GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 001.961/2009-3
Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)
Órgão/Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
Responsáveis: Maia Melo Engenharia Ltda. (08.156.424/0001-51); Manoel Nazareth Santanna Ribeiro (000.364.122-87); Miguel Dario Ardissone Nunes (178.613.227-34); Seplane Engenharia e Planejamento do Nordeste Ltda. (01.631.413/0001-37); Torc Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (17.216.052/0001-00)
Recorrente: Torc Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. (17.216.052/0001-00)
Interessados: Luiz Antônio Pagot (435.102.567-00); Tribunal de Contas da União (00.414.607/0001-18)
Representação legal: Alexandre Aroeira Salles (OAB/DF 28.108) e outros, representando Torc Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda.

SUMÁRIO: FISCOBRAS 2008. JOGO DE PLANILHA. SUPERFATURAMENTO. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ALEGAÇÕES RELATIVAS À TABELA SICRO 2 UTILIZADA PELO TRIBUNAL, AOS CUSTOS DE ADMINISTRAÇÃO LOCAL DO BDI, AO MÉTODO DE APURAÇÃO DO DÉBITO REJEITADAS. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução constante da peça 47, aprovada pelo dirigente da Secretaria de Recursos (peças 48), secundada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU-MPTCU (peça 105), Marinus Eduardo de Vries Marsico:

"***INTRODUÇÃO***

1. Trata-se de recurso de reconsideração contra o Acórdão 3100/2013-TCU-Plenário (peça 76), interposto por Torc – Terraplanagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir da presente relação processual Raimundo Brito Façanha, João Bosco Lobo, e Renato Nunes Gouveia;

9.2. rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas por Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda.;

9.3. julgar, com fundamento nos artigos 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas 'c' e § 2º; 19, caput; e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, irregulares as contas de Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e condená-lo, em solidariedade com a empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda., ao pagamento dos valores abaixo discriminados, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas indicadas, até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação vigente, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit);

Data de Ocorrência	***Valor do Débito (R$)***
8/10/2002	*1.180.591,73*
23/10/2002	*1.180.391,11*
13/12/2002	*158.309,84*
30/12/2002	*461,99*
30/12/2002	*416,10*
6/6/2003	*18.983,07*
6/6/2003	*147.204,02*
6/6/2003	*519.911,28*
6/6/2003	*35.496,40*
11/7/2003	*214.620,38*
8/1/2004	*433.620,53*
18/6/2004	*1.798.059,25*
21/6/2004	*139.012.64*
21/6/2004	*294.374,39*
21/6/2004	*26.928,46*

9.4. aplicar, individualmente, ao Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e à empresa Torc Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão, até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, com fundamento no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

9.6. remeter cópia do presente acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no estado do Pará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e ao Ministério dos Transportes.

HISTÓRICO

2. No âmbito do Fiscobras 2008, TC 006.415/2008-8, foram identificadas as seguintes irregularidades nas obras fiscalizadas nos presentes autos: projeto básico deficiente; restrição ao caráter competitivo da licitação; aditamentos contratuais em limites superiores aos previstos no ordenamento jurídico; superfaturamento em razão de serviços em duplicidade; e desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de 'jogo de planilha'.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

2.1. Cabe ressaltar que as duas primeiras irregularidades citadas foram analisadas e os responsáveis multados com fundamento nos art. 250, § 2º, e 268, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU (Acórdão 2373/2010-TCU-Plenário). Tal deliberação foi recorrida pelas partes e o pedido de reexame teve seu provimento negado (Acórdão 828/2013-TCU-Plenário). As três últimas irregularidades supracitadas, por terem relação direta com os débitos levantados na auditoria, foram analisadas neste processo.

2.2. Autuado em janeiro de 2009, conforme determinação constante do subitem 9.2.1 do Acórdão 2439/2008-TCU-Plenário, os presentes autos visam a apurar os valores considerados indevidos e efetivamente pagos, no âmbito do Contrato PD/2-033/00-00 (peça 1, p. 2-3).

