenção de informações necessárias ao saneamento dos autos. Em resposta (peça 13), o órgão encaminhou cópia de trechos do processo 50.600.000047/2002-52, que trata da aprovação do edital de licitação.

10. A análise da documentação enviada pela SEP/PR, constante da peça 17, concluiu que a responsabilidade pelo débito apurado deveria recair sobre as empresas que constituíram o Consórcio Ecoplan/Planave, bem como sobre o coordenador da Diretoria de Infraestrutura Aquaviária, à época, Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca.

Exame técnico

11. Em cumprimento ao Despacho do Ministro-Relator (peça 20), foram promovidas as citações das empresas Planave S/A e Ecoplan Engenharia Ltda, mediante os Ofícios 185 e 186/2015-TCU/SeinfraHidroferrovias (peças 21 e 23), respectivamente, ambos datados de 16/3/2015, bem como do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, mediante o Edital 4/2015-TCU/SeinfraHidroferrovia (peça 45), publicado no DOU de 23/7/2015. A seguir, serão analisadas as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis.

I. Das alegações de defesa das empresas Planave S/A e Ecoplan Engenharia Ltda. (peças 41 e 42)

12. As empresas Planave e Ecoplan tomaram ciência dos ofícios que lhes foram remetidos, conforme documento constante da peça 24, tendo apresentado suas alegações de defesa conjuntamente, conforme documentação integrante das peças 41 e 42.

13. As empresas foram ouvidas em decorrência do sobrepreço na planilha orçamentária do Edital de Concorrência 53/2002-00/Dnit, que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 306.061,12 (trezentos e seis mil, e sessenta e um reais e doze centavos) apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave, referente aos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande/RS.

14. Em suas alegações de defesa, as empresas sustentam, em resumo: a) considerações iniciais sobre o processo; b) ilegitimidade passiva das empresas Ecoplan e Planave; c) ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular da TCE: impossibilidade do exercício da ampla defesa; inexistência de certeza sobre os preços de mercado; inexistência de documentação necessária ao julgamento da questão; e d) questões jurídicas de mérito.

I.1. Considerações iniciais

I.1.1. Argumentos

15. Em suas considerações iniciais, as empresas ressaltam que o referido processo licitatório não foi encontrado em sua totalidade, já que o Dnit informa que o processo teria sido encaminhado para a SEP/PR e esta informa ter encaminhado o processo ao Dnit (parágrafos 30 e 31 da peça 17 destes autos, e cópias dos documentos encaminhados pela SEP/PR, peça 13).

16. Consideram que foram apresentadas diversas referências de valor de mercado, nos autos do processo TC 008.477/2008-0, que, mesmo que não admitidas como prova da compatibilidade dos preços são, na pior das hipóteses, fortes indícios de que houve a plena aderência entre os preços praticados e os preços de mercado.

17. Assim, nos termos do disposto no art. 37 da Lei 9.784/1999, requerem que sejam trasladados para os presentes autos cópia integral das defesas e demais considerações e documentos juntados no processo original (TC 008.477/2008-0), para que sejam aqui plenamente conhecidas e consideradas para fins de julgamento desta TCE. Também solicitam a juntada da resposta da Secretaria Especial de Portos (SEP/PR) protocolada em 27/6/2013 sob o número 0000502171154, em atendimento à oitiva promovida por meio do Ofício 367/2013-TCU-SecobHidro.

18. Alegam que todas as referências trazidas aos autos foram simplesmente desconsideradas, ao argumento de que se tratariam de referências com maior defasagem temporal do que a escolhida pelo TCU (peça 17, p. 3). Consideram que a defasagem temporal é um elemento relevante, porém a maior aderência das referências do mercado de consultoria trazidas com os serviços objeto do contrato garantiriam melhor referência do que uma tabela temporalmente mais aproximada, porém, mais distante (materialmente) das peculiaridades dos serviços.

19. Destacam a evolução dos cálculos do superfaturamento realizados por este E. Tribunal de Contas. Comparando o valor inicial do contrato, referente a abril/2002, de R\$ 6.823.506,15, e o valor do suposto sobrepreço atualizado até fev/2015, de R\$ 306.061,12, tem-se um sobrepreço de 4,5%. Ao corrigir o valor do contrato para a mesma data base do débito, utilizando o mesmo índice (IPCA), esse percentual cai para 2,0%.

I.1.2. Análise

20. Inicialmente, em relação ao processo interno de licitação do Dnit (50600.000047/2002-52), que resultou no Contrato AQ-96/2003-00, cabe destacar que foi solicitada à SEP/PR cópia dos documentos relativos à elaboração e à aprovação da planilha orçamentária e do Edital de Concorrência 53/2002-00 promovido pelo Dnit, e não cópia de todo o processo interno da licitação. Também não foi relatado pela SEP/PR dificuldade na obtenção dos documentos, tendo sido fornecidos a esta Corte num prazo de 18 dias corridos.

21. Também não foram trazidos aos autos elementos que demonstrassem que as empresas solicitaram a referida documentação à SEP/PR ou ao Dnit e que a documentação não foi encontrada. Assim, não restou demonstrada qualquer prejuízo às defendentes.

22. Ressalta-se também que a discussão do sobrepreço é sobre os preços do contrato, ou seja, o consócio vencedor, que é responsável pela proposta vencedora do certame, é que deve justificar seus preços com base nos custos incorridos na realização do contrato, uma vez que os documentos relativos à fase interna da licitação não teriam o condão de vincular as propostas apresentadas, muito menos os custos operacionais das empresas. Logo, nos termos do voto condutor do Acórdão 2.149/2014-TCU-1ª Câmara, eventuais pesquisas de preço da fase interna da licitação não se mostram hábeis a compor o referencial utilizado na quantificação de superfaturamento de preços.

23. Quanto à solicitação, nos termos do disposto no art. 37 da Lei 9.784/1999, de que sejam trasladados para os presentes autos cópia integral das defesas e demais considerações e documentos juntados no processo original (TC 008.477/2008-0) e da resposta da Secretaria Especial de Portos (SEP/PR), protocolada em 27/6/2013, para que sejam aqui plenamente conhecidas e consideradas, destaca-se que o processo original já está apensado aos presentes autos, e que todas as alegações lá oferecidas foram analisadas antes da decisão desta Corte que resultou no Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário.

24. A alegação de que todas as referências trazidas aos autos foram simplesmente desconsideradas merece algumas considerações. O referencial de preço a ser utilizado foi amplamente discutido no TC 008.477/2008-0, onde assentou-se que a tabela de preço de consultoria do Dnit poderia ser utilizada como referência porque a formação do preço dos profissionais que executam os serviços de consultoria leva em consideração, principalmente, os níveis de escolaridade e de experiência de trabalho, e não o ramo da engenharia. Não se observaram evidências de que os preços dos profissionais constantes da tabela do Dnit estariam defasados, fato este que inviabilizaria sua aplicação. Ao contrário, como será demonstrado adiante, os preços pagos pelo consócio aos seus empregados eram bem inferiores aos da tabela de consultoria do Dnit.

25. Quanto a utilização de outros referenciais de preços (ABCE, Exército etc.), com datas mais recentes, verificou-se não haver razoabilidade em se utilizar esses sistemas de custos com maior lapso intertemporal em relação ao da data-base do contrato, haja vista a possibilidade de distorções nos valores após aplicação de índices de deflação. O dado mais confiável é o sistema oficial mais próximo da contratação, consoante jurisprudência dominante desta Corte, consubstanciado nos Acórdãos 278/2008, 2.127/2006, 1.667/2011, 1.922/2011 e 1.657/2011, todos do Plenário.

26. No tocante à variação do valor do sobrepreço, vale salientar que não houve diminuição do valor apontado ao final do TC 008.477/2008-0, ao contrário, apurou-se na peça 14 que ao final da obra, considerando os novos quantitativos do contrato, o sobrepreço foi de R\$ 1.597.787,45 (data-base abril/2002), valor esse correspondente a 17,5% do valor contratual. O valor de R\$ 306.061,12, apurado na peça 17, corresponde ao superfaturamento ao final do contrato (materialização do sobrepreço), que teve seu valor reduzido em relação ao sobrepreço apontado devido às retenções efetuadas pela SEP/PR a partir da 70ª medição, retenções essas advindas das ações desta corte.

I.2. Ilegitimidade passiva

I.2.1. Argumentos

27. Continua a defesa alegando a sua ilegitimidade passiva, uma vez que na parte final do voto do Ministro-Relator, referente ao Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, apenas foram autorizadas e determinadas a oitiva de servidores e não das empresas Ecoplan e Planave:

‘12. Por tudo isso, acolho a proposta oferecida pela SecexHidroferrovia, no sentido da conversão da presente auditoria em processo de tomada de contas especial, promovendo-se diligência junto ao Dnit para se obter a identificação dos responsáveis pela aprovação da planilha orçamentária presente no Edital da Concorrência nº 53/2002-00, com o fito de citá-los para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem o valor devido, nos termos do art. 12, incisos I e II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1993.’

