

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 041.559/2012-6

Natureza: Tomada de Contas Especial

Responsáveis: Leônidas Soriano Caldas Neto (ex-chefe do 15º DRF), Gerardo de Freitas Fernandes (ex-chefe do S.V. Engenharia Rodoviária/15), Antônio Máximo da Silva Filho (ex-chefe do St. M.R./15), Maurício Hasenclever Borges, (ex-diretor-geral do 15º DRF), Francisco Augusto Pereira Desideri (ex-chefe da Divisão de Construção/15), Alfredo Soubihe Neto (ex-diretor de engenharia rodoviária/DNER), Genésio Bernardino de Souza, ex-diretor-geral do DNER) e DM Construtora de Obras Ltda. (empresa contratada)

Unidade: Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Maranhão (DNIT/MA)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRA RODOVIÁRIA. PREÇOS DE ITENS DE SERVIÇOS SUPERIORES AOS CONSTANTES DO SICRO 1. CITAÇÕES. REVELIA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE DA AMOSTRA. EQUÍVOCO NA DEFINIÇÃO DA DATA-BASE DA PROPOSTA. IMPOSSIBILIDADE DE CÁLCULO DE SUPERFATURAMENTO. ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. REGULARIDADE COM RESSALVA E QUITAÇÃO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão (Secex/MA), acolhida pelos dirigentes da unidade e pelo Ministério Público junto ao TCU:

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada por força do item 9.1 do Acórdão 2948/2011-TCU-Plenário (peça 2, p. 35-38), proferido no TC 005.741/2002-0, Relatório de Auditoria arquivado, decorrente de fiscalização realizada em processos de dispensa de licitação, abrangendo o período de 1995 a 2001, conduzidas pelo então 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Maranhão (DNIT/MA), para o Contrato PG-141/1999, em desfavor dos Srs. Leônidas Soriano Caldas Neto, chefe do 15º DRF, Gerardo de Freitas Fernandes, chefe do S.V. Engenharia Rodoviária/15, Antônio Máximo da Silva Filho, chefe do St. M.R./15, Maurício Hasenclever Borges, diretor geral do 15º DRF, Francisco Augusto Pereira Desideri, chefe da Divisão de Construção/15, Alfredo Soubihe Neto, diretor de Engenharia Rodoviária/DNER, Genésio Bernardino de Souza, diretor geral do DNER, e DM Construtora de Obras, CNPJ 76.483.726/0001-94, empreiteira contratada.

HISTÓRICO

2. A instrução da Secob, itens 169 a 180 (peça 4, p. 54-57) ressaltou que a empresa DM Construtora de Obras Ltda. fora contratada em 28/7/1999 para a realização de serviços emergenciais na rodovia BR-010/MA, trecho Divisa TO/MA-Divisa MA/PA, segmento km 307,14-307,65 (travessia do corpo estradal sobre o rio Perdidos), subtrecho entrada BR-222 (B) (Açailândia, km 289,20) - Div. MA/PA-Itinga, por meio do Contrato PG-141/1999, no valor de R\$ 3.295.368,38,

com data-base dos preços contratados de março de 1999 e taxa de BDI de 40,0%.

3. A auditoria realizada pela Secex/MA constatou a ocorrência de preços unitários da empresa contratada superiores aos preços unitários do Sicro, e caracterizou o débito como a diferença entre os preços contratuais e os de composição de custos Sicro resultantes de metodologia aplicada pela Secob, no valor original de R\$ 434.364,87 (peça 5, p. 12-13), conforme quadro abaixo:

Nota Fiscal			Débito (R\$)
Número	Valor (R\$)	Data de pagamento	
004007	290.169,60	28/12/1999	960,00
004008	151.563,28	28/12/1999	66.680,72
004009	740.395,52	19/1/2000	72.608,86
004010	823.458,80	19/1/2000	127.521,90
004015	301.602,64	19/1/2000	158.539,18
004028	245.490,04	19/1/2000	8.054,21

4. O Acórdão 2948/2011-TCU-Plenário (peça 2, p. 35-38), determinou a instauração de tomadas de contas especiais oriundas de apartados do TC 005.741/2002-0, para os contratos vistoriados, entre eles o PG-141/1999, tratado nestes autos, promovendo as citações e audiências conforme instrução da Secex/MA e da Secob (peças 4 e 5).