2.3. Em abril de 2009, por meio do Ofício 697/2009/DIR (peça 1, p. 10-40), o Dnit encaminhou a esta Corte documentos e informações necessários à individualização do débito e à citação dos responsáveis, para atender ao disposto na diligência expedida nos autos, conforme Ofício 47/2009TCU/SECOB, de março de 2009 (peça 1, p. 8).

2.4. Em março de 2010, conforme parecer da Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito, entendeu-se que não haveria como estabelecer nexo de causalidade entre a aprovação do projeto executivo e a alteração da relação econômico-financeira do Contrato PD/2-033/00-00, pois os responsáveis pela elaboração e aprovação do projeto executivo não tiveram participação na elaboração e aprovação do projeto básico deficiente, uma das causas do desequilíbrio econômico financeiro do contrato, o que afastaria a responsabilização do Sr. Miguel Dário Ardissone Nunes e das empresas Maia Melo Engenharia Ltda. e Seplane Serviços de Engenharia e Planejamento do Nordeste (peça 2, p.7).

2.5. Nesse mesmo parecer, foram calculados os débitos de R$ 8.618.452,26 (ref.: agosto/2000), relativo à alteração substancial da relação econômico-financeira por meio de aditivos contratuais, o que ocasionou desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de 'jogo de planilha', e de R$ 362.185,20 (ref.: agosto/2000), relativo ao superfaturamento em razão de serviços em duplicidade (peça 2, p. 10).

2.6. Foram citados como responsáveis solidários pelos débitos apurados, nos termos do art. 12, incisos I e II da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992:

a) a empresa Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda., na condição de contratada, pelo desequilíbrio econômico-financeiro resultante do aditamento contratual, e pelo recebimento de pagamento de itens contratados em duplicidade;

b) o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, na condição de responsável pela assinatura do Contrato PD/2-033/00-00 com itens em duplicidade (peça 20, p. 29-34) e pela formalização do 5º (peça 23, p. 13-14) e do 9º (peça 25, p. 6-7) termos aditivos que resultaram no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desvantagem para a Administração; e

c) os Srs. João Bosco Lobo, Raimundo Brito Façanha, e Renato Nunes Gouveia, na condição de membros da Comissão de Medição dos serviços de construção e pavimentação da rodovia BR-230 - Transamazônica, trecho divisa TO/PA – divisa PA/AM, subtrecho Itupiranga - Altamira, segmento km 252,0 – km 357,0 (peça 1, p. 45), pela duplicidade de pagamentos.

2.7. Efetivadas as citações e apresentadas as alegações de defesa por parte dos responsáveis, esta Corte prolatou, em conformidade com os pareceres constantes dos autos, o acórdão ora recorrido.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 90), ratificado à peça 96, pelo Ministro Aroldo Cedraz, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 3100/2013-TCU-Plenário.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

a) se a utilização do Sicro do Estado do Pará de junho/2004 refletiria com maior fidedignidade os preços contratados em comparação com o Sicro da Região Norte utilizado por esta Corte no presente caso;

b) se os custos de administração local, constantes da taxa de BDI, são adequados ao caso concreto;

c) se o método do desconto deve ser aplicado na quantificação do débito em análise;

d) se é cabível a aplicação de juros de mora a partir da ocorrência da irregularidade que culminou no débito apurado;

e) se o valor da multa aplicada é desproporcional ou desarrazoado; e

f) se implementou-se o prazo de prescrição para a aplicação da multa.

5. Utilização do Sicro do Estado do Pará de junho/2004.

5.1. Defende a recorrente em suas razões recursais que, ao contrário do que restou decidido por esta Corte na fase processual anterior, o manual de custos que mais se adequa ao caso concreto é o Sicro do Estado do Pará de junho de 2004 retroagido à data do contrato, com base nos seguintes argumentos (peça 89, p. 2-6):

a) embora o Sicro 2 da Região Norte de outubro/2000, retroagido para agosto/2000, seja o referencial de preços publicado em data mais próxima à da assinatura do contrato, tal sistema de custos não retrata com propriedade as peculiaridades do empreendimento, pois é elaborado para a Região Norte, a mais extensa do país e com maiores diversidades;