28. *Considera também que o item 9.2 do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário mantém esse entendimento. Ou seja, a leitura do acórdão leva à inequívoca interpretação de que o objeto da TCE determinada atingiria apenas os responsáveis pela elaboração da planilha orçamentária do edital que deu origem à contratação. Assim, a contratada não estaria envolvida na TCE. Tanto é assim que nenhuma das empresas componentes do consórcio contratado foi notificada acerca do Acórdão 3.667/2013 (único ofício de notificação referente ao acórdão foi emitido ao Dnit). Assim, no seu entender, dada a ausência clara e objetiva de autorização para a abertura de tomada de contas especial contra as defendentes Ecoplan e Planave, requer, a extinção da presente TCE em relação a essas duas defendentes.*

1.2.2. Análise

29. *A alegação de que as empresas Ecoplan/Planave possuem ilegitimidade passiva, uma vez que só teriam sido autorizadas e determinadas a oitiva de servidores não deve prosperar. Um dos objetivos da TCE é, justamente, a identificação dos responsáveis, ou seja, ao longo da TCE pode-se identificar responsáveis que até então não haviam sido parte do processo, sem que isso seja considerado prejuízo ao contraditório, pois este se dá dentro do processo da TCE, após a devida citação dos responsáveis.*

30. *O item 9.2 do Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário é claro ao determinar a identificação dos responsáveis, sem contudo fazer nenhuma restrição:*

'9.2. determinar à SecexHidroferrovia que proceda à identificação dos responsáveis e promova, nos termos dos incisos I e II, do art. 12, da Lei nº 8.443, de 1992, a correspondente citação desses responsáveis, para que apresentem alegações de defesa em relação ao possível superfaturamento no valor de R\$ 1.486.619,63 (um milhão, quatrocentos e oitenta e seis mil, seiscentos e dezenove reais e sessenta e três centavos) apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave, referente aos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande/RS; e (...)'

31. *O fato de as empresas não terem sido informadas sobre o Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário, que determinou a abertura da TCE, não traz nenhum prejuízo, pois como já comentado, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o contraditório se dá dentro do processo da TCE, após as devidas citações, conforme consubstanciado na jurisprudência do plenário desta corte: Acórdãos 2.471/2013, 2.875/2014, 2.437/2015, entre outros. Ressalta-se ainda que todas as audiências foram autorizadas pelo Ministro-Relator do processo.*

1.3. Ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular da TCE

1.3.1. Argumentos

32. *A defesa aduz que o transcurso do tempo está por impedir o regular exercício do contraditório e ampla defesa, bem como a existência de falhas processuais atribuíveis ao Estado, inviabilizam a defesa das defendentes.*

33. *No tocante às 'falhas processuais atribuíveis ao Estado que reduzem a capacidade de defesa do administrado', cita o fato do Dnit não ter instruído o processo administrativo da licitação com as pesquisas que geraram os números para o orçamento estimativo. Esse ato, a ser praticado na fase interna da licitação, era uma obrigação atribuível ao Dnit, não podendo ser imputada às defendentes.*

34. *Alega que avaliando toda a peça 13 (documentos enviados pela SEP/PR) vê-se que não consta ali todo o processo licitatório, sendo meros excertos do processo, como também que o processo teria sido devolvido ao Dnit com base na informação acima transcrita.*

35. *Em sua visão, esses fatos já seriam impeditivos para o completo exercício do contraditório e da ampla defesa pelos defendentes, já que impediriam o acesso aos fatos constantes dos autos do processo licitatório, em especial às pesquisas para a formulação do orçamento estimativo, que é o ponto nodal desta tomada de contas especial.*

36. *Traz ao debate qual é, de fato, o paradigma que se deve utilizar para se averiguar a legitimidade de um orçamento estimativo. Destaca os recentes julgados do Plenário do TCU: Acórdãos 694/2014; 2.380/2013 e 591/2015. Pode-se verificar desses acórdãos que o referencial*

almejado para se avaliar a regularidade de um orçamento estimativo são os preços efetivamente praticados no mercado, e nessa busca, diversos referenciais podem ser utilizados, tais como: pesquisas de mercado, preços praticados em outros certames, tabelas de preços, sistemas de registros de preços, publicações especializadas e 'outras fontes disponíveis'.

37. No presente caso, aponta que nenhum cidadão ou órgão de controle impugnou a regularidade do certame à época, indicando assim, pelo menos uma presunção de regularidade e adequação dos preços com o mercado. A avaliação de um orçamento estimativo deve se pautar na busca da verdade material, ou seja, a real compatibilidade dos valores orçados com os valores efetivamente praticados no mercado.

38. Ressalta que todas as referências apresentadas pelas defendentes foram afastadas, bem como a única referência que está sendo utilizada é a tabela referencial do Dnit para obras rodoviárias, apesar de tratar-se de um empreendimento portuário e marítimo. O paradigma que está sendo utilizado pelo TCU para apontar um suposto sobrepreço é a Tabela do Dnit para obras rodoviárias, paradigma que não era obrigatório ser usado e que já foi reconhecido expressamente pela SEP/PR que na formulação do orçamento estimativo não houve a sua utilização.

39. Considera que o paradigma utilizado é apenas um dos possíveis e não o único apto a provar quais seriam os reais preços de mercado. Destaca o Acórdão 5.101/2014/TCU-1ª Câmara onde decidiu-se ser necessário, para apontamento de sobrepreço, que a constatação esteja baseada em informações sobre os preços de mercado vigentes à época do certame.

40. Ressalta ainda que a avaliação da compatibilidade entre os preços de mercado em 2001 e 2002 e os preços praticados no certame, demanda uma avaliação de mercado que remonta há mais de 13 anos. O transcurso desse interregno de 13 anos é um elemento que está impedindo que as ora defendentes consigam demonstrar a compatibilidade dos seus preços com os preços de mercado, já que buscar referências para esse mercado em especial, e há mais de uma década, é uma tarefa inglória, para não dizer impossível, tanto que nem a própria Administração Pública (Dnit e SEP/PR) conseguiram promover essa prova inequívoca.

41. Pondera que a SEP/PR refutou a aplicabilidade da tabela referencial do Dnit e utilizou os preços contratados com o Consórcio Ecoplan-Planave para licitação que promoveu posteriormente à prestação do serviço. A adoção dos valores do contrato firmado com o Consórcio Ecoplan-Planave como referência para uma licitação posterior do órgão (Concorrência Pública SEP/PR 03/2010 - serviços de supervisão de obra no Porto de Rio Grande), para objeto similar e no mesmo local dos serviços simboliza que a SEP/PR entendeu que os valores praticados estavam adequados.

42. Cita o Acórdão 7.176/2014-TCU-Primeira Câmara, que julgou extinto o TC 014.508/2007-5, acompanhando a instrução da unidade técnica. Neste processo, o TCU investigava eventual sobrepreço em dois contratos firmados pelo Dnit em 2002, para serviços de natureza ferroviária e aquaviária. A partir do entendimento exposto pela unidade técnica deste Tribunal na instrução do referido acórdão, considera que o transcurso do prazo de mais de 13 anos até a época da licitação é, de forma inegável, um elemento que impede o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, já que impede a produção de prova hábil a comprovar a legitimidade dos preços praticados no mercado à época dos fatos para serviços semelhantes e compatíveis com as obras em questão (portuárias ou marítimas).

43. Assim, requer que seja reconhecida a incidência do inciso II do art. 6º da Instrução Normativa 71/2012 deste Tribunal, para declarar, a impossibilidade de análise da presente questão dado o transcurso do tempo.

1.3.2. Análise

44. Inicialmente vale esclarecer que as possíveis falhas ocorridas na fase interna da licitação não estão sendo atribuídas às contratadas, o que está em discussão na presente TCE são os preços praticados no Contrato AQ-96/2003-00. Falhas no processo licitatório serão imputadas aos agentes públicos responsáveis por tais atos, não cabendo responsabilidade às licitantes da época. O

acesso das contratadas às pesquisas utilizadas na formulação do orçamento estimativo do processo licitatório não é elemento fundamental na defesa dos preços contratuais. O que se deve demonstrar é a coerência entre os preços de mercado à época e os preços praticados no Contrato AQ-96/2003-00, ou seja, a justeza dos valores contratados.