5. A instrução inicial desta tomada de contas especial (peça 21), tendo em vista registro acerca da morte do responsável Genésio Bernardino de Souza (peça 18, p. 4), propôs diligência ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) no intuito de obter informações sobre o seu inventário. Sem saneamento, a instrução à peça 27 propôs nova diligência, desta feita ao Sr. Genésio Bernardino de Souza Filho, filho de Genésio Bernardino de Souza, não atendida.

6. A instrução à peça 36 observou que no TC 006.653/2000-4 fora utilizada prova emprestada do TC 022.870/2011-3, cobrança executiva, no qual o TJMG enviara mensagem eletrônica informando o nome da inventariante do espólio de Genésio Bernardino de Souza. Da mesma forma, utilizou-se dessas informações para sanear estes autos, que informam ser a Sra. Lorena de Souza Mascarenhas, CPF 203.347.966-87, a inventariante do espólio de Genésio Bernardino de Souza (peças 34 e 35).

7. Saneados os autos, a instrução à peça 36 propôs a citação dos responsáveis, que, após manifestação da unidade técnica (peça 37), foram feitas conforme quadro abaixo, depois das renovações propostas na instrução anterior (peça 82) e autorizadas à peça 83.

Responsável	Citação	Recebido/Publicado em	Situação atual
Alfredo Soubihe Neto	Ofício 951, de 23/3/2015 (peça 40)	5/5/2015 (peça 60)	O responsável solicitou e obteve autorização para obter cópia do processo na Secex/GO (peças 47 e 55), solicitou prorrogação de defesa (peça 47) e juntou procuração constituindo como seu representante o Adv. Leonardo Lacerda Jubé, OAB/GO 26903, que solicitou cópia dos autos (peça 71).
Antônio Máximo da Silva Filho	Ofício 952, de 23/3/2015 (peça 41)	-----	O ofício não foi entregue, tendo sido devolvido com a informação de 'mudou-se' (peças 51 e 67).
	Ofício 3086, de 14/10/2015 (peça 86)	3/11/2015 (peça 87)	O responsável tomou ciência na secretaria de controle externo do Maranhão, após não ter sido localizado no endereço constante do

