

VOTO

Em análise, recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Sucesso S.A. (peças 57 e 79) e pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo (peças 29-30), engenheiro residente do 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (15º DRF/DNER-extinto), à época, contra o Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU julgou irregulares as suas contas especiais, condenou-o, em solidariedade com a empresa Construtora Sucesso S.A., ao pagamento do débito em valor histórico de R\$ 520.268,96 e aplicou-lhes a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 20.000,00.

2. A presente tomada de contas especial (TCE) decorre da conversão da representação do Ministério Público Federal (TC 004.034/2001-5) por força do disposto no item 9.7 do Acórdão 2.068/2006-TCU-Plenário para avaliar indícios de sobrepreço e superfaturamento detectados no Contrato PG-078/96, celebrado em junho de 1996, pelo valor de R\$ 2.439.277,88, entre o 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e a Construtora Sucesso S.A. para a execução de obras de restauração do trecho entre o entroncamento MA-020 (km 151,6) e o entroncamento BR-135 (km 221,6) na BR-222/MA.

3. Em síntese, o débito, no montante de R\$ 520.268,96, equivalente a 27,11% do valor da contratação, pode ser decomposto em três parcelas, oriundas das seguintes constatações:

a) superfaturamento nos preços de oito itens: i) imprimação; ii) pintura de ligação; iii) mistura areia-asfalto; iv) recomposição de revestimento areia-asfalto usinada a quente (AAUQ); v) remoção de pavimento; vi) peneiramento; vii) transporte em caminhão basculante de 5 m³; e viii) transporte em caminhão basculante de 4 m³ - que, ponderados com os demais preços praticados, resultaram em um valor global do contrato superior ao orçado pelo Sicro em R\$ 291.408,86;

b) pagamento em duplicidade pelos serviços de: i) escavação e carga de material de jazida, que foi contemplado tanto isoladamente na planilha de preços (item 01.200.01), quanto nas composições de sub-base (item 02.200.00) e base estabilizada granulometricamente sem mistura (item 02.200.01), sendo que esses dois últimos já preveem, em sua composição de preço unitário, o fornecimento do primeiro; e ii) areia extraída, também paga isoladamente (item 09.517.00) e nas composições dos serviços de AAUQ (item 02.521.00) e lama asfáltica fina (item 02.510.01), que perfazem o total de R\$ 158.329,06; e

c) incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram, representando dano ao erário de R\$ 70.531,04.

4. Os recursos de reconsideração devem ser conhecidos por atenderem aos requisitos de admissão aplicáveis à espécie e dispostos nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.

5. O Sr. José Orlando Sá de Araújo alega, em síntese, que:

i) houve pretensão punitiva que impossibilita a aplicação de multa ao caso, haja vista que os atos supostamente praticados pelo recorrente ocorreram em 1996, a representação remonta ao ano de 2001 e a TCE teve início em 2006, de modo que da incidência dos fatos e a instauração da TCE já transcorreram 10 anos;

ii) o Poder Judiciário reconheceu, ao apreciar a Ação Civil de Improbidade Administrativa (processo 2001.37.00.002993-0), 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;

iii) a responsabilização solidária dos servidores comporta em grave violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica;

- iv) 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;
- v) o TCU aplicou entendimento que não existia à época do Contrato PG 078/96, pois não existia norma interna (DNER) ou externa (TCU) que determinasse de forma impositiva a obrigação de utilização do Sicro 1 nos orçamentos do DNER dos preços nele constantes, mas como referencial de preços. Somente a partir da publicação do Acórdão 267/2003-TCU-Plenário foi recomendada ao Dnit a utilização obrigatória do Sicro (já sob o regime do Sicro 2), para a elaboração de seus orçamentos. Tanto é que esse acórdão de 2003 culminou na mudança da postura legislativa e passou a constar como diretriz orçamentária para a Administração Pública nos termos do art. 112 da Lei 12.017/2009 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2010);
- vi) a decretação de emergência, à época, implica reconhecimento do Poder Público de que a situação verificada no local foge à normalidade, de modo que, por conseguinte, o Sicro nunca poderia ser utilizado da forma como concebido. No momento da elaboração do orçamento do contrato as chuvas já estavam fora da normalidade da região e afetam o estado do Maranhão em quantidade de dias chuvosos por mês e em intensidade maior que em toda a região. Ainda, o período de maior média de dias chuvosos e precipitação coincidiu com o período de vigência do Contrato PG 078/96. Nesse contexto, a produtividade teve de ser reduzida em função de o solo estar saturado quando da realização da obra. Dadas essas especificidades, não seria possível utilizar como parâmetro os valores contidos no Sicro, os quais estariam referindo a condições “normais” de trabalho. Todavia, o Sicro foi de fato utilizado como parâmetro de comparação e referência e não como preço limitador;
- vii) inexistência de duplicidade de quantitativos e insumos relativos aos serviços de escavação e material de jazida, AAUQ e areia extraída; e
- viii) é necessária a produção de prova pericial no local das obras para que seja comprovado 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.