45. Nesse ponto, deve-se salientar que o confrontamento dos valores contidos na tabela de preço de consultoria do Dnit com os valores efetivamente pagos pelas contratadas, evidenciam que os valores referenciais estavam adequados à realidade de mercado da época, conforme pode-se visualizar, a título de exemplo, no gráfico 1. Em que pese este Tribunal ter decidido que os preços efetivamente pagos não deveriam ser utilizados como paradigma no cálculo do sobrepreço, resta claro que, ao menos, trazem luz sobre a adequação dos preços da tabela de consultoria do Dnit ao presente caso, a qual, inclusive, continha valores superiores aos efetivamente pagos pelas contratadas aos seus funcionários.

46. Como dito na defesa, o referencial almejado para se avaliar a regularidade de um orçamento estimativo são os preços efetivamente praticados no mercado, e nessa busca, diversos referenciais podem ser utilizados. Porém, não foram trazidos pelas defendentes outros referenciais da época da licitação. Os outros referenciais trazidos pelas defendentes possuem data-base muito distante da época da licitação, sendo inadequada a sua aplicação conforme já discutido.

47. O fato de a SEP/PR ter se utilizado dos preços contratados com o Consórcio Ecoplan-Planave como referencial para uma nova licitação que promoveu em 2010 não tem poder de conferir regularidade aos valores praticados no Contrato AQ-96/2003-00. Haja vista a possibilidade de distorções nos valores após aplicação de índices de atualização considerados pela SEP/PR, para um período de aproximadamente 7 anos, impedem qualquer juízo sobre a adequação dos mesmos.

48. As alegações de que o transcurso do tempo está por impedir o regular exercício do contraditório e ampla defesa não devem ser presumidas e sim demonstradas **in concreto**. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos Acórdãos 2.223/2014-TCU-Plenário, 6.990/2014-TCU-1ª Câmara, 1.509/2015-TCU-1ª Câmara, 9.570/2015-TCU-2ª Câmara.

49. Salienta-se ainda que as empresas foram chamadas a discutir os preços praticados desde 2008, no âmbito do TC 008.477/2008-0, com o contrato ainda vigente. Assim, não há que se falar que as empresas foram pegadas de surpresa após o transcurso de mais de treze anos.

50. O simples transcurso de mais de 10 anos, não é por si só elemento suficiente para aplicação compulsória do inciso II do art. 6º da Instrução Normativa 71/2012 deste Tribunal, conforme extraímos do voto condutor do Acórdão 9.570/2015-TCU-2ª Câmara:

‘6. Somente o transcurso do tempo não pode levar à presunção de prejuízo à ampla defesa e, por consequência, a se considerarem iliquidáveis as contas. Apesar de reconhecer decisões calcadas nesse entendimento, algumas mencionadas pelo defendente, não me parece ser a posição prevalecente neste Tribunal e a decisão mais correta a ser aplicada no presente processo.

7. A mera instauração tardia da tomada de contas especial não justifica considerar-se iliquidáveis as contas. Eventual impedimento à plenitude do exercício de defesa, ou mesmo dificuldade na sua realização, não prescinde de prova, cabendo à parte o ônus dessa evidenciação. Caso contrário, seria o mesmo que abandonar a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento - consolidada no âmbito deste Tribunal, adiante destacada - sem qualquer mínima análise das circunstâncias do caso concreto capaz de indicar conclusão distinta. (...)’

51. Contudo, não foram acostados aos autos documentos/fatos que evidenciem obstáculos ao exercício da ampla defesa.

I.4. Questões jurídicas de mérito

I.4.1. Argumentos

52. Expõe que o orçamento estimativo, tanto quanto as regras editalícias, foram estabelecidas unilateralmente pela Administração, a quem cabe o poder de ditar todo o procedimento licitatório. As defendentes não participaram direta ou indiretamente de nenhuma fase do procedimento interno da licitação, bem como não cometeram ato ilícito nem prejudicial para a Administração Pública, visto que os valores pagos ao Consórcio Ecoplan-Planave estavam dentro do

estipulado pela própria Administração.

53. *Para asseverar seu entendimento, cita Hely Lopes Meirelles, segundo o qual os atos da Administração Pública possuem presunção de legalidade, não impondo ao particular a obrigação de fiscalizá-lo.*

54. *Entende que os atos administrativos praticados pela Dnit preencheram todos os seus requisitos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), não podendo ser agora questionados sem prova clara e contundente de erro.*

55. *Cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE-AgR 422410, destacando o fato de que lá foi reconhecida a proteção aos contratos validamente celebrados. Se o ato jurídico perfeito se consolidou, pois não há decretação da nulidade do seu instrumento, então, não se pode agora pretender alterá-lo unilateralmente.*

56. *Sustenta que o princípio da supremacia do interesse público não permite a alteração unilateral de acordo, violando ato jurídico perfeito, impossibilitando o desfazimento de atos jurídicos perfeitos por eventuais mudanças de percepção sobre valores e referenciais. Para sustentar sua afirmação, traz decisão do Superior Tribunal de Justiça prolatada no recurso em mandado de segurança 14.924 – DF.*

57. *Pondera que querer promover qualquer alteração neste momento, acabaria por gerar às defendentes o direito de rever os valores apresentados, a fim de se manter inalterada a equação econômico-financeira do contrato, violando-se o ato jurídico perfeito e o princípio da vinculação ao edital. Por outro lado, ressalta que também não está sendo observado o princípio da segurança jurídica.*

58. *Observa que princípio da segurança jurídica tem duas vertentes, uma objetiva e outra subjetiva. A vertente objetiva fundamenta a irretroatividade das normas e dos atos administrativos, bem como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Por seu turno, a vertente subjetiva protege, em específicas circunstâncias, a confiança dos atos emanados do Estado, mesmo que supostamente eivados de vícios.*

59. *Assim, defende não ser admissível que a Administração Pública seja autorizada, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ela próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.*

60. *Cita também o princípio da proteção à confiança que visa proteger o administrado contra mudanças no seu **status quo** fundado em ato administrativo, mesmo que supostamente viciado, o que, na sua opinião, não é o caso do presente feito.*

61. *Acredita que, caso se altere o valor orçado na licitação, abaixando-o e assim impondo um sobrepreço ao preço orçado pelas defendentes dentro dos limites referenciais do Edital, ficará abalada a confiança das licitantes em relação à garantia do respeito ao cumprimento dos contratos realizados pela Administração Pública.*

62. *Traz à baila o julgado do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 131.741-8/SP, sendo o Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendeu que a Administração deve indenizar o particular que pratica atos irregulares sob orientação equivocada de agente da própria Administração.*

63. *Alega que, de boa-fé, aceitaram como regular o orçamento estimativo constante do edital agora questionado e, sobre ele deram um desconto o que levou sua proposta a ser a mais vantajosa para a Administração, tanto que foi contratada e todo o seu objeto já foi devidamente prestado e entregue. Assim, não deve prosperar, a pretensão de arrecadar valor supostamente superior ao que seria devido caso houvesse um orçamento estimativo diferente na época do certame.*

64. *Nesse contexto, discorre sobre a boa-fé das defendentes. Alega que somente após 10 anos da assinatura do contrato a Administração resolveu que se teria que comprovar a compatibilidade entre os seus preços e os preços de mercado praticados para serviços não triviais, em especial serviços de gerenciamento de obra portuária e marítima.*

65. *Adverte que há muito a doutrina e a jurisprudência alemã construíram a doutrina da*

suppressio e da *surrectio*, que se reporta e se funda como atributo lógico dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança nas relações jurídicas.

66. Segundo a difundida doutrina de Menezes Cordeiro, 'diz-se supressão a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contraria a boa-fé'.

67. Tal doutrina, exsurge no âmbito da tendência de positivação do princípio da boa-fé objetiva nas relações, como princípio geral de interpretação dos negócios jurídicos, como dispõe o art. 113 do Novo Código Civil Brasileiro (CCB).

68. Considera que o exame do caso retratado permite concluir que estão presentes todos os elementos necessários à incidência da teoria da *suppressio/surrectio*. Destaca que as contratadas possuíam confiança na Administração. Além disso, a falta de manifestação acerca dos termos em que pactuados o contrato e seus preços por longo tempo, torna inexigível do homem medianamente inteligente supor que, passados cerca de 10 anos, sobreviria o requerimento para comprovação de compatibilidade de seus preços com os preços de mercado.

69. Portanto, acredita que a boa-fé objetiva (e subjetiva) milita em favor das defendentes. Assim, a conduta de cobrar valores supostamente maiores que uma referência imperfeita de preços, retroativamente a mais de 10 anos, excede os limites do contrato e do ordenamento jurídico.

70. Pondera que os valores cobrados e pagos no contrato sob exame derivam de uma proposta regularmente feita à Administração, respeitando as regras e limites estabelecidos pela própria Administração, proposta esta que entabulou uma equação econômico-financeira entre as partes e foi expressamente reconhecida como válida e aceita pela Administração. Alterá-la agora produzirá, sem dúvida, um desequilíbrio econômico-financeiro no ajuste feito entre as partes, gerando um risco de prejuízo para as contratadas que já cumpriram com seus encargos, baseada na relação financeira que foi originalmente estabelecida. Assim, invoca o reconhecimento da incidência das proteções constitucionais da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da segurança jurídica e proteção à confiança.