b) assim, sustenta a recorrente que deveria ser utilizado referencial elaborado pelo Dnit para o Estado do Pará, local de realização das obras, em junho/2004, retroagido para agosto/2000, com acréscimo de BDI de 32,55%, reconhecido por esta Corte como o adequado ao caso concreto, o que demonstraria a regularidade dos preços contratados, mesmo levando-se em consideração o cálculo por meio desse referencial de todos os serviços contratados, inclusive com benefícios financeiros ao Erário;

c) contudo, mesmo que entenda esta Corte que os cálculos devem ser efetuados com base no Sicro 2 de outubro/2000, o que assevera não retratar com propriedade as peculiaridades dos serviços por ela prestados ao Dnit, requer a correção dos preços do motoscraper que constava do referencial de preços à época, pois evidentemente equivocado, assim constando do Sicro 2 segundo a recorrente:

Motoscraper Caterpillar 621F	***Aquisição***	***Improdutivo***	***Operativo***
Sicro Norte out/2000	*809.021,00*	*5,4363*	*130,6362*
Sicro Norte out/2002	*900.000,00*	*8,6405*	*192,2092*
Sicro Norte abr/2003	*900.000,00*	*8,6405*	*192,2092*
Sicro Norte mai/2003	*2.049.894,00*	*8,6405*	*310,5806*
Sicro Pará jun/2004	*2.338.257,11*	*9,3606*	*340,3948*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

d) assim, afirma a recorrente que os preços do motoscraper somente foram corrigidos em maio de 2003, atestando a inadequação do Sicro 2 e, consequentemente, do acórdão recorrido;

e) quanto ao custo produtivo, afirma que os valores de junho/2004 retroagido a agosto/2000 seria de R$ 213,84, enquanto pela metodologia utilizada pelo Tribunal na fase processual anterior o valor de outubro/2000, de R$ 130,63, retroagido para agosto/2000 seria de apenas R$ 128,47, o que também demonstra o equívoco e revela grave distorção na análise do caso em apreço;

f) dessa forma, corrigindo tal valor para trazê-lo à realidade da época da assinatura do contrato, e utilizando-se o Sicro 2 do Estado do Pará somente para o item ECT, constata-se uma diferença entre os preços contratados e os constantes dos referenciais de apenas 2,39%, incapaz de configurar dano ao Erário, pois de acordo com a jurisprudência desta Corte tal diferença de preços constitui variação normal do mercado;

g) argumenta, ainda, que à época da licitação não havia previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias acerca da utilização da tabela Sicro como limite de preços para obras rodoviárias.

Análise

5.2. Inicialmente cabe esclarecer que a suposta inadequação dos preços do motoscraper no Sicro 2 não socorre a recorrente, pois a variação de preços de um mês para o outro, como defende em sua peça recursal, ocorreu apenas em 2003, ao passo que os valores utilizados por esta Corte são os de outubro/2000, nos quais não se verifica qualquer indício de defasagem.

5.3. Ademais, para comprovar tal inadequação bastaria à recorrente demonstrar, por meio de notas fiscais, a aquisição desse equipamento com preços diferentes do constante do referencial de preços, o que não se logrou fazer, mas, ao contrário, constam dos autos notas fiscais de transporte de motoscraper nas quais os preços declarados do equipamento são de R$ 200.000,00 (peça 30, p. 12-15), o que não permite a utilização do Sicro 2 para o Estado do Pará apenas para esse item como requer a recorrente.