			<i>ofício, deixando seu telefone e novo endereço (peça 89) e apresentou suas alegações de defesa tempestivamente em 11/11/2015 (peça 109).</i>
<i>DM Construtora de Obras Ltda.</i>	<i>Ofício 953, de 23/3/2015 (peça 42)</i>	<i>5/5/2015 (peça 59)</i>	<i>A empresa constituiu como representante o Adv. Roger Santos Ferreira, OAB/PR 29960 (peça 53), que solicitou vista e cópia do processo e obteve autorização para recebimento da documentação na SECEX-PR (peças 54 e 56), e apresentou as devidas alegações de defesa em 20/5/2015, tempestivamente (peça 64).</i>
<i>Francisco Augusto Pereira Desideri</i>	<i>Ofício 954, de 23/3/2015 (peça 43)</i>	<i>5/5/2015 (peça 57)</i>	<i>O responsável solicitou e obteve autorização para recebimento de cópia integral dos autos na sala dos advogados em Brasília (peças 49 e 55) e prorrogação do prazo de defesa em sessenta dias (peça 50).</i>
<i>Genésio Bernardino de Souza (espólio)</i>	<i>Ofício 955, de 23/3/2015 (peça 44)</i>	<i>-----</i>	<i>Os ofícios não foram entregues à representante do espólio, tendo sido devolvidos com a informação de 'mudou-se' (peças 46, 61, 90 e 106).</i>
	<i>Ofício 3087, de 14/10/2015 (peça 84)</i>	<i>-----</i>	
	<i>Ofício 2673, de 20/10/2016 (peça 105)</i>	<i>-----</i>	
	<i>Ofício 26, de 12/1/2016 (peça 94)</i>	<i>-----</i>	<i>Os ofícios foram devolvidos por insuficiência dos endereços obtidos no Sistema CPF/SRF/MR, no 102 Busca e no Telelista.net ou por ser desconhecida no local (peças 91, 96, 97, 98, 99, 102 e 103).</i>
	<i>Ofício 2329, de 31/8/2016 (peça 101)</i>		
	<i>Edital 114, de 6/12/2016 (peça 107)</i>	<i>23/12/2016 (peça 108)</i>	<i>O responsável não se manifestou.</i>
<i>Gerardo de Freitas Fernandes</i>	<i>Ofício 956, de 23/3/2015 (peça 39)</i>	<i>5/5/2015 (peça 65)</i>	<i>O responsável solicitou e obteve cópia integral dos autos (peças 62, 62 e 69), solicitou prorrogação de prazo em trinta dias (peça 68) e apresentou tempestivamente suas alegações de defesa às peças 72 a 77.</i>
<i>Leônidas Soriano Caldas Neto</i>	<i>Ofício 957, de 23/3/2015 (peça 45)</i>	<i>-----</i>	<i>O ofício foi devolvido com a informação de que não existe o número indicado (peças 52 e 66).</i>
	<i>Ofício 3085, de 14/10/2015 (peça 85)</i>	<i>-----</i>	<i>O termo de tentativa de entrega registra a não localização do responsável (peça 88).</i>
	<i>Edital 7, de 12/1/2016 (peça 93)</i>	<i>5/2/2016 (peça 95)</i>	<i>O responsável não se manifestou.</i>
<i>Maurício Hasenclever Borges</i>	<i>Ofício 957, de 23/3/2015 (peça 38)</i>	<i>5/5/2015 (peça 58)</i>	<i>O responsável solicitou prorrogação de prazo em sessenta dias (peça 70).</i>

8. A empresa DM Construtora de Obras Ltda. outorgou poderes de representação ao

Adv. Roger Santos Ferreira, OAB/PR 29960 (peça 53), que apresentou tempestivamente suas alegações de defesa à peça 64. Da mesma forma o Sr. Gerardo de Freitas Fernandes apresentou tempestivamente seus argumentos de defesa que compõem a peça 72, com anexos às peças 73 a 77.

9. O Sr. Antônio Máximo da Silva Filho compareceu espontaneamente a esta unidade técnica, tendo tomado conhecimento dos fatos na forma do disposto no art. 179, § 4º, do RI/TCU, e apresentou tempestivamente suas alegações de defesa que ora foram juntadas aos autos à peça 109 (cópia da peça 176 do TC 005.741/2002-0).

10. Os Srs. Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri e Mauricio Hasenclever Borges foram devidamente citados e solicitaram prorrogação do prazo, sem terem apresentado suas devidas alegações de defesa, apesar do tempo decorrido. Ressalta-se que a prorrogação de prazo independe de notificação da parte, segundo art. 183, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU. O primeiro constituiu o Adv. Leonardo Lacerda Jubé, OAB/GO 26903, como seu representante legal (peça 48).

11. O espólio do Sr. Genésio Bernardino de Souza, pela inventariante Lorena de Souza Mascarenhas, como também o Sr. Leônidas Soriano Caldas Neto, foram citados via edital, após esgotadas as tentativas de citação via ofício, conforme demonstrado no quadro acima, e na forma autorizada nos despachos da unidade técnica às peças 92 e 104.

EXAME TÉCNICO

12. Devidamente citados todos os responsáveis, passa-se à análise das alegações de defesa apresentadas pelo advogado da empresa DM Construtora de Obras Ltda., do escritório Roger Santos Ferreira Advocacia e Consultoria Jurídica, e pelos Srs. Gerardo de Freitas Fernandes e Antônio Máximo da Silva Filho.