71. Além disso, defendem que sua proposta consideraram todos os custos e benefícios constantes do edital, portanto nada garante que se soubessem que os valores seriam inferiores ao constante do edital, manteriam a mesma estrutura de sua proposta ou mesmo se manteriam interesse na disputa.

72. Argumenta que existe um tempo devido para que a Administração averigue a regularidade de seus contratos, o qual não se estende *ad aeternum*. Considera ser sólido no direito pátrio que à Administração Pública aplica-se o princípio da autotutela administrativa, tendo a possibilidade de rever seus atos, sem necessidade de tutela judicial. Trata-se, portanto, de direito da Administração, porém, que encontra limitações quando confrontado com os princípios que também orientam as suas atividades, como o da segurança jurídica e do interesse público.

73. Pondera que em nome desses princípios, o art. 54 da Lei 9.784/1999 trouxe um prazo decadencial para o direito da Administração rever seus atos, o qual foi fixado em 5 anos. O caso em discussão trata de um contrato firmado em 2003, com base em valores aprovados em 2002, conforme indica a data-base referida no item 5.2 do Edital de Concorrência 53/2002-00.

74. Calculando o tempo decorrido desde a assinatura do contrato, considera que a Administração Pública já decaiu do seu direito de tomar qualquer medida administrativa que importe impugnação à validade desse instrumento até porque, os atos ora impugnados não foram objeto de ação por parte da Administração ou dos órgãos de controle nestes últimos 10 anos, diferente daquele que, impugnado no prazo de cinco anos, ainda não foram definitivamente pacificados.

75. Traz que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário é matéria que ainda não se encontra pacificada. Além disso, aduz que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem entendimento no sentido da prescritibilidade dos danos ao erário que não tratem de ressarcimento de atos ilícitos relacionados à improbidade administrativa (TRF-1 - AC: 5633 MG 2008.38.09.005633-9, Relator), o que se amoldaria ao presente caso.

76. Sobre a questão da prescrição destaca o posicionamento recorrente do STJ sobre a pretensão da Administração em cobrar valores dos administrados. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. Assim deve haver a incidência do Decreto 20.910/1932 (regula a prescrição quinquenária das pretensões contra a Administração), porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela.

77. Em conclusão, considerando as teses apresentadas, respeitando o entendimento deste Tribunal, entendem que não deve prosperar a pretensão de cobrança de valores. Assim, requerem que seja declarado regular o contrato AQ-96/2003-00 e todos os preços nele praticados, negando-se provimento à presente tomada de contas especial.

1.4.2. Análise

78. Em resumo, as empresas alegam que promover agora alteração unilateral nos preços do contrato, com base em critérios de conveniência e oportunidade, após o aperfeiçoamento do contrato administrativo, violaria a proteção ao ato jurídico perfeito, a segurança jurídica, a proteção à confiança e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

79. A jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido de que não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica em face da contratação com sobrepreço. Constatada a sua presença no ajuste, o controle deve incidir para promover a adequação necessária.

80. Nos termos do voto condutor do Acórdão 3.393/2013-TCU-Plenário, sendo materializado o enriquecimento sem causa da contratada, a saída é a devolução dos valores pactuados em excesso, conforme a jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos Acórdãos 570/2013-TCU-Plenário, 2.069/2008-TCU-Plenário, 1.767/2008-TCU-Plenário, 598/2006-TCU-Plenário e Decisão 680/2000-TCU-Plenário.

81. Reforçando esse entendimento, o voto condutor do Acórdão 117/2014-TCU-Plenário assentou que o objetivo da aplicação retroativa de nova composição de custo unitário é evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa, ressaltando ainda que ‘o regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros observados’, conforme podemos extrair do excerto abaixo:

‘11. Como considerações adicionais, ressalto que a situação analisada nos autos não trata da aplicação retroativa de nova composição de custo unitário, assim entendida como aquela que incorpora técnica construtiva distinta ou novos materiais, insumos e índices de produtividade, mas sim, da utilização imediata de composição que contemplou a quantidade escorregada de mão de obra necessária para a execução do serviço de ‘cerca de arame farpado com suporte de madeira’, após a retificação de erro verificado pelo próprio Dnit.

12. Cuida-se, portanto, de mera correção de composição vigente, cuja aplicação aos contratos em andamento tem como objetivo evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa. Sendo assim, não vislumbro qualquer violação ao princípio da segurança jurídica ou da irretroatividade de critério técnico, porquanto a medida determinada teve por propósito, em juízo de ponderação, evitar a violação dos outros princípios listados, ou mais especificamente, o pagamento de custos referentes à mão de obra que não foi nem estava sendo efetivamente empregada na execução contratual.

(...) 17. Com relação às considerações sobre o planejamento das obras e o preço oferecido pela construtora na fase da licitação, compreendo que o regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá o direito adquirido à manutenção de erros observados nas composições de preços unitários, precipuamente quando em razão de tais falhas estiver ocorrendo o pagamento de serviços acima dos custos necessários e realmente incorridos para a sua realização. Justamente por não acarretar prejuízo ao contratante, no sentido de proporcionar o pagamento de retribuição a quem dos encargos incorridos para a consecução da contrapartida, entendo que a medida corretiva determinada não viola o princípio da proteção do equilíbrio econômico-financeiro, não assistindo razão à embargante.’

82. Ressalta-se que, conforme demonstrado no TC 008.477/2008-0, os valores efetivamente pagos pelas empresas aos seus funcionários/contratados eram inferiores aos valores constantes da tabela de consultoria do Dnit. Tal fato reforça o entendimento exposto acima de não proporcionar o pagamento de retribuição a quem dos encargos incorridos pela contratada.

83. Vale ainda salientar a natureza distinta entre 'sobrepço' e eventual 'desequilíbrio econômico-financeiro' conforme exposto no voto condutor do Acórdão 570/2013-TCU-Plenário:

'6. Preliminarmente, cabe esclarecer à recorrente que 'sobrepço' tem natureza distinta de eventual 'desequilíbrio econômico-financeiro' que venha a beneficiar indevidamente a contratante. Este último pressupõe licitude na licitação e ocorrência de fato superveniente durante a execução contratual. Já aqueloutro evidencia vício no certame, especificamente na formação dos preços (global e unitários). Embora ambos representem enriquecimento sem causa de uma das partes contraentes, os dispositivos legais porventura violados são distintos. O 'desequilíbrio econômico-financeiro' afronta diretamente o art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Por seu turno, o 'sobrepço' viola flagrantemente os arts. 3º e 6º, IX, 'f', c/c o art. 43, IV, da Lei de Licitações e Contratos, bem como o princípio da economicidade e a função social do contrato.

7. O reequilíbrio econômico-financeiro a que alude o art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/93, exige sim a presença de um fato superveniente (fato gerador) a justificar sua ocorrência. Presente o fato superveniente à celebração da avença, justificado está, em princípio, o sobredito reequilíbrio. De outro tanto, a simples constatação do 'sobrepço' afronta, por si só, o art. 43, IV, da Lei de Licitações e Contratos, sendo ele injustificável sob a ótica da legalidade.

8. A situação em apreço evidencia caso típico de 'sobrepço'. E uma vez constatada a sua presença no ajuste, materializando-se o enriquecimento sem causa da contratada, não vejo outra saída que não a devolução dos valores pactuados em excesso.

9. Não há falar em violação do princípio da segurança jurídica em face da constatação de 'sobrepço', tanto global quanto em relação aos valores unitários. Ainda que o preço global da proposta seja vantajoso para a Administração, é mister também que cada um dos itens contratados esteja com preço justo. (...)

84. A licitante, como perfeita conhecedora dos seus custos e capacidade, é responsável pela sua proposta, não podendo querer transferir à Administração Pública a responsabilidade pelos preços ofertados, sob argumento que foi induzida ao erro pelos preços constantes do edital. O edital estabelece o teto a ser observado, devendo cada licitante ponderar seus custos para apresentação das propostas.

85. Quanto aos precedentes judiciais trazidos pelas defendentes, vale citar o recente julgado do STF no MS 29.599/DF, onde foi reconhecido como legítima a decisão do TCU que condenou uma empresa ao ressarcimento de dano causado ao erário, por superfaturamento de preços em obra pública.

86. Por fim, quanto à alegada decadência, de acordo com o entendimento deste Tribunal, consubstanciado no Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, as ações de ressarcimento ao erário, a exemplo da discutida nos presentes autos, são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Esse entendimento inclusive está postulado na Súmula TCU 282: As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

87. No tocante à pretensão punitiva, este Tribunal definiu por meio do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência (TC 030.926/2015-7), que a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, sendo contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil.

88. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil. Na situação em exame, considerando que o contrato foi assinado em setembro de 2003 (peça 65) e que o despacho do Ministro Relator determinando a realização das audiências, no âmbito do TC 008.477/2008-0, foi em 18/7/2008 (peça 66), ocorreu a interrupção da prescrição naquela data.

Com a interrupção, o prazo prescricional começa a correr do zero novamente, tendo o TCU mais dez anos para aplicar a sanção.

89. Como a empresa foi novamente citada para apresentar suas alegações de defesa dentro da presente TCE, tendo tomado ciência em março de 2015 (peça 24), não houve a passagem de mais de dez anos do termo **a quo** do prazo prescricional. Assim, não houve a prescrição da pretensão punitiva, motivo pelo qual será proposta a aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

90. Com base no exposto, as alegações de defesa apresentadas pelas empresas Ecoplan e Planave devem ser rejeitadas, com imputação do débito apurado.

II. Das alegações de defesa do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 63)

91. O Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca tomou ciência de sua citação editalícia (peça 45), tendo apresentado, tempestivamente suas alegações de defesa, conforme documentação integrante da peça 63.

92. A citação foi em decorrência de sobrepreço na planilha orçamentária do Edital de Concorrência, que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 306.061,12 (trezentos e seis mil e sessenta e um reais e doze centavos) apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave, referente aos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande/RS, com infração ao disposto no art. 6º, inciso IX, alínea 'f' da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade.

93. Em resumo, apresentou suas alegações de defesa pontuando: a) ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo administrativo de tomada de contas; b) violação do devido processo legal substancial no processo de tomada de contas especial; c) incidência de dispositivo da instrução normativa 71/2012; d) preliminar de ilegitimidade; e) questão de mérito (inexistência de superfaturamento e a impossibilidade de apuração de superfaturamento em vista da ausência de elementos documentais essenciais do processo).

II.1. Preliminar a análise de mérito

II.1.1. Argumentos

94. Inicia sua defesa questionando a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo administrativo de tomada de contas. Defende que a sua indicação como responsável pela elaboração de planilhas contendo itens com sobrepreço é dedução que não prescinde de uma avaliação exauriente quanto a integralidade dos elementos documentais.

95. Pontua que os extratos de documentos provenientes da Secretaria Especial de Portos não contêm a integralidade dos atos administrativos da fase interna da licitação que resultou no Contrato AQ-96/2003. Entende que um processo de tomada de contas especial com suas repercussões pessoais e patrimoniais, não admite um exercício de dedução de fatos que conduzam a uma responsabilização, sem que a integralidade de elementos de prova esteja juntada e evidencie, sem qualquer traço de dúvidas, a autoria do fato tido como irregular por esta corte.

96. Neste sentido considera que seja declarado o vício dos atos praticados na presente TCE, determinando-se a realização de diligência no sentido de que a integralidade dos autos do processo administrativo 50600000047/0252, relativo a fase interna da licitação, seja coligida aos autos e procedida uma cognição exauriente, para que, doravante, sejam elencados responsáveis por eventual superfaturamento.

97. Quanto ao devido processo legal, considera que a não realização de sua oitiva na fase de instrução do processo de tomada de contas, ocasionou a sua supressão de uma instância de discussão acerca de sobrepreço na aquisição dos serviços contratados pelo DNIT e a eventual responsabilidade.

98. Pontua que foi franqueando amplo direito de oferecimento de razões de justificativa ao Consórcio Ecoplan/Planave, porém ele não teve tal oportunidade e isso lhe suprimiu o direito de oferecer suas razões, que poderiam até mesmo alterar o entendimento do Plenário nos Acórdãos 327/2012-TCU-Plenário, 2.784/2013-TCU-Plenário e 3.667/2013-TCU-Plenário.

99. Assim, considera que essa situação impôs prejuízo ao exercício do seu direito

substantivo a defesa, e requer, portanto, a declaração de existência de vício insanável no processo de tomada de contas antes da conversão em tomada de contas especial, que nulifica todos os atos processuais subjacentes.

100. *Traz que escoados treze anos entre a produção do ato administrativo (Nota Técnica 1/2002-DAQ/DNIT) e a sua citação no presente processo, não é razoável que lhe seja imputada responsabilidade por eventual superfaturamento no Contrato AQ 96/2003-00. Exatamente para situações como a ora confrontada é que o Tribunal de Contas da União editou ato normativo consubstanciado na norma do art. 6º, II da Instrução Normativa 71/2012.*

101. *Ressalta que apesar de a dispensa da instauração de tomada de contas especial ostentar contornos de faculdade conferida ao relator do feito, o comando da norma, interpretada em sentido teleológico, busca conferir racionalidade ao TCU para atuar em processos qualitativamente elegíveis, que não tenham sido alcançados por tempo alongado entre o fato e a citação, e que não padeçam de vícios. Neste sentido, requer diante da evidência de que decorreram trezes anos, que o presente feito seja extinto, na modalidade descrita no art. 6º, II da Instrução Normativa 71/2012.*

102. *Quanto a sua ilegitimidade, considera que não foram trazidos aos autos elementos documentais aptos a, de forma inequívoca, delimitar subjetivamente os limites da responsabilidade pelo ato administrativo de aprovação da planilha orçamentária.*

103. *Entende que o único juízo de verossimilhança passível de ser exercitado quanto à responsabilidade da aprovação da planilha orçamentária presente no Edital da Concorrência 53/2002-00 converge no sentido de que o diretor de Infraestrutura Aquaviária, à época, Wildjan da Fonseca Magno, seja alojado no polo passivo da relação processual administrativa, na condição de responsável pelo ato. Assim, requer sua exclusão do presente processo.*

II.1.2. Análise

104. *Inicialmente, a alegação de que é dedução a sua indicação como responsável pela elaboração das planilhas do processo licitatório não prospera. A Nota Técnica 1/2002-DAQ/DNIT (peça 13, p. 3-5), assinada pelo Sr. Luiz Fernando, aduz que:*

‘Caberá a Diretoria do Infra-Estrutura Aquaviária o acompanhamento, fiscalização e gerenciamento, sendo imprescindível para isto, devido ao volume de obras, a contratação de serviços técnicos profissionais especializados no local para auxiliar na Supervisão e Assessoramento à Fiscalização das Obras de Prolongamento dos Molhes da Barra do Porto de Rio Grande. Nesse sentido, foi elaborado por esta Coordenação Edital e anexos, nos moldes do que estabelece a Lei 8.666/93, objetivando abertura de certame licitatório, na modalidade de CONCORRÊNCIA, do tipo TÉCNICA E PREÇO, em regime de EMPREITADA POR PREÇOS UNITÁRIOS.

O custo total estimado destes serviços e da ordem de R\$ 6,99 milhões, preço base abril/2002, conforme ‘Planilha Orçamentária’, em anexo, que corresponde a cerca de 3,5% do custo da obra do prolongamento dos molhes, valor que se encontra abaixo do percentual de 5% praticado pelas empresas de consultoria do ramo. (...)’

105. *A partir da leitura do trecho acima transcrito, infere-se claramente que o edital e anexos, que inclui a planilha de preços, foi elaborado pela coordenação da qual o Sr. Luiz Fernando era responsável, e posteriormente encaminhada por ele para licitação. Portanto, era de sua responsabilidade, como coordenador da área e gestor que encaminhou a documentação técnica para licitação, a conformidade dos elementos constituintes do edital.*

106. *Quanto ao fato de que os extratos de documentos provenientes da SEP/PR não conterem a integralidade dos atos administrativos da fase interna da licitação, e isso levaria ao vício da TCE, não deve prosperar. A documentação encaminhada pela SEP/PR refere-se ao que foi solicitado por este Tribunal (‘encaminhe a esta Secretaria cópia de todos os documentos relativos à elaboração e à aprovação da planilha orçamentária e do Edital de Concorrência 53/2002-00 promovido pelo DNIT no processo 50600.000047/2002-52’), na diligência constante da peça 11.*

107. *Caso a defesa desejasse, ela própria poderia juntar os documentos que quisesse ao processo para comprovar suas afirmações. A simples alegação de que não consta todos os documentos da fase interna da licitação no presente processo não acarreta nulidade da TCE. Nesse*

ponto, vale lembrar o entendimento exposto no voto condutor do Acórdão 2.435/2015-TCU-Plenário: 'É dever do gestor público, em especial em tomada de contas especial, aduzir elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes, hábeis a demonstrar, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes'.