5.4. Quanto à utilização desse referencial para todos os itens contratados, a decisão recorrida é precisa em rejeitar tal hipótese não só com base nos elementos constantes dos autos, mas da jurisprudência pacífica deste Tribunal, assim se manifestando o Relator a quo em seu voto, com cujo entendimento se anui:

> *Sobre a utilização de referenciais posteriores do Sicro como paradigma, recorro, novamente, ao já manifestado nos votos que acompanham os Acórdãos 1922 e 1923/2011-Plenário, de minha lavra:*
>
> *6. Nesse tópico, mais uma vez, fixo que a referência comparativa mais adequada para a mesma localidade é o paradigma mais próximo à data base do contrato; o que vale, também, para os custos indiretos.*
>
> *85.Assim, a irregularidade ora questionada permanece (peça 59, p. 1-5), mesmo considerando como preços de referência para os serviços de ECT de materiais de 1ª e 2ª categorias, nesta instrução, composições de preços que contemplem o equipamento motorscraper, conforme requerido pela contratada, em razão da apresentação de documentação que indicam a efetiva utilização desse equipamento (peça 29, p. 8-14; e peça 30, p. 7-17).*
>
> *86.Quanto à alegação de que os manuais de custos rodoviários do Dnit foram atualizados em janeiro de 2003, e que isso justificaria a utilização da data-base de junho/2004 para os serviços de ECT com DMT de até 1.200m, entende-se que não deve ser acatada, pois, a referida atualização desses manuais não alterara as composições dos serviços de ECT, como se observa à peça 65, onde as composições de ECT de junho/2004 e de outubro/2000 apresentam os mesmos equipamentos e quantitativos de mão de obra, alterando-se apenas os custos dos insumos e a taxa de BDI.*

5.5. Assim, deve ser mantida a metodologia utilizada pelo Tribunal na fase processual anterior.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

5.6. Também não socorre a recorrente a ausência de previsão legal sobre a necessidade de se observar a tabela Sicro como limitador de preços para obras rodoviárias, pois tal planilha é utilizada pelo Tribunal como referencial de preços de mercado, elaborada utilizando-se de preços praticados em diversas licitações públicas e com metodologia reconhecidamente confiável, o que faz incidir a previsão legal contida no art. 43, inciso III e § 3º, da Lei 8.666/1993.

6. Adequabilidade da remuneração dos custos de administração local.

6.1. Defende a recorrente que, em razão das peculiaridades do empreendimento, os custos de administração, que representariam 4% em um BDI de 32,55%, adotado no contrato em tela, não foram suficientes para cobrir os custos de administração local e central, gerando distorção na análise dos preços contratuais, asseverando que (peça 89, p. 6-9):

a) deve ser aplicado na análise do caso em apreço a nova metodologia desenvolvida pelo Dnit na elaboração do Sicro 3 que, segundo afirma, estabelece para obras similares a tratada nestes autos, percentual de 9,48% a título de custos de administração local e central;

b) este Tribunal, por meio do Acórdão 2622/2013-TCU-Plenário, estabeleceu os custos de administração local de contratos de obras rodoviárias e ferroviárias verificando parâmetros para a análise da adequabilidade das planilhas orçamentárias, alegando a recorrente, com base em tal julgado, que deve ser aplicado ao contrato por ela firmado com o Dnit os percentuais constantes do terceiro quadril estabelecido no citado acórdão no percentual de 10,68%;

c) assim, entende que os preços contratuais foram vantajosos à Administração Pública seja considerando o Sicro Norte de outubro de 2000, seja utilizando-se do Sicro Pará de junho de 2004, trazendo os valores em sua peça recursal que demonstram o benefício ao Erário.

Análise

6.2. Importa esclarecer, sobre a questão, que o débito imputado à recorrente por esta Corte se deu em virtude da ocorrência de 'jogo de planilha', na medida em que itens com preços contratados abaixo do mercado foram, em alguns casos, integralmente suprimidos, e itens com preços superiores aos de referência foram acrescidos em até 4.778%, nada tendo sido tratado nos autos acerca da remuneração por parte da Administração Pública de custos de administração local e central, motivo pelo qual não há razões para a recorrente se insurgir.

6.3. Dessa forma, mesmo que os argumentos trazidos nessa fase recursal fossem capazes de comprovar a inadequabilidade dos valores pagos a título de custos de administração local e central, esta não seria a instância adequada para a análise da questão, mesmo porque os valores foram pagos nos termos contratados.