6. A Construtora Sucesso S.A. alega, em síntese, que:

- i) houve prejuízos à concretização do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista ter transcorrido o lapso temporal de 10 anos entre o fato gerador e a instauração da TCE, nos termos do art. 5º, §4º da Instrução Normativa 56/2007, e, por isso, as contas devem ser consideradas ilíquidas (Acórdãos 3.496/2009-TCU-1ª Câmara, 3.707/2010-TCU-2ª Câmara, 1.717/2010-TCU-2ª Câmara, 293/2008-TCU-2ª Câmara e 4.086/2008-TCU-2ª Câmara, dentre outros);
- ii) a 4ª Turma do TRF/1ª Região, ao julgar a Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, decidiu pela legalidade do processo de dispensa de licitação na contratação da recorrente para a recuperação da BR-222/MA e pela ausência de sobrepreço em qualquer fase da contratação e de inexecução do objeto, com base em laudo pericial produzido em âmbito judicial. 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;
- iii) o 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. Entretanto, 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. Não houve caracterização de conluio entre a recorrente (contratada) e a Administração e que o sobrepreço verificado ocorreu na fase de orçamentação constante da fase interna do processo de contratação, na qual a recorrente não possui qualquer influência. 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); e

iv) houve 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, mas somente preços categorizados por conservação e construção, e as obras da BR-222/MA foram essencialmente de restauração. A artificialidade (...) consistiu na aplicação de um redutor de produtividade de 10%, tendo verificado discrepâncias que decidiu chamar de sobrepreço. Apesar de o voto condutor do Acórdão 2.068/2006 destacar que “o exame empreendido pela Secob foi pautado pela prudência”, a metodologia não se baseia em fundamento jurídico ou técnico hígido para justificar a adoção do critério artificialmente criado. A unidade técnica procedeu à caracterização do sobrepreço com base nesse parâmetro projetando os números da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra como referência para os custos de obras de restauração. (...)

7. Após a análise detida dos argumentos recursais apresentados, a Serur propôs, com anuência do representante do MPTCU, dar-lhes provimento parcial no sentido de afastar a multa aplicada aos responsáveis, tornando insubsistente o subitem 9.3 do acórdão recorrido, em virtude da prescrição da pretensão punitiva.

8. Na essência, concordo com a proposta uníssona formulada nos pareceres precedentes, à exceção da prescrição da pretensão punitiva arguida, sem prejuízo de apresentar algumas considerações.

II

9. No que tange à ocorrência de pretensão punitiva alegada pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo, vale mencionar que a questão veio a ser recentemente pacificada no Tribunal mediante prolação do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, por meio do qual esta Corte de Contas firmou entendimento no sentido de que se aplica a regra dos arts. 202 e 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), ou seja, a prescrição geral de dez anos a partir da ocorrência dos fatos, e a interrupção do prazo prescricional se dá com o ato que ordenar a citação.

10. No caso concreto, as irregularidades ocorreram no ano de 1996, ou seja, ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Considerando a vigência do novo Código Civil, a partir de 11/1/2003, socorro-me da regra intertemporal aposta no art. 2028 do Código Civil, que assim estabelece:

Art. 2028 Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

11. Considerando que até 11/1/2003 ainda não havia fluído metade do prazo prescricional estabelecido pelo Código anterior, que era de 20 anos, incidirá o prazo estipulado no novo Código, de dez anos, contados de sua vigência, 11/1/2003.

12. Verifico que o ato que ordenou a citação do responsável, medida processual que interromperia o prazo prescricional, ocorreu em 8/11/2006 (peça 1, p. 40-41, Acórdão 2.068/2006-TCU-Plenário), ou seja, há menos de dez anos da vigência do novo código, logo não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

13. Por essas razões, **data vênia** ao **Parquet** e à Serur, rejeito as argumentações apresentadas pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo de que houve prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

III

14. Passo ao exame da alegação da Construtora Sucesso S.A. de que não há, nos autos, prova alguma de que tenha concorrido para os equívocos eventualmente cometidos na orçamentação do Contrato PG-078/96-00, na qual afirma não possuir qualquer influência. Dessa forma, conclui que se

mostra insustentável sua responsabilização pelo suposto débito apurado, por não ter havido caracterização de conluio.

15. Por sua vez, o Sr. José Orlando Sá de Araújo argumenta que a responsabilização solidária dos servidores comporta em grave violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica.

16. Sobre tais argumentos, relembro que o orçamento dos serviços inerentes às obras de restauração da BR-222/MA no âmbito do Contrato PG-078/96-00, foi elaborado, à época, pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo, engenheiro residente do 15º Distrito Rodoviário Federal/Maranhão (peça 16, p. 4 do TC 004.034/2001-5).

17. Coube ao Sr. José Ribamar Tavares, na condição de Chefe do 15º DRF/DNER, encaminhar o orçamento eivado de sobrepreço à Construtora Sucesso S.A. mediante o Ofício CD 115/96, de 15/4/1996 (peça 16, p. 1-2, do TC 004.034/2001-5), sendo também o responsável por escolher a empresa para execução das obras de restauração da BR-222/MA, consoante o despacho datado de 15/4/1996 (peça 16, p.5, do TC 004.034/2001-5).

18. Tais condutas são suficientes para a condenação solidária dos três responsáveis, quando se tem em mente que concorreram para a consecução do dano e o fato da Construtora Sucesso S.A. ter sido a beneficiária dos pagamentos efetuados para a execução das obras.