108. Quanto ao devido processo legal, considera que a não realização de sua oitiva na fase anterior a instauração da TCE impôs prejuízo ao exercício do seu direito substantivo a defesa, e requer, portanto, a declaração de existência de vício insanável. Este não é o entendimento desta corte, que preceitua que o direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto ao TCU, conforme jurisprudência consubstanciada nos Acórdãos 2.437/2015-TCU-Plenário, 820/2014-TCU-Plenário, 2.875/2014-TCU-Plenário, 2.471/2013-TCU-Plenário e 1.514/2007-TCU-Plenário.

109. Quanto ao pleito de extinção da TCE, na modalidade descrita no art. 6º, II da Instrução Normativa TCU 71/2012, conforme o próprio **caput** do Art. 6º prevê, a TCE deverá ser aberta caso o Tribunal determine sua instauração, o que foi feito no Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário. Assim, como houve determinação expressa desta Corte, não há que se falar em aplicação do inciso II do art. 6º da Instrução Normativa TCU 71/2012. Além disso, o parágrafo único do art. 19 da mesma instrução normativa prevê que 'Instaurada a tomada de contas especial e citados os responsáveis, não se lhe admitirá o arquivamento, ainda na hipótese de o valor apurado como débito ser inferior ao limite estabelecido no art. 6º desta Instrução Normativa', ou seja, resta inviabilizada a extinção da presente TCE. Salienta-se que o simples transcurso de mais de 10 anos, não é por si só elemento suficiente para aplicação compulsória do inciso II do art. 6º da IN-TCU 71/2012, conforme jurisprudência consubstanciada nos Acórdãos 2.223/2014-TCU-Plenário, 67/2014-TCU-Plenário, 4.052/2013-TCU-1ª Câmara, 9.570/2015-TCU-2ª Câmara.

110. A solicitação de que o diretor de Infraestrutura Aquaviária, à época, Wildjan da Fonseca Magno, seja alojado na condição de responsável pelo ato, não afasta a responsabilidade do Sr. Luiz Fernando, pois conforme já demonstrado, a autoria do edital e anexos foi da coordenação da qual era responsável. Não parece ser razoável exigir das instâncias superiores a conferência dos preços, mas sim que como responsáveis pela administração e gerência das ações, façam constar nos autos os pareceres técnicos e jurídicos para encaminhamento da licitação, baseando suas decisões neles.

111. Cotejando os autos, verifica-se que o processo foi submetido à procuradoria do Dnit, à assessoria de Cadastro e Licitações e posteriormente à Diretoria Colegiada. Assim, tendo cumprido o rito de aprovação do edital, e por não se tratar de erro grosseiro, de fácil percepção, não seria razoável exigir que o diretor de Infraestrutura Aquaviária se ocupasse, pessoalmente, de minuciosa revisão do projeto.

112. Outrossim, caso este Tribunal decida incluir o diretor Aquaviário no rol de responsáveis, esse fato não será suficiente para afastar a responsabilidade do coordenador da área responsável pela elaboração das especificações técnicas e da planilha de preços.

II.2. Questões de mérito

II.2.1. Argumentos

113. Quanto à questão de mérito, considera que sobressai a definição de qual referencial de custos deveria balizar o orçamento do Edital da Concorrência 53/2002-00: teria aplicabilidade cogente a Tabela de Preços de Consultoria do Dnit ao tempo da produção dos orçamentos estimativos ou outros referenciais de preços poderiam servir para aferição da existência ou não de superfaturamento e, existindo sobrepreço, qual sua extensão.

114. Primeiramente pontua que é imprescindível à análise de preços de referência os elementos documentais constantes do processo administrativo 50600000047/0252, devido ao fato de que as pesquisas de mercado realizadas para balizar os custos vigentes ao momento da realização do orçamento estimativo estariam instrumentalizadas naqueles autos, consoante o que indica a própria

Nota Técnica 001/2002-DAQ/DNIT, que menciona que os preços sugeridos estariam inferiores aos praticados pelo mercado de consultoria.

115. *Sob esta premissa, a ausência de cotejo dos valores de mercado que subsidiaram a fase interna da licitação em face do referencial adotado pelo Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário, inviabiliza a apuração de eventual sobrepreço, conforme preceitua Marçal Justen Filho: 'Mas não haverá excessividade se o preço proposto for o menor possível que a Administração poderia obter no mercado'.*

116. *Assenta que os custos unitários constantes da planilha descrita no Anexo IV do Edital de Concorrência 53/2002-00 não desbordam dos limites dos preços de mercado à época da consolidação dos custos unitários que balizaram o Contrato AQ-96/2003-00.*

117. *Considera que a deliberação do Plenário do TCU por meio do Acórdão 2.784/2012, na realidade, definiu uma métrica **ad hoc** para a apuração de valores de superfaturamento, posto que ao momento da realização da fase interna da licitação não se tinha como cogente a aplicação de sistema de custos tais como o Sicro.*

118. *A modulação **ex post** de métodos de apuração de sobrepreços, tais como o incorrido na fase de tomada de contas simples é algo que desafia o subprincípio da segurança jurídica jungido ao princípio do estado democrático de direito e deve ser invariavelmente objeto de impugnação pela via administrativa e judicial. O princípio da supremacia do interesse público deve se harmonizar com as balizas impostas pelo princípio da segurança jurídica das relações em que a Administração figura como parte.*

119. *O cotejo do saldo do alegado superfaturamento (R\$ 306.061,12) em face do valor total atualizado do contrato AQ-96/2003-00 obtido nas alegações de defesa do Consórcio Ecoplan/Planave (R\$ 15.272.421,83), ou seja, 2,004% do valor do contrato, relativiza o argumento lançado no relatório de auditoria no sentido de que o valor do alegado superfaturamento seria significativo.*

120. *É certo que o entendimento do TCU verte no sentido da não admissão de que diferenças de preços inferiores a 10% sejam indistintamente consideradas variações normais de mercado. Contudo, a diferença apurada assume contorno de variação meramente estatística.*

121. *Pontua que os julgados do TCU assentando referenciais de custos em contratos administrativos de engenharia e engenharia consultiva realizados no início da década de 2000 são foco de intensa insegurança jurídica a afetar agentes públicos e empresas contratadas, empregando eficácia retroativa a situações jurídicas já estabilizadas e cuja exigibilidade de tais parâmetros não seria, em tese, obrigatória.*

122. *Por todo o exposto, requer, com fundamento no que foi deduzido, o acolhimento dos pedidos preliminares e/ou, sucessivamente, o acolhimento dos argumentos de mérito, para que sejam julgadas regulares as contas do ora defendente, sem imputação de débito descrito no Acórdão 3.667/2013-TCU-Plenário.*

II.2.2. Análise

123. *Quanto ao questionamento sobre a obrigação de aplicação da Tabela de Preços de Consultoria do Dnit ao tempo da produção dos orçamentos estimativos, vale esclarecer que a jurisprudência desta corte, à época dos fatos, já apontava que os preços do Sicro (calculados pela média dos preços praticados pelo mercado) era o parâmetro comparativo de preços utilizado pelo TCU para averiguação de sobrepreço. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes deliberações do Plenário desta Corte: Acórdão 20/1996, Acórdão 198/2000, Decisão 680/2000, Decisão 964/2001, Decisão 879/2001, Decisão 417/2002, Acórdão 67/2002 e Acórdão 40/2003.*

124. *Portanto, não se trata de uma métrica **ad hoc** como sugerido, e sim de um paradigma de preço de larga utilização por esta corte, inclusive à época dos fatos. Ou seja, em que pese não haver determinação legal à época para sua utilização nas licitações de obras públicas, a jurisprudência deste Tribunal já havia estabelecido sua utilização como parâmetro de averiguação de sobrepreço, devendo o gestor público motivar, nos autos do processo administrativo, as razões de sua*

não observância.

125. O defendente alega que as pesquisas de mercado realizadas para balizar os custos vigentes ao momento da realização do orçamento estimativo estariam instrumentalizadas no processo administrativo 50600000047/0252, e que estariam abaixo dos valores praticados pelo mercado de consultoria, porém não trouxe aos autos tais elementos, ou mesmo qualquer prova de que refletiam o mercado da época. Nesse ponto, o voto condutor do Acórdão 2.435/2015-TCU-Plenário elucida a questão: 'É dever do gestor público, em especial em tomada de contas especial, trazer elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes, que demonstrem, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes'. Salienta-se ainda que foram concedidas duas prorrogações de prazo para apresentação das alegações de defesa, que totalizaram 120 dias.

126. A alegação de que os preços editalícios não desbordam dos limites dos preços de mercado, à época, sem que sejam trazidas provas concretas não prospera. Ao contrário, ao cotejarmos os valores mensais de mão de obra utilizados no edital com aqueles efetivamente pagos pelo consórcio Ecoplan/Planave aos seus funcionários percebe-se uma grande discrepância, conforme demonstrado no gráfico 1. A discrepância também permanece quando do confronto dos preços editalícios com a tabela de consultoria do Dnit.