7. Quantificação do débito pelo método do desconto.

7.1. Discorre a recorrente que não poderia ser aplicado para o cálculo do débito apurado nos autos o método do desconto com base nos seguintes argumentos (peça 89, p. 9-13):

a) não concluiu o contrato firmado com o Dnit por culpa exclusiva da Autarquia e que, com isso, sofreu prejuízos agravados com a aplicação do método do desconto por parte desta Corte;

b) a aplicação do citado método para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro é proveniente do Acórdão 1755/2004-TCU-Plenário, proferido após a contratação, execução e paralização do contrato mantido entre a recorrente e o Dnit, o que, segundo alega, independentemente de sua adequação ao presente caso, não poderia ser aplicado em virtude de não existir no ordenamento jurídico à época da execução contratual a determinação de utilização desse método do desconto;

c) assim, defende que a aplicação retroativa do entendimento exteriorizado no Acórdão 1755/2004TCU-Plenário carece de razoabilidade, bem como contraria procedimento já adotado

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

por este Tribunal no sentido de determinar que novas interpretações e entendimentos a textos normativos devem ser aplicados apenas a casos futuros, citando, nesse contexto, o Acórdão 2819/2011-TCU-Plenário;

d) não bastasse o já exposto, argumenta a recorrente que a aplicação do método do desconto é tema polêmico e motivador de diversas discussões no âmbito do órgão julgador pleno desta Corte, afirmando ser não só ilegal sua aplicação, mas também inconstitucional;

e) isso porque, dadas as condições fáticas da licitante no momento da licitação, como expertise na execução de determinado serviço específico ou ociosidade de maquinário e pessoal necessários à sua execução, pode ela ofertar preços para determinados serviços abaixo da estimativa do órgão licitante e mesmo do valor de mercado, o que não pressupõe dizer que pode executar todos os serviços previstos no edital de licitações com esse mesmo 'desconto', citando trechos da declaração de voto proferido pelo Auditor Augusto Sherman Cavalcanti constante do Acórdão 1755/2004-TCU-Plenário.

Análise

7.2. Não são aplicáveis ao caso em tela as argumentações da recorrente. Ocorre que o Acórdão 1755/2004-TCU-Plenário não configura alteração de jurisprudência desta Corte na metodologia de cálculo de débito, tendo aplicado àquele caso concreto o método do desconto em detrimento do método do balanço em face de suas limitações em corrigir distorções provocadas por 'jogo de planilha', ardil devidamente identificado nos presentes autos.

7.3. Assim, não há qualquer limitação jurídica à aplicação do método do desconto para a apuração do débito ora questionado.

7.4. Quanto à ilegalidade ou mesmo inconstitucionalidade que resultariam de sua aplicação, cabe esclarecer que a aplicação do método do desconto visa justamente manter as condições efetivas da proposta vencedora da licitação, princípio de origem constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição) e legal (art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993), não se identificando quaisquer violações a textos legais.

7.5. Em relação às supostas vantagens competitivas no momento da elaboração das propostas de preços, a questão realmente foi levantada e discutida quando do julgamento que culminou na prolação do Acórdão 1755/2004-TCU-Plenário, mas ressalvados os casos de evidente ocorrência de 'jogo de planilha', como no caso em concreto.

7.6. Nesse sentido, resta evidente nos autos a utilização dessa manobra por parte dos contraentes, na medida em que itens com preços cotados abaixo de valores de mercado foram suprimidos em até 100%, enquanto outros cujos valores cotados pela licitante foram acima do preço de mercado tiveram incremento de até 4.778% (peça 61), o que afasta, no presente caso, a aceitação de quaisquer questionamentos, mormente porque desprovidos de comprovação, da alegada vantagem competitiva.