19. Em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, a responsabilização solidária do particular pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedor de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do débito, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992 (Acórdãos 454/2014-TCU-Plenário e 2.262/2015-TCU-Plenário, entre outros). No caso em análise, ao receber valores superfaturados pelos serviços executados, a contratada atuou para o cometimento do débito, cabendo sua responsabilização solidária.

20. Além disso, o prejuízo aqui apurado tem origem também em serviços orçados em duplicidade, falhas das quais não pode a Construtora Sucesso S.A. se esquivar, pois deveriam ter sido identificadas pela empresa quando da execução dos serviços.

21. Por sua vez, a fundamentação da condenação do Sr. José Orlando Sá de Araújo, em solidariedade com o Sr. José Ribamar Tavares e a Construtora Sucesso S.A., também está em consonância com a jurisprudência do TCU, haja vista que o ato praticado pelo recorrente, qual seja a elaboração de orçamento com sobrepreço no âmbito do Contrato PG-078/96-00, deu causa a pagamentos superfaturados na execução do ajuste, o que ampara sua responsabilização solidária, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992 (Acórdãos 479/2010-TCU-Plenário e 550/2010-TCU-Plenário).

22. Nesse contexto, entendo que os argumentos da Construtora Sucesso S.A. e do Sr. José Orlando Sá de Araújo não merecem acolhimento, devendo ser mantida a responsabilidade solidária dos recorrentes em relação ao débito apurado nesses autos.

IV

23. No que concerne à sentença judicial referente à Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, alegam os recorrentes que a 4ª Turma do TRF/1ª Região decidiu pela legalidade do processo de dispensa de licitação na contratação da Construtora Sucesso S.A. para a recuperação da BR-222/MA e pela ausência de sobrepreço em qualquer fase da contratação e de inexecução do objeto.

24. Sobre essa matéria, a jurisprudência desta Corte aponta para a aplicação do princípio da independência das instâncias aos processos de controle externo, segundo o qual os trabalhos desenvolvidos em várias instâncias sobre o mesmo fato correm de forma independente, o que pode

desencadear condenações simultâneas nas esferas cível, criminal e administrativa (Acórdão 3.125/2013-TCU-Plenário).

25. No presente caso, a sentença mencionada dispõe que (peça 30, p. 2-44):

(...)

VOTO

(...)

DO QUANTITATIVO DE MATERIAIS ORÇADOS SUPERIORES AOS NECESSÁRIOS E. DA NÃO EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PREVISTOS NO CONTRATO.

(...)

Todavia, verifico que tem razão os apelantes quando alegam que o pagamento correspondeu ao valor constante da planilha orçamentária de fl. 319, relativo à execução de 16,9 Km de recapeamento, e não de 24 km, o que se aproxima dos 17 km identificados na vistoria pelo perito judicial na ação cautelar de produção antecipada de prova.

As afirmativas dos apelantes também se conformam com o que afirmou o perito judicial no documento de fl. 967 (do laudo pericial de vistoria cautelar), ao declarar que os serviços previstos e executados, relativamente à reconstrução de pavimentação e lama asfáltica, foram de 16,5 km, ou seja, se a previsão de execução relativa à pavimentação e lama asfáltica foram de 16,5 km, como registrado pelo perito judicial, não há como se dizer que a obra foi realizada a menor.

Demais disso, não há nos autos prova de que o pagamento, relativo à base de pavimentação, tenha sido feito além dos serviços prestados e executados de 16,5km, como registrado pelo perito judicial na ação cautelar (cópia doc. fl. 967).

Dessa forma, tem razão a empresa apelante quando defende o afastamento da condenação que lhe foi imposta na sentença recorrida pela execução a menor de reconstrução de pavimentação de 07 (sete) quilômetros.

Diante do exposto, dou provimento à apelação do réu JOSÉ ORLANDO SÁ DE ARAÚJO, à apelação do réu JOSÉ RIBAMAR TAVARES e à apelação da ré CONSTRUTORA SUCESSO S/A para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido inicial da presente ação de improbidade.

É o voto.

(...)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. INOBSERVÂNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. OBRAS EMERGENCIAIS. INÍCIO DAS OBRAS ANTES DO PROCEDIMENTO DE DISPENSA. ATO DE IMPROBIDADE INCONFIGURADO. SERVIÇOS DE RECAPEAMENTO DA RODOVIA REALIZADO A MENOR. 07 (SETE) QUILOMETROS. FATOS NÃO COMPROVADOS.

1. Estando a dispensa de licitação, no caso em exame, em conformidade com o inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, não há se falar em ato de improbidade administrativa, por haver o agente público adotado o procedimento de dispensa da licitação, por emergência, após o início das obras pela empresa, haja vista que a própria situação de emergência o justifica.

2. Em uma obra emergencial, nem sempre o administrador público dispõe de tempo hábil para promover procedimentos antecipatórios para escolha e contratação, sem o risco de acabar contribuindo para o agravamento da situação de emergência.