127. Ou seja, ainda que os preços efetivamente pagos pelo consórcio não devam ser utilizados para apuração do sobrepreço, conforme determinação do Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário, eles servem, ao menos, como indicação do patamar de preços praticados à época, uma vez que não seria razoável supor que os profissionais contratados trabalhassem, num contrato de 8 anos de duração, a valores abaixo dos praticados no mercado.

128. Quanto à alegação de afronta ao princípio da segurança jurídica, conforme já explicitado anteriormente nos §§ 78-81, não há que se falar em afronta ao princípio da segurança jurídica em face da contratação com sobrepreço.

129. Por fim, em relação ao valor do sobrepreço, vale salientar que o valor de R\$ 306.061,12, apurado na peça 17, corresponde ao superfaturamento (materialização do sobrepreço) ao final do contrato, que teve seu valor reduzido em relação ao sobrepreço apontado (R\$ 1.486.619,63, data-base abril/2002) devido às retenções efetuadas pela SEP/PR a partir da 70ª medição, retenções essas decorrentes da ação deste Tribunal (TC 008.477/2008-0). Ou seja, não procede a argumentação de que a diferença apurada assume contorno de variação meramente estatística, uma vez que o sobrepreço apurado corresponde a 17,5% do valor contratual (peça 14).

130. No tocante à pretensão punitiva, considerando que o encaminhamento do projeto básico com sobrepreço para licitação ocorreu em maio de 2002 (peça 13, p. 3-5) e a decisão que autorizou a citação do defendente foi prolatada em março de 2015 (peça 20), ou seja, mais de dez anos do termo **a quo** do prazo prescricional, será proposta a prescrição da pretensão punitiva.

131. Com base no exposto, as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Luiz Fernando devem ser rejeitadas, com imputação do débito apurado, contudo, pelos motivos acima expostos, deixar-se-á de propor a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Conclusão

132. A presente instrução teve por objetivo a análise das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 63) e pelas empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A. (peças 41 e 42), em decorrência do sobrepreço na planilha orçamentária do Edital de Concorrência, que resultou em superfaturamento no valor de R\$ 306.061,12 (trezentos e seis mil e sessenta e um reais e doze centavos) apurado no Contrato AQ-96/2003-00, celebrado entre o Dnit e o Consórcio Ecoplan/Planave, referente aos serviços de supervisão e assessoria à fiscalização das obras de prolongamento dos molhes da barra do porto do Rio Grande/RS, com infração ao disposto no art. 6º, inciso IX, alínea 'f' da Lei 8.666/1993 e ao princípio da economicidade.

133. O cálculo do superfaturamento foi realizado com base no Acórdão 2.784/2012-TCU-Plenário (TC 008.477/2008-0, peça 4, p. 52-53), que determinou à então Secob-4 que:

‘9.2.1. com base na última medição acumulada no contrato AQ-96/2003-00, promova a comparação entre os preços contratuais e os referenciados pela ‘Tabela de Preços de Consultoria’ do Dnit, referência 04/2001, devidamente reajustada para data-base do contrato, a índices contratuais, a exemplo dos cálculos empreendidos às fls. 282, v.1, dos correntes autos;’

134. As empresas Ecoplan e Planave alegaram sua ilegitimidade passiva para figurarem no presente processo de TCE. Porém, como demonstrado nos §§ 28-30, um dos objetivos da TCE é, justamente, a identificação dos responsáveis, ou seja, ao longo da TCE pode-se identificar responsáveis que até então não haviam sido parte do processo, o que não foi o caso, sem que isso seja considerado prejuízo ao contraditório. Além disso, todas as audiências foram autorizadas pelo ministro relator do processo.

135. Aduziram ainda que o transcurso do tempo está por impedir o regular exercício do contraditório e ampla defesa, e requereram o reconhecimento da incidência do inciso II do art. 6º da Instrução Normativa 71/2012 deste Tribunal, porém não trouxeram elementos fáticos para demonstrar suas alegações, conforme jurisprudência desta Corte, consubstanciada nos Acórdãos 2.223/2014-TCU-Plenário, 6.990/2014-TCU-1ª Câmara, 1.509/2015-TCU-1ª Câmara, 9.570/2015-TCU-2ª Câmara.

136. Acerca do paradigma de preço a ser utilizado como referencial almejado, pontuaram que diversos referenciais podem ser utilizados, tais como: pesquisas de mercado, preços praticados em outros certames, tabelas de preços, sistemas de registros de preços, publicações especializadas e ‘outras fontes disponíveis’. Porém, não foram trazidos pelas defendentes outros referenciais da época da licitação. Os outros referenciais trazidos pelas defendentes possuem data-base muito distante da época da licitação, não devendo ser utilizados haja vista a possibilidade de distorções nos valores após aplicação de índices de deflação, conforme jurisprudência desta Corte.

137. Na parte final de suas defesas, as empresas alegaram que promover agora alteração unilateral nos preços do contrato, com base em critérios de conveniência e oportunidade, após o aperfeiçoamento do contrato administrativo, violaria a proteção ao ato jurídico perfeito, a segurança jurídica, a proteção à confiança e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Porém, conforme demonstrado nos §§ 78-85 desta instrução, a jurisprudência desta Corte possui entendimento contrário.

138. Por fim, quanto à alegada decadência, conforme a Súmula 282 deste Tribunal (‘As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis’), tais argumentos devem ser refutados.

139. Em relação à pretensão punitiva deste Tribunal, como foi ordenada a citação das empresas em julho de 2008 ao longo do processo de auditoria (TC 008.477/2008), conforme entendimento definido no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, ocorreu interrupção da prescrição para a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Assim, como não se passaram mais de dez anos do termo a quo do prazo prescricional, será proposta a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

140. A defesa apresentada pelo Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca (peça 63), coordenador da diretoria de Infraestrutura Aquaviária do Dnit, à época, alegou em sua defesa: ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo administrativo de tomada de contas; violação do devido processo legal substancial no processo de tomada de contas especial; incidência de dispositivo da instrução normativa 71/2012; preliminar de ilegitimidade; e questão de mérito (inexistência de superfaturamento e a impossibilidade de apuração de superfaturamento em vista da ausência de elementos documentais essenciais do processo).

141. A simples alegação de que não consta todos os documentos da fase interna da licitação no presente processo não traz prejuízo à TCE. Nesse ponto vale lembrar o entendimento exposto no voto condutor do Acórdão 2.435/2015-TCU-Plenário: ‘É dever do gestor público, em especial em tomada de contas especial, aduzir elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes, hábeis a demonstrar, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes’. Salienta-se também que não foi solicitado por essa corte todo

o processo da licitação, e sim apenas os documentos relativos à elaboração e à aprovação da planilha orçamentária e do Edital de Concorrência 53/2002-00 promovido pelo DNIT. A não realização de sua oitava na fase anterior a instauração da TCE, também não deve ser considerada prejuízo ao exercício do seu direito substantivo a defesa, conforme jurisprudência consubstanciada nos Acórdãos 2.437/2015-TCU-Plenário, 820/2014-TCU-Plenário, 2.875/2014-TCU-Plenário, 2.471/2013-TCU-Plenário e 1.514/2007-TCU-Plenário.

142. Também não é possível a extinção da presente TCE, na modalidade descrita no art. 6º, II da Instrução Normativa TCU 71/2012, pois o parágrafo único do art. 19 da mesma instrução normativa prevê que 'Instaurada a tomada de contas especial e citados os responsáveis, não se lhe admitirá o arquivamento, ainda na hipótese de o valor apurado como débito ser inferior ao limite estabelecido no art. 6º desta Instrução Normativa', ou seja, resta inviabilizada a extinção da presente TCE conforme solicitado pelo responsável. Além disso, o simples transcurso de mais de 10 anos, não é por si só elemento suficiente para aplicação compulsória do inciso II do art. 6º da IN-TCU 71/2012, conforme jurisprudência consubstanciada nos Acórdãos 2.223/2014-TCU-Plenário, 67/2014-TCU-Plenário, 4.052/2013-TCU-1ª Câmara, 9.570/2015-TCU-2ª Câmara.

143. Quanto às questões de mérito no tocante ao cálculo do superfaturamento da TCE, as alegações trazidas aos autos não lograram êxito para afastar o superfaturamento apurado, conforme análise constante dos §§ 123-129 desta instrução.

144. Assim, em face das análises promovidas, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, bem como pelas empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas.

145. Os argumentos de defesa tampouco lograram afastar o débito imputado aos responsáveis. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé dos responsáveis ou a ocorrência de outros excludentes de culpabilidade. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à condenação em débito e à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. Contudo, em relação ao Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, devido ao transcurso de mais de 10 anos entre o acontecimento dos fatos e o ato que ordenou a sua citação, será proposta a prescrição da pretensão punitiva, ou seja, não será proposta a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

146. Entre os benefícios do exame desta tomada de contas, pode-se mencionar a imputação de débito pelo TCU, no valor de R\$ 353.681,73.