13. Apesar de os demais responsáveis solidários terem sido devidamente citados, como demonstrado acima, não atenderam ao chamado deste Tribunal e não se manifestaram quanto à irregularidade tratada nesta tomada de contas especial. Ressalva-se que os argumentos de defesa apresentados pela DM Construtora de Obras Ltda., Sr. Gerardo de Freitas Fernandes e pelo Sr. Antônio Máximo da Silva Filho serão a eles aproveitados no que couber.

14. Transcorrido o prazo regimental fixado e mantendo-se inertes os Srs. Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Mauricio Hasenclever Borges, Leônidas Soriano Caldas Neto e o espólio do Sr. Genésio Bernardino de Souza, impõe-se que sejam considerados revéis, dando-se prosseguimento ao processo, de acordo com o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992.

ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA

I. Preços unitários da empresa contratada superiores aos preços unitários do Sicro, levando a um acréscimo no valor do contrato.

I.1. Situação encontrada:

15. Foi constatado em fiscalização do TCU diferença entre os preços contratuais e os de composição de custos Sicro resultantes de metodologia aplicada pela Secob, no valor original de R\$ 434.364,87, conforme quadro abaixo, no Contrato PG-141/1999, no valor de R\$ 3.295.368,38 (data-base dos preços contratados de março de 1999 e taxa de BDI de 40,0%), firmado com a empresa DM Construtora de Obras Ltda. em 28/7/1999 para a realização de serviços emergenciais na rodovia BR-010/MA, trecho Divisa TO/MA-Divisa MA/PA, segmento km 307,14-307,65 (travessia do corpo estradal sobre o rio Perdidos), subtrecho entrada BR-222 (B) (Açailândia, km 289,20)-Div. MA/PA-Itinga.

<i>Nota Fiscal</i>			<i>Débito (R\$)</i>
<i>Número</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data de pagamento</i>	
<i>004007</i>	<i>290.169,60</i>	<i>28/12/1999</i>	<i>960,00</i>

004008	151.563,28	28/12/1999	66.680,72
004009	740.395,52	19/1/2000	72.608,86
004010	823.458,80	19/1/2000	127.521,90
004015	301.602,64	19/1/2000	158.539,18
004028	245.490,04	19/1/2000	8.054,21

16. Para a confirmação da existência de sobrepreço foram utilizadas as tabelas de preços e composições de preço unitário do Sicro 1 para a região Nordeste no mês de março de 1999, data-base da proposta da construtora contratada.

I.2. Objeto: Contrato PG-141/1999.

I.3. Critérios: art. 44, § 3º, da Lei 8.666/1993.

I.4. Evidência: Acórdão 2948/2011-TCU-Plenário, prolatado no processo originário TC 005.741/2002-0 (peça 2, p. 35-38); relatório da Secob (peça 4).

I.5. Efeitos: descumprimento de normativos e débito nas quantias de R\$ 67.640,72 e R\$ 366.724,15, a contar respectivamente de 28/12/1999 e 19/1/2000.

I.6. Responsáveis solidários: Leônidas Soriano Caldas Neto, chefe do 15º DRF; Gerardo de Freitas Fernandes, chefe do S.V. Engenharia Rodoviária/15, que elaborou o orçamento de serviços e opinou pela aprovação da proposta da empresa; Antônio Máximo da Silva Filho, chefe do St. M.R./15, coautor do orçamento de serviços; Maurício Hasenclever Borges, diretor-geral do 15º DRF, que ratificou a dispensa e autorizou a contratação da empresa; Francisco Augusto Pereira Desideri, chefe da Divisão de Construção/15, que aceitou e tramitou a proposta da empresa; Alfredo Soubihe Neto, diretor de Engenharia Rodoviária/DNER, que aceitou a proposta da empresa e solicitou a aprovação pelo Conselho Administrativo do DNER; Genésio Bernardino de Souza, diretor-geral do DNER, que aprovou o contrato com a empresa e DM Construtora de Obras Ltda., CNPJ 76.483.726/0001-94, empreiteira contratada.