3. A contratação direta e imediata de uma empresa, para a realização de obras emergenciais, é decorrente da própria situação peculiar autorizada pela lei de licitação, e, no caso, o fato de as deteriorações na respectiva rodovia terem ocorrido pelo decurso do tempo, em razão de atos omissivos do DNER no dever de tomar as devidas providências, em tempo, para conservá-la, como reconhece o sentenciante, não é suficiente para afastar a situação emergencial das obras objeto do trecho contratado pelo poder público.

4. Ademais, no caso em exame, não se colhe das circunstâncias dos fatos tenham os réus agido com dolo ou má-fé, ou mesmo culpa, condição indispensável, na hipótese, para a condenação por ato de improbidade administrativa.

5. Não há nos autos prova de que o pagamento, relativo à base de pavimentação, tenha sido feito além dos serviços prestados e executados de 16,5 km, como registrado pelo perito judicial na ação cautelar (cópia doc. fl. 967).

6. Apelação do réu José Ribamar Tavares, do réu José Orlando Sá de Araújo e apelação da empresa Construtora Sucesso S/A providas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma dar provimento à apelação do réu José Orlando Sá de Araújo, à apelação do réu José Ribamar Tavares e à apelação da empresa Construtora Sucesso S/A, à unanimidade.

4ª Turma do TRF da 1ª Região - 13/11/2012.

26. Note-se que o TCU, por meio do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, julgou irregulares as suas contas especiais, condenou-os, em solidariedade, ao pagamento do débito em valor histórico de R\$ 520.268,96, decorrente de superfaturamento nos preços de oito itens, de pagamento em duplicidade de serviços e de incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram, conforme descrito no item 3 deste voto.

27. Não consta da sentença informação sobre análise realizada pelo perito judicial acerca de superfaturamento dos preços dos serviços inerentes às obras de restauração da BR-222/MA no âmbito do Contrato PG-078/96-00. A sentença alegada pelos recorrentes não afastou a cobrança de débitos que foram atribuídos aos responsáveis nos termos do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário.

28. Esse afastamento é até possível e prevista na jurisprudência do TCU quando ação cível transitada em julgado com decisão favorável ao responsável torna inexigível a cobrança dos débitos que lhe são atribuídos, diante do caráter cogente e impositivo da sentença judicial (Acórdão 5.812/2012-TCU-1ª Câmara). No mesmo sentido, fica comprometida a imputação de débito pelo TCU quando na esfera penal a sentença, sobre idêntica matéria, for pela inexistência de prejuízo ao erário (Acórdão 1.920/TCU-TCU-Plenário).

29. Entendo que os processos que tratam dos fatos nesta TCE e na sentença alegada pelos recorrentes são independentes, cabendo a aplicação do princípio da independência das instâncias (Acórdãos 2.904/2014-TCU-Plenário, 2.983/2016-TCU-1ª Câmara e 131/2017-TCU-Plenário).

30. Portanto, rejeito os argumentos dos recorrentes para afastar o andamento da presente TCE em vista da sentença judicial emitida pela 4ª Turma do TRF/1ª Região ao julgar a Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal.

V

31. Considero que não merece acolhimento o argumento da Construtora Sucesso S.A. de que o transcurso do lapso temporal superior a 10 (dez) anos entre o fato gerador e a instauração da TCE gerou prejuízos à concretização do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

32. Não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória da União em relação aos fatos aqui descritos, uma vez que é firme o entendimento jurisprudencial no âmbito desta Corte de Contas, acompanhando jurisprudência do STF, no sentido de que as ações de ressarcimento contra os agentes que causam dano ao erário são imprescritíveis (Acórdão 2.709/2008-Plenário).

33. Também não acolho a alegação da recorrente quanto à prescrição prevista na Lei 9.874/1999, pois não se aplica à atividade de controle externo exercida pelo TCU (Acórdão 374/2017-TCU-Plenário).

34. Entendo que no presente caso não restou configurado o cerceamento de defesa ou do direito ao contraditório em virtude do lapso temporal entre a instauração da presente TCE, por força da

determinação constante do subitem 9.7 do Acórdão 2.068/2006-Plenário, e a intimação da empresa para apresentar defesa, como quis demonstrar a recorrente. Esse argumento já havia sido rebatido no voto condutor do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, **in verbis**:

8. De igual modo, o fato de os responsáveis não terem sido notificados acerca das apurações em curso no TCU antes da conversão do processo em tomada de contas especial não configurou cerceamento de defesa ou trouxe qualquer outro prejuízo aos seus interesses, uma vez que o contraditório foi regularmente instaurado nesta fase. As etapas processuais anteriores tiveram natureza meramente preparatória e inquisitiva, com vistas à apuração da irregularidade, quantificação do débito e identificação dos envolvidos, prescindindo da sua participação.

9. A aprovação da proposta da empresa pelo conselho de administração do DNER e a assinatura do contrato não se revestem necessariamente das características de um ato jurídico perfeito ou fazem que seus termos, pelo princípio do **pacta sunt servanda**, sejam insuscetíveis de revisão, uma vez que pairam sobre os procedimentos adotados a suspeita de desconformidade em face das disposições da Lei 8.666/1993. Afinal, inexistente direito adquirido ou ato jurídico perfeito com base em atos ilegais. Nessa hipótese, esta Corte está autorizada a julgar as contas dos responsáveis, determinar a adoção das medidas necessárias ao saneamento das irregularidades e imputar débito aos que deram causa ao dano, conforme preceituam os arts. 1º, 16 e 19 da Lei 8.443/1992.