Proposta de encaminhamento

147. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo o seu encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU, nos termos do art. 62, inciso III, do RITCU, para posterior envio ao Ministro Relator, com as seguintes propostas:

a) rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca e pelas empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A, uma vez que não foram suficientes para sanear as irregularidades a eles atribuídas;

b) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, e § 2º, todos da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do RITCU, que sejam julgadas irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, coordenador da Diretoria de Infraestrutura Aquaviária do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) à época, e condená-lo, em solidariedade, com as empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S/A, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos.

<i>Valor original (R\$)</i>	<i>Data da ocorrência</i>
19.362,55	2/1/2004
43.956,44	2/3/2004
33.876,09	5/10/2004
71.339,04	27/10/2004
18.280,18	16/11/2004
18.265,32	2/12/2004
19.458,24	30/12/2004
19.446,87	31/12/2004
14.307,08	5/1/2005
5.190,65	30/5/2005
38.947,72	10/6/2005
19.554,67	24/6/2005
19.503,70	2/8/2005
19.409,87	27/9/2005
39.013,09	18/10/2005
19.515,06	18/11/2005
40.026,36	19/12/2005
20.579,86	28/12/2005
20.527,47	17/2/2006
20.565,00	7/4/2006
20.527,74	20/4/2006
20.587,30	31/7/2006
20.542,64	14/8/2006
20.661,66	27/9/2006
20.572,42	16/10/2006
81.123,45	18/12/2006
19.962,16	2/1/2007
47.006,31	18/6/2007
12.787,96	19/6/2007
25.771,37	20/6/2007
39.974,19	12/7/2007
136.549,00	31/12/2007
24.350,23	5/3/2008
20.810,64	8/4/2008
27.520,16	9/5/2008
26.919,35	28/5/2008
27.515,41	11/6/2008
90.018,10	19/9/2008
31.745,51	15/10/2008
29.696,05	23/10/2008
123.451,60	27/4/2009
-1.452.174,09	12/8/2010
4.173,05	1º9/2010
10.500,81	17/1/2011
25.643,04	28/3/2011
-20.556,44	31/5/2011
5.555,32	3/5/2011
5.535,36	1º6/2011

Valor atualizado até 15/7/2016: R\$ 353.681,73

c) aplicar às empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A., individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RITCU, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida caso não atendida a notificação;

e) autorizar, com fundamento no art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do RITCU, o parcelamento da dívida em até trinta e seis parcelas mensais e sucessivas, desde que solicitado pelos responsáveis e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, fixando o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada parcela os correspondentes encargos legais, na forma prevista na legislação em vigor, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU); e

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, do relatório e do voto que a fundamentarem à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária, à Secretaria de Controle Externo no estado do Rio Grande do Sul, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), à Secretaria de Portos da Presidência da República, à Controladoria Geral da União; e

g) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida, do relatório e do voto que a fundamentarem ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do RITCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.”

3. Por seu turno, o Ministério Público junto ao TCU, representado nestes autos pelo Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin, manifestou a sua parcial concordância em relação à referida proposta da unidade técnica, lançando, para tanto, o seu parecer à Peça nº 70, nos seguintes termos:

“(…) 10. Examinando os autos, verifico que o débito se encontra devidamente apurado, que a análise de responsabilização se mostra adequada e que os responsáveis tiveram respeitados seus direitos à ampla defesa e ao contraditório. Observo, também, que a SeinfraHidroFerrovia empreendeu exame percuciente acerca dos elementos fáticos e das alegações de defesa apresentadas. Portanto, manifesto, desde já, concordância no essencial com as conclusões da unidade técnica. Ressalvo, apenas, com as devidas vênias, a avaliação quanto à prescrição da pretensão punitiva.

11. Sobre este tema, compreendo que a audiência no processo de fiscalização não caracteriza instrumento suficiente para a interrupção do prazo prescricional relativo à multa proporcional ao dano estatuída no art. 57 da Lei nº 8.443/1992. Esta sanção vincula-se ao julgamento das contas como irregulares com condenação em débito dos responsáveis. Tal resultado só pode ser alcançado após a citação dos envolvidos, pois este é o instrumento de instauração do contraditório para fins de apuração do dano e identificação de responsáveis pelo débito.

12. Essa investigação não confere com a situação levada ao conhecimento do responsável por meio da notificação de audiência, para que ele exerça seu direito de defesa. Ao se instaurar o contraditório mediante audiência, está-se a tratar de conduta infracional cometida pelo gestor público, mas sem vínculo com débito que lhe possa ser atribuído, conforme disposto no art. 12, inciso III, da Lei Orgânica do TCU. Assim, em vista dos princípios do devido processo legal, do direito à ampla defesa e do contraditório, nesse caso não poderá o agente ser condenado a ressarcir dano ao erário, portanto não poderá sofrer a penalização do art. 57 dessa Lei.

13. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU considera inválida decisão de condenação em débito sem que o responsável tenha recebido validamente uma citação. Em casos como o destes autos, a verificação de dano aos cofres públicos no âmbito de processo de auditoria conduz inevitavelmente

à autuação de TCE para promover citações, caso se perceba a necessidade de avaliar possibilidade de condenação dos agentes a recolher o débito.

14. Portanto, não se pode considerar que audiência interrompa a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal por atos que resultem em imputação de débito aos responsáveis. Nessa hipótese, o Estado sequer se moveu no sentido de satisfazer sua pretensão. Por meio de audiência não se procede à apuração do dano e à respectiva responsabilização, os quais seriam elementos necessários à multa do art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

15. Por outro lado, mesmo sem a interrupção do prazo prescricional no caso concreto, compreendo que a pretensão punitiva não prescreveu para qualquer dos responsáveis arrolados. As condutas que propiciaram o dano foram praticadas em 2002 e 2003, consubstanciadas na elaboração do orçamento base da licitação, na apresentação de proposta com sobrepreço e na celebração do contrato com preços acima de mercado. Todavia, seus efeitos se protraíram no tempo, provocando a consumação do prejuízo a cada pagamento superfaturado.

16. Tendo em vista se tratar de superfaturamento decorrente de preços excessivos, torna-se perceptível que a causa do prejuízo remonta à contratação do consórcio prestador dos serviços, quando foram definidos os preços contratuais. Entretanto, a irregularidade não teve caráter momentâneo. Ao contrário, a eficácia danosa das condutas irregulares permaneceu durante toda a execução contratual, ocasionando a concretização do dano até o último pagamento, realizado em 1º/6/2011. Apenas nesse momento houve a completa consumação do dano que havia sido programado na contratação.

17. A situação descrita assemelha-se, no direito penal, à classificação de crime permanente, em que os efeitos da conduta ilícita se protraem no tempo. Nesses casos, a prescrição tem o termo inicial no momento de cessação dos efeitos do ilícito (art. 111, inciso III, do Código Penal).

18. A analogia com o crime permanente foi adotada no TCU ao tratar de pagamento irregular de benefícios previdenciários, para a finalidade de estabelecer a data adequada para o início do prazo prescricional da pretensão punitiva. Os benefícios foram pagos em função de uma conduta única de concessão irregular, demonstrando o caráter permanente do ilícito. Assim, considerou-se que a prescrição passaria a correr a partir da data do último pagamento irregular, conforme se observa nos Acórdãos 1.641/2016, 2.330/2016 e 2.726/2016, todos do Plenário.

19. Essa analogia mostra-se claramente aplicável ao caso em exame, em que se observa superfaturamento decorrente de preços excessivos definidos na contratação dos serviços. Dessa forma, o prazo prescricional iniciou-se em 1º/6/2011, indicando que a pretensão punitiva do TCU se mantinha íntegra quando da ordem de citação emanada em 13/3/2015. Cabe, portanto, aplicar a sanção de multa proporcional ao dano a todos os responsáveis arrolados, inclusive ao agente público.

Ante o exposto, este representante do Ministério Público de Contas manifesta concordância parcial com as análises efetuadas e com o encaminhamento proposto pela unidade técnica (peça 67), no sentido de julgar irregulares as contas do Sr. Luiz Fernando de Pádua Fonseca, condená-lo solidariamente às empresas Ecoplan Engenharia Ltda. e Planave S.A. ao recolhimento do débito e enviar cópia da decisão à Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Com relação à apenação dos responsáveis, proponho a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 não só às empresas, mas também ao agente público, tendo em vista a inocorrência de prescrição da pretensão punitiva relativamente a todos eles.”

4. Enfim, foi acostado o memorial à Peça nº 74.

É o Relatório.