8. Aplicação de juros de mora desde a data do débito.

8.1. Sustenta a recorrente que não deve ser acrescido ao débito apurado nos presentes autos juros de mora desde a ocorrência da irregularidade, assim argumentando (peça 89, p. 13-15):

a) o contrato teria sido firmado após regular procedimento licitatório e seus termos aditivos, que supostamente teriam desequilibrado econômica e financeiramente o ajuste bem como sido firmados por exigência do Dnit, além de ter a execução e todos os atos fiscalizados pela Autarquia, motivo pelo qual gozam de presunção de legalidade, não havendo que se falar em mora da recorrente apta a ensejar a aplicação de juros de mora;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

b) também impede tal prática o fato de esta Corte de Contas ter realizado sete auditorias no referido contrato (TC 006.359/2002-8, TC 008.719/2003-1, 006.687/2004-5, 007.191/2005-3, 008.385/2006-0, 006.415/2008-8 e 007.615/2009-1, relativos aos fiscobras 2002-2006 e 2008-2009), sem que tenha levantado a questão do desequilíbrio econômico-financeiro em qualquer deles, o que já teria condições de ter sido constatado desde 2003, quando os atos que teriam dado ensejo ao desequilíbrio foram praticados;

c) assim, afirma não ter dado causa ao lapso temporal passado entre a data dos fatos e o julgamento por este Tribunal, o que afastaria sua responsabilidade, já que se aplica ao caso o disposto no art. 396 do Código Civil, citando em seu favor, também, o magistério de Guilherme Gouvêa Figueiredo;

d) também revela impertinente a incidência de juros de mora a contar da data dos fatos: cita os arts. 201, 202 e 210 do Regimento Interno/TCU, pois determinam que o marco inicial para tal medida é a data da notificação do julgamento;

e) outro argumento utilizado em seu favor é o de que no âmbito do Poder Judiciário as condenações impostas contra a Fazenda Nacional somente são acrescidas de juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, independentemente da data de ocorrência do ilícito, questionando que:

> *se a Fazenda, ao devolver valores ao particular, paga juros a partir do trânsito em julgado da decisão que os constitui, qual é o motivo para o particular, ao devolver valores à Fazenda, fazê-lo com base na data em que se identifica o suposto evento danoso, especialmente quando, no caso em concreto, a demora na análise dos fatos se deu por razões alheias à empresa?*

Análise

8.2. Não é correta a afirmação da recorrente. Ocorre que as normas fixadas no Regimento Interno desta Corte em momento algum estabelecem que o marco inicial para a incidência de juros de mora seja a data do julgamento ou da notificação de julgamento ao jurisdicionado.

8.3. Também não lhe socorre a norma estabelecida no art. 396 do Código Civil, pois, ao contrário do que afirma, a conduta por ela praticada ao estabelecer preços muito superiores aos de mercado, assinar termo aditivo incrementando em até 4.778% tais serviços e receber os valores indevidamente foi a causa preponderante para a ocorrência do débito apurado nos presentes autos. O fato gerador do dano ao Erário foi o recebimento indevido de valores, momento a partir do qual se constituiu a mora do devedor em ressarcir o Erário.

8.4. Ademais, a incidência de juros de mora sobre os débitos imputados por esta Corte tem expressa previsão no art. 19 da Lei 8.443/1992. Com efeito, o Tribunal, no uso de seu poder regulamentar, previsto no art. 3º do referido normativo, editou a Instrução Normativa 71/2012, a qual disciplina a matéria em seu art. 9º, in verbis:

> *Art. 9º. A atualização monetária e os juros moratórios incidentes sobre o valor do débito devem ser calculados segundo prescrito na legislação vigente e com incidência a partir da data de ocorrência do dano.*

9. Razoabilidade e proporcionalidade da multa aplicada.

9.1. Afirma a recorrente ser desarrazoado e desproporcional o valor da multa aplicada com base nos seguintes argumentos (peça 89, p. 20-24):

a) o débito apurado foi de R$ 6.148.381,19 e a multa, fixada em R$ 1.000.000,00, representa mais de 16%, sendo evidentemente contrária aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

b) nos termos da jurisprudência desta Corte tal percentual, inclusive fixados em percentuais muito menores, embora encontre amparo legal no art. 57 da Lei 8.443/1992, representa nítido

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

caráter confiscatório dado seu valor nominal, citando diversos julgados do Tribunal (peça 89, p. 22-23) que não só fixaram multas em percentuais muito menores ao dos presentes autos, mas que até acolheram recursos para baixá-las, trazendo, em especial, o que restou decidido por meio do Acórdão 1.847/2011TCU-Plenário com base nas seguintes razões:

35. Apesar de tudo, creio assistir razão ao embargante Jesus de Brito Pinheiro quando requer a apreciação, no seu caso, da presente matéria, considerando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Isto é, a multa imposta deixou de valorar, no mínimo, aquele princípio, o que configura omissão, neste caso concreto.