35. Também não merece acolhimento a alegação do Sr. José Orlando Sá de Araújo de que a demora do TCU em fiscalizar o Contrato PG-078/96-00 prejudicou o contraditório e a ampla defesa, em virtude de perda de informações e dados e/ou de sua precisão.

36. A demonstração do prejuízo à ampla defesa e ao contraditório cabe ao responsável. Esse é o entendimento do TCU ao asseverar que o mero transcurso do tempo não é razão suficiente para o trancamento das contas. É preciso que, além disso, haja fundadas razões para supor que o direito à defesa tenha ficado prejudicado. O prejuízo à defesa não é presumido, deve ser provado (Acórdão 729/2014-TCU-Plenário).

37. No presente caso, o Sr. José Orlando Sá de Araújo não demonstrou que a atuação do TCU em relação ao contrato em epígrafe prejudicou a capacidade de defesa do recorrente. Entendo que o decurso de tempo, por si só, não é motivo para tornar a presente TCE ilíquidável.

VI

38. Considero que não merece acolhimento a alegação do Sr. José Orlando Sá de Araújo quanto à inaplicabilidade do Sicro, como referencial de comparação de preços, quando da assinatura e vigência do Contrato PG 078/96. Tampouco de que o TCU adotou jurisprudência que não existia à época do contrato ou que não existia norma jurídica interna (DNER) ou externa (TCU) que determinasse de forma impositiva a obrigação de utilização do Sicro I nos orçamentos do DNER dos preços nele constantes, mas como referencial de preços.

39. O argumento de inaplicabilidade do Sicro foi rebatido pelo relator do voto condutor do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

18. (...) Entretanto, a utilização do Sicro I como referencial de preço para a contratação foi questionada por José Ribamar Tavares, ex-Chefe do 15º DRF, José Orlando Sá de Araújo, engenheiro encarregado do orçamento, e pela empresa contratada Construtora Sucesso S.A. De acordo com suas ponderações, não havia obrigatoriedade normativa do uso do Sicro, que ainda padeceria de falta de confiabilidade e não seria adequado às circunstâncias da obra.

19. Entretanto, tal entendimento encontra óbice nas premissas que fundamentaram todo o processo de inexigibilidade de licitação, uma vez que a própria autarquia condicionou a contratação emergencial à adoção dos preços referenciais estabelecidos pelo Sicro. O ofício encaminhado à empresa selecionada para executar as obras foi claro ao estabelecer que, “*na formulação da proposta de preços, devem ser tomadas como referenciais os preços adotados ou praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação (Sicro)*” (TC-004.034/2001-5, vol. 3, fls. 48/49). Da mesma forma, os pareceres técnicos que subsidiaram a contratação

(TC-004.034/2001-5, vol. 3, fls. 86 e 90) atestaram que os preços propostos estavam coerentes com os daquele sistema, sendo esta uma das razões que autorizaram a concretização do negócio. (sublinhei).

40. Não há que se falar em aplicação retroativa de jurisprudência desta Corte de Contas, mas sim em análise de fatos pretéritos para apuração de eventual superfaturamento com base em referenciais de preço próximos da data-base do contrato. Tanto é que a unidade técnica adotou como parâmetro os preços do Sicro/DNER/Nordeste, data-base abril/1996, enquanto que a data-base da proposta da Construtora Sucesso S.A. é de 19/4/1996.

41. Não há que se falar também em aplicação do princípio da anterioridade tributária tendo em vista que a atuação do TCU ocorreu com base na competência atribuída nos termos do art. 71 da Constituição Federal de 1988.

42. Na mesma toada, considero que não cabe acolher a alegação do recorrente de que a determinação do TCU para que o DNER reestudasse o Sicro afasta a sua utilização como parâmetro de preços.

43. A determinação constante do Acórdão 50/1996-TCU-Plenário teve o intuito de tornar o sistema de custo de obras e serviços mais adequado, à época, às condições da economia nacional e às variações de preços de cada região, Estado ou Município, evitando a geração de orçamentos super ou subvalorizados.

44. Tampouco merece acolhimento o argumento do recorrente de que os preços adotados quando da elaboração do orçamento, à época, são compatíveis em virtude da decretação de emergência e das chuvas, aspectos que teria conduzido à redução da produtividade e, por conseguinte, teriam impossibilitado a utilização dos preços do Sicro.

45. A decretação de emergência não afasta a utilização do Sicro como parâmetro de preços como quer fazer crer o recorrente. Tão apenas justifica a contratação direta por dispensa de licitação, proporcionando maior celeridade aos procedimentos administrativos para contratação das obras de restauração do trecho entre o entroncamento MA-020 (km 151,6) e o entroncamento BR-135 (km 221,6) na BR-222/MA, tal como ocorreu. Ademais, o próprio recorrente afirmou, no processo administrativo mediante o qual foi dispensada a licitação, que “a formulação de proposta de preços pela empresa convocada está de acordo com os praticados pelo DNER para construção...” (peça 15, p. 48, do TC 004.034/2001-5, apenso aos presentes autos).