I.7. Argumentos de defesa apresentados pelo advogado da DM Construtora de Obras Ltda. (peça 64)

17. O representante da empresa alega que, em 11/3/1999, o DNER entregou a preposto da construtora convocação para que fosse apresentada proposta para a execução, em 150 dias, de obras e serviços de restauração no subtrecho Açailândia-Divisa MA/PA, do trecho Divisa TO/MA – Divisa MA/PA, consignando que o valor global constante do orçamento estimativo elaborado pelo órgão não poderia ser ultrapassado.

18. Afirma que, em 19/3/1999, a construtora apresentou sua proposta com todas as instruções dadas pelo DNER e com o demonstrativo anexo de composição do preço unitário de cada uma das atividades a serem realizadas, tendo sido constatada a existência de preços unitários acima e abaixo da tabela Sicro/DNER; e salienta que o preço global da proposta da DM era inferior ao preço estimado pelo DNER, atendendo, assim, a condição fixada no instrumento de convocação, o que não causou prejuízo ao erário.

19. Continua afirmando que a proposta da empresa foi submetida aos órgãos de aprovação do DNER e admitida, com contrato celebrado em 28/7/1999 (para ser executado em 180 dias) e finalizado em 20/3/2000, portanto, há mais de quatorze anos da data em que a construtora contratada foi citada para apresentar sua defesa (6/5/2015), lapso temporal que impede o exercício completo e suficiente da ampla defesa e do contraditório, já que, como exemplo, os empregados que elaboraram a proposta contratada e participaram da execução do seu objeto não integram mais os quadros da DM e os documentos relativos à contratação já foram descartados, caso que incide na prescrição da pretensão reparatória contra a empresa, preliminar alegada na defesa, e que conduz ao trancamento e ao arquivamento da presente tomada de contas especial.

20. A empresa, por seu advogado, alega que não recebeu um centavo que não lhe fosse devido, razão pela qual não pode ser obrigada a restituir valores que corresponderiam a diminuição à força e de forma unilateral do valor da proposta aprovada, não sendo obrigada a realizar os serviços contratados por valores diferentes dos ofertados ao DNER.

21. Também como preliminar, a construtora alega a ausência de competência do TCU em relação à DM Construtora de Obras Ltda., visto que, para julgar fatos praticados por terceiros é indispensável a demonstração de que agiu com dolo ou má-fé e provocou danos ao patrimônio público e a empresa não causou prejuízo à Administração Pública, pois o que fez foi apresentar sua proposta de acordo com as orientações fixadas pelo DNER, órgão que definiu o preços unitários a serem utilizados como referencial para a elaboração da proposta, e, conseqüentemente, o preço máximo que autorizaria a contratação, não tendo participado da elaboração do orçamento estimativo da entidade e que estabeleceu as balizas da contratação.

22. Outra preliminar foi abordada, a de que a interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição, que dispõe que os prejuízos causados ao erário público decorrentes de atos ilícitos praticados por agentes públicos seriam imprescritíveis, não pode ter a sua hipótese de incidência ampliada para atingir situações e pessoas que estão fora da norma, o que ocorre com a DM Construtora de Obras Ltda.

23. Especificamente sobre a irregularidade em comento, alega a ausência de sobrepreço porque preço de mercado não corresponde simplesmente àquele fixado em cadastros mantidos pelo poder público, mas sim à média dos preços praticados pelos estabelecimentos formais em situação regular com as fazendas públicas, com a seguridade social e com o FGTS; e afirma que os preços cobrados pela construtora não foram comparados aos praticados por outros estabelecimentos em situação regular, razão pela qual não se pode afirmar que houve sobrepreço. Alega ainda que nem foram verificados os preços praticados pelo DNER em outras contratações