36. Pessoalmente, admito que a multa imposta no caso concreto por esta Corte, fundada no art. 57 da Lei 8.443/1992 é, à primeira vista, desarrazoada e até mesmo desproporcional lato sensu, o que contrariaria, reflexamente, a jurisprudência pátria, que veda a imposição de multa administrativa com efeito confiscatório, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apresentada pelo recorrente (REsp 505.068/PR. Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Publicação DJ de 29/9/2003)

37. De fato, o montante da penalidade (RS 350.000,00) é bastante considerável, em termos absolutos. Porém, esclareço que foi calculado com pleno amparo legal, já que feito nos termos do aludido art. 57 da Lei Orgânica, que prevê essa penalidade no percentual de até 100% do débito atribuído ao responsável. Como este, em valores atualizados, correspondia a aproximadamente RS 22,0 milhões, foi aplicado percentual inferior a 2% do débito, o que em termos relativos é coerente à legislação referida, monetariamente falando ou, dito de outra forma, proporcional em sentido estrito.

38. Mesmo assim, reconheço que o valor absoluto da multa efetivamente é significativo, por isso concordo que deva ser reduzido a valores razoáveis (ou reais) e proporcionais, que não signifiquem confisco, providência que proponho estender de ofício aos demais responsáveis, por isonomia, ainda que não tenham requerido, mantendo-se em seus exatos termos os débitos apurados nos autos.

39. Nesse sentido, creio que sanção baseada em 0,2% do débito é medida razoável, com vistas a manter um mínimo de proporcionalidade (monetária ou matemática) em relação ao montante do dano apurado, de valor um pouco superior a 22,0 milhões de reais, caso específico do recorrente Jesus de Brito Pinheiro.

Análise

9.2. Os argumentos trazidos pelo recorrente são, de fato, coerentes não só com as normas que regem esta Corte, mas também com sua jurisprudência, dado que o valor de R$ 1.000.000,00, em termos absolutos e, também em termos percentuais em relação ao débito apurado, é bastante significativo, mormente verificando se tratar a recorrente de empresa limitada.

9.3. Dessa forma, embora pareça encontrar respaldo na Lei Orgânica deste Tribunal, o valor da multa deve ser reduzido em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do princípio da vedação do confisco, normas de observância obrigatória na aplicação da lei, de modo a tornar tal valor razoável.

9.4. Da mesma forma, deve ser estendido tal entendimento em relação a Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, apenado com multa no mesmo valor.

10. Prescrição da pretensão punitiva

10.1. Afirma a recorrente que a multa a ela aplicada por esta Corte não poderia ter ocorrido em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, assim argumentando (peça 89, p. 16-20):

a) a multa, ao contrário do ressarcimento ao Erário, tem caráter punitivo e, dessa forma, está sujeita à prescrição;

b) tendo em vista que a Lei Orgânica desta Corte é omissa em estabelecer tal prazo prescricional, deve ser aplicado, por analogia, outras normas de direito público que estabelecem ser de cinco anos o prazo para a aplicação de multa administrativa;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

c) cita a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem não seria correta a utilização do prazo prescricional previsto no Código Civil por parte da Administração Pública, haja vista a existência de outras normas de direito público estabelecendo tal prazo em cinco anos;

d) incorpora às suas argumentações trechos do voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler que resultou no Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário, para quem o prazo a ser adotado pelo Tribunal seria de cinco anos para a aplicação de sanções a seus jurisdicionados, além de julgados do Poder Judiciário sobre a mesma questão;

e) assim, conclui que os atos inquinados tiveram como origem termo aditivo firmado em 14/1/2003 e se referem a serviços executados em dezembro de 2002, de modo que o prazo prescricional foi alcançado em 14/1/2008, tendo a presente tomada de contas especial sido instaurada apenas em 27/1/2009, mais de seis anos após a prática do ato que fundamenta a condenação, e a citação da empresa ocorrido apenas em 19/3/2010, mais de sete anos após a ocorrência do ato danoso.