46. A aplicação do fator chuva como redutor de eficiência, ou seja, de produção das equipes mecânicas das composições dos serviços orçados, para fins de compensação das horas paradas em virtude de clima adverso, tem sido refutado com frequência nos processos de controle externo pelo Tribunal.

47. Sobre esse tema cito trecho do relatório que fundamentou o Acórdão 1.637/2016-TCU-Plenário, cuja relatoria foi conduzida pelo Ministro Benjamin Zymler:

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

barganha e fator de escala para compra dos insumos, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, etc.) ”.

48. Alinhado ao precedente anterior, acerca da consideração do fator de chuvas nos orçamentos paradigmas elaborados com base no sistema Sicro, cito os seguintes julgados proferidos pelo Plenário deste Tribunal: Acórdãos 859/2009, 1.922/2011, 278/2008 e 396/2011 e 1.537/2010.

49. Ademais, o estudo colacionado pelo recorrente à sua peça recursal não demonstra o impacto do fator chuva sobre o indicador de improdutividade dos custos de serviços, mas tão somente informa os dias chuvosos e a pluviometria desses dias.

50. Sobre essa ausência de justificativas para os preços adotados na fase de orçamentação, o relator do voto condutor do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário assim mencionou, **in verbis**:

20. Uma vez que o Sicro foi adotado como referencial de preços, a previsão e contratação de outros valores, distintos em decorrência de particularidades da obra, só poderiam ser admitidas se devidamente fundamentadas e justificadas na fase da orçamentação, realizadas de forma técnica e coerente e utilizando a metodologia do Sicro, o que não ocorreu.

(...)

23. A falta de justificativa para os preços praticados também foi reconhecida pelo relator da representação que deu origem ao presente processo, que registrou em seu voto:

“31. Em que pese tais transigências, não foi possível ceder quanto aos percentuais de produtividade sustentados pelo orçamentista e pelo ex-Chefe do 15º DRF. Primeiro, porque não se sabe como foram eles encontrados; segundo, porque são nitidamente colocados no propósito de se harmonizarem com os preços contratados, pois, para serviços semelhantes e executados sob as mesmas condições, ora atuam para reduzir a produção, ora para aumentar. Também, por absoluta falta de provas, não há como acatar que obstáculos regionais elevaram o preço de produtos, a exemplo de brita e areia.”

24. Não há, portanto, como aceitar os argumentos dos responsáveis em relação a esse ponto, uma vez que não possuem lastro técnico, nem são razoáveis.

51. Portanto, rejeito as alegações do Sr. José Orlando Sá de Araújo por não ter apresentado justificativas técnicas para os preços praticados.

VII

52. Entendo que não merece prosperar o argumento da Construtora Sucesso S.A. de que é artificial o parâmetro adotado para a caracterização do débito apurado, pois os preços foram devidamente adaptados às condições da obra, conforme informações constantes nos autos.

53. Inicialmente, ênfase que o débito apurado nos presentes autos decorre de três irregularidades distintas: (i) superfaturamento em relação a preços do Sicro; (ii) pagamento em duplicidade por serviços; e (iii) previsão de aquisição de material betuminoso em volumes incompatíveis com o demandado pela obra.

54. Reproduzo a seguir excertos do parecer elaborado pela Secob quando da análise do Contrato PG 078/96 (peça 21, p. 44-50; e peça 22, p. 1-9, do TC 004.034/2001-5):

Metodologia

3.7 A convocação da Construtora Sucesso S/A, para que apresentasse proposta de preços para execução das obras e serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal e da pavimentação, ocorreu em 15/04/96, por meio do Ofício CD n.º 115/96 (...) No entanto, não foi estabelecido critério de aceitabilidade de preços unitários. Por esse motivo, entendemos que eventual débito decorrente de sobrepreço/superfaturamento deve ser obtido pela diferença entre o valor global pago e o valor global de mercado (Sicro). Dessa forma, ao contrário da metodologia utilizada pela Secex/MA, consideramos, no cálculo do sobrepreço/superfaturamento, todas as diferenças entre os preços contratados e os do Sicro/DNER/Nordeste, tanto as positivas quanto as negativas. Procedendo assim, diferenças decorrentes de preços unitários contratados inferiores ao Sicro foram

creditados em benefício dos responsáveis, pois o objetivo é verificar se a obra foi contratada por preço global compatível com o preço de mercado.

3.8 Devido a inexistência de projetos nos autos que permitissem aferir a adequação dos quantitativos dos serviços orçados e, posteriormente, medidos e pagos, em regra, foram aceitos como corretos, da mesma forma que procedeu a Secex/MA.

(...)

3.13 O Manual de Custos Rodoviários considera custos diferentes para obras de construção, obras de restauração, e em serviços de conservação:

(...)

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.

(...)

3.17 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.

(...)

3.23 Na época dos acontecimentos, o Sicro apenas diferenciava os custos unitários nas modalidades Construção e Conservação Rodoviária. Como a obra em questão enquadra-se na modalidade Restauração, é razoável a aplicação de redutor na produção das equipes mecânicas das composições dos serviços orçados na categoria Construção, da ordem de 10% (...)

3.24 Por esse motivo, para a determinação do preço de mercado, base para o cálculo de eventual sobrepreço, utilizamos como parâmetro de referência as composições de preços unitários do Sicro na modalidade Construção, adaptadas, incidindo nelas um redutor na produção da equipe mecânica de 10%, de forma a contemplar a diferença dos fatores de eficiência dos equipamentos utilizados nas obras de Construção e de Restauração ($0,75/0,83=0,90$).

3.25 No caso dos serviços orçados com base no Sicro Conservação, não há necessidade de redução da produção da equipe, pois como visto no item 3.20, os fatores de eficiência dos equipamentos nos serviços de Restauração são superiores aos de Conservação, o que levaria a custos de referência ainda menores. Portanto, utilizamos critério conservador em benefício dos responsáveis. (destaquei).

55. Nota-se, portanto, que a unidade técnica utilizou como referência, à época, os preços do Sicro/DNER/Nordeste, data-base abril/1996, para os serviços de Construção com aplicação de redutor de produtividade de 10%, tal como recomendado pelo Manual de Custos Rodoviários elaborado em 2003 pelo Dnit.

56. Não houve artificialidade, inconsistência técnica ou jurídica ou insuficiência na fundamentação na aplicação de redutor de produtividade de 10%, por parte da unidade técnica, conforme alegado pela Construtora Sucesso S.A.

VIII

57. Também não merece acolhimento a argumentação do recorrente de que inexistem duplicidade de quantitativos e insumos relativos aos serviços de escavação e material de jazida, areia-asfalto usinada a quente (AAUQ) e areia extraída.

58. Reitero que, nos serviços de AAUQ, foi constatado superfaturamento decorrente de preços unitários acima dos de mercado nos serviços de execução da mistura areia-asfalto usinada a quente (AAUQ) e na recomposição de revestimento (AAUQ). Não há que se falar em duplicidade de quantitativos e insumos nesses serviços, pois a Secob considerou como corretos os quantitativos, conforme metodologia transcrita no item 54 deste voto.

59. A Unidade Técnica constatou a existência de duplicidade de pagamento pelos serviços de (i) escavação e carga de matéria de jazida e (ii) areia extraída, que perfazem o total de R\$ 158.329,06. Passo, então, a discorrer sobre esse ponto, em virtude da alegação do recorrente.

60. A Secob, à época, esclareceu que o serviço de escavação e material de jazida foi utilizado para a execução da pavimentação, tanto da sub-base quanto da base estabilizada granulometricamente sem mistura. Constatou, ao avaliar o orçamento elaborado pelo 15º DRF, **verbis** (destaques no original) (peça 21, p. 44-50; peça 22, p. 1-9, do TC 004.034/2001-5 apenso):

4.4.2 (...) duplicidade de incidência de serviços, pois a *escavação de material de jazida* foi contemplada tanto isoladamente na planilha de preços, item 01.200.01, com o quantitativo de 60.292,89 m³, quanto nas composições de sub-base e base estabilizada granulometricamente sem mistura (itens 02.200.00 e 02.200.01).

4.4.3 O serviço de sub-base estabilizada granulometricamente sem mistura, item 02.200.00 (fls. 115 - v. principal), cujo quantitativo é de 23.321,31 m³, já contempla em sua composição de preço unitário o serviço de escavação e carga de material de jazida, além do desmatamento e expurgo de jazida. Para cada metro cúbico de sub-base há previsão de 1,2 metros cúbicos de escavação de material de jazida. Portanto, nos 23.321,31 m³ de sub-base já estão contemplados 27.985,57 m³ de escavação de material de jazida (23.321,31 m³ x 1,20 m³/m³ = 27.985,57 m³).

4.4.4 O serviço de base estabilizada granulometricamente sem mistura, item 02.200.01 (fls. 116 - v. principal), cujo quantitativo é de 29.214,60 m³, também contempla em sua composição de preço unitário o serviço de escavação e carga de material de jazida, além do desmatamento e expurgo de jazida. Para cada metro cúbico de base há previsão de 1,2 metros cúbicos de escavação de material de jazida. Portanto, nos 29.214,60 m³ de base já estão contemplados 35.057,52 m³ de escavação de material de jazida (29.214,60 m³ x 1,20 m³/m³ = 35.057,52 m³).

4.4.5 Como demonstrado, os serviços de sub-base e base estabilizada granulometricamente sem mistura contemplam 63.043,09 m³ (27.985,57 m³ + 35.057,52 m³) de escavação e carga de material de jazida. Portanto, os 60.292,89 m³ de escavação de carga de material de jazida, indicados no item 01.200.01 da planilha contratual estão em duplicidade e o valor integral desse item de serviço deve ser imputado como débito.

61. Em relação ao serviço de areia extraída, a Secob, à época, esclareceu que esse serviço foi utilizado para a execução de mistura areia asfalto e de lama asfáltica fina. Constatou, ao avaliar o orçamento elaborado pelo 15º DRF, **verbis** (destaques no original) (peça 22, p. 6, do TC 004.034/2001-5 apenso):

4.14.2 (...) duplicidade de incidência do serviço areia extraída, pois ele foi contemplado tanto isoladamente no item 09.517.00 da planilha de preços (6.660,50 m³), quanto nas composições de *mistura areia asfalto usinada a quente e de lama asfáltica fina* (itens 02.521.00 e 02.510.01).