Análise

10.2. Não há prescrição a ser declarada. Ocorre que o precedente desta Corte citado pela recorrente não a socorre, pois tratou de processo de representação oferecido por pessoa não legitimada para tanto, não tendo sido conhecida pelo Tribunal.

10.3. Contudo, mesmo que aplicável ao presente caso o posicionamento externado pelo Relator daquele feito, não haveria razões para se reconhecer a ocorrência da prescrição, pois, embora tenha se posicionado pelo reconhecimento do prazo prescricional de cinco anos para a aplicação das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, defendeu como marco inicial para a contagem do prazo prescricional a data em que a irregularidade chegue ao conhecimento desta Corte.

10.4. Nessa linha, embora tenha origem em ato praticado nos idos de 2002 ou mesmo 2003, o desequilíbrio econômico-financeiro que culminou no dano ao Erário somente foi conhecido pelo Tribunal após auditoria concluída em maio de 2008 conforme se extrai do seguinte trecho do Voto do Relator a quo:

> *De qualquer modo, considerando que as irregularidades tratadas neste processo foram identificadas em auditoria deste Tribunal, concluída no mês de maio de 2008, e os responsáveis foram instados a apresentar alegações de defesa em março de 2010, independentemente do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da prescrição da ação punitiva nos processos de controle externo, esta não alcançaria as ocorrências ora tratadas.*

10.5. Diante do princípio da independência das instâncias, que desobriga esta Corte a seguir posicionamentos adotados no âmbito do Poder Judiciário bem como tendo em vista que a aplicação do prazo prescricional de cinco anos requerido pela recorrente somente se iniciou em maio de 2008, este não se completou até a citação da recorrente, ocorrida em 27/1/2009. Ademais, mesmo que se utilizasse o prazo prescricional de dez anos previsto no Código Civil, conforme jurisprudência dominante desta Corte, não haveria se operado a prescrição. Assim, não há que se falar em vícios na aplicação de multa à recorrente.

CONCLUSÃO

11. Das análises anteriores conclui-se que:

a) a utilização do Sicro do Estado do Pará de junho/2004 não reflete com maior fidedignidade os preços contratados, mas sim o Sicro da Região Norte utilizado no presente caso em atendimento à jurisprudência desta Corte que considera correta a aplicação do referencial de preços divulgado em data mais próxima da assinatura do contrato em análise;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.

b) não há motivos para o recorrente se insurgir contra os valores pagos pela contratante a título de custos de administração local, constantes da taxa de BDI, haja vista a ausência de impugnação por parte desta Corte;

c) a aplicação do método do desconto na quantificação do débito em análise não fere os princípios da irretroatividade e da razoabilidade, pois é adequado para apuração do débito por verificação em caso de jogo de planilha;

d) os juros de mora devem ser aplicados a partir do evento que deu causa ao dano ao Erário;

e) o valor da multa aplicada é desproporcional, desarrazoada e atenta contra o princípio da vedação do confisco, devendo ser reduzida pelo Tribunal para todos os condenados no presente processo;

f) não houve prescrição da pretensão punitiva por parte desta Corte, de modo que a multa, apesar de reduzida, deve prevalecer.

11.1. Dessa forma, deve ser concedido provimento parcial ao recurso para que a pena de multa seja reduzida diante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Torc - Terraplenagem Obras Rodoviárias e Construções Ltda contra o Acórdão 3100/2013-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para reduzir os valores das multas aplicadas à recorrente e a Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro;

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida ao recorrente e aos demais interessados."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 59497691.