4.14.3 O serviço de mistura areia asfalto usinada a quente, orçado como base na composição de preço unitário 02.521.00 Sicro/Nordeste/Conservação/Dezembro/95 (fls. 120 - v. principal), cujo

quantitativo é de 13.545,00 toneladas, já contempla a areia necessária para executá-lo. Para cada metro cúbico de mistura de areia asfalto usinada a quente, o Sicro prevê o consumo de 1,2 metros cúbicos de areia. O orçamento elaborado pelo 15º DRF adotou como unidade de medida a tonelada. Como a massa específica da mistura areia asfalto é 2,15 t/m³, para cada tonelada de mistura areia asfalto deveriam ter sido computados apenas 0,56 metros cúbicos de areia ($1,20 \text{ m}^3/\text{m}^3 / 2,15 \text{ t/m}^3 = 0,56 \text{ m}^3/\text{t}$), mas de maneira equivocada foi computado o consumo de 1,20 m³/t. Para execução das 13.545,00 toneladas de mistura areia asfalto usinada a quente seriam necessários apenas 7.585,00 metros cúbicos de areia, mas devido à manipulação da composição de preço unitário pelo orçamentista do DNIT, foram contemplados pelo orçamento 16.254,00 metros cúbicos de areia, quantitativo 114,29% superior ao necessário.

4.14.4 O serviço de lama asfáltica fina, item 02.510,00 (fls. 119 - v. principal), cujo quantitativo é 350.000,00 metros quadrados, também contempla em sua composição de preço unitário a areia. Para cada metro quadrado de lama asfáltica fina foi previsto o consumo de 0,0011 metros cúbicos de areia, totalizando mais 385,00 m³.

4.14.5 Como demonstrado, não há justificativa para ter sido incluído na planilha orçamentária, item com 6.660,50 m³ de areia extraída, pois as composições do orçamento do 15º DRF já contemplavam 16.639,00 m³ de areia (16.254,00 m³ + 385,00 m³). Cabe relembrar, que o total de areia necessário para execução desses serviços era de apenas 7.970,00 m³ (7.585,00 m³ + 385,00 m³).

4.14.6 Portanto, os 6.660,50 metros cúbicos de areia extraída, item 09.512.00, constantes na planilha orçamentária estão em duplicidade e o valor integral desse item de serviço deve ser imputado como débito.

62. A alegação do recorrente de que não existe duplicidade nos mencionados serviços foi rebatida pelo relator do voto condutor do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário nos seguintes termos, **in verbis**:

26. O engenheiro José Orlando Sá de Araújo justificou o pagamento excessivo do item “escavação e carga de material de jazida”, alegando que o material também foi empregado para recomposição de aterros, troca de solo saturado na pista e preenchimento de crateras existentes na área de aplicação de lama asfáltica. Sobre a “*provável utilização de areia acima das quantidades de consumo*”, aduziu que o material obtido no local possuía alto grau de impureza, de tal forma que, do total extraído e peneirado, apenas 48% eram aproveitados para a mistura betuminosa. Além disso, a areia teria sido utilizada na composição da base e sub-base e no salgamento da imprimação.

27. Porém, não existe nenhum indício, no processo de contratação, do efetivo emprego desses materiais nos serviços indicados pelo responsável. Nenhuma das composições de custo fornecidas pela empresa contratada, relacionadas à recomposição de aterros, remoção de pavimento ou aplicação de lama asfáltica fina, previu a utilização de material de jazida em quantidades superiores às estabelecidas pelo Sicro. Assim, 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.

28. Quanto à areia, não pode ser aceita a alegação de que parte do material fornecido era imprestável, visto que o fornecimento desse item pressupõe tratar de insumo integralmente adequado às necessidades do serviço.

29. Assim, não existem motivos para que essas justificativas sejam acatadas.

63. O recorrente não apresentou argumento ou informação novo que altere a análise procedida pela Secob, à época, ou pelo relator **a quo, razão pela qual mantenho entendimento firmado pelo Tribunal naquela oportunidade.**

IX

64. Por último, informo não ser possível atender o pleito do Sr. José Orlando Sá de Araújo para que o TCU produza prova pericial no local das obras a fim de comprovar se os serviços e quantitativos foram executados e pagos de forma correta, sem qualquer pagamento em duplicidade ou considerando-se excesso de quantitativos e insumos.

65. Deliberações desta Corte indicam que não há cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de nova inspeção, na medida em que não compete ao TCU determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa e/ou para demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos que lhe foram confiados (Acórdãos 5.920/2016-TCU-2ª Câmara e 6.214/2016-TCU-1ª Câmara). Também não cabe ao TCU atender requerimento de inspeção de responsável para averiguar o cumprimento de objeto pactuado, com intuito de gerar prova para o responsável (Acórdão 3.702/2010-TCU-2ª Câmara).

66. Portanto, entendo que não merece acolhimento o pedido de produção de prova pericial por parte desta Corte de Contas em prol do recorrente.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de agosto de 2017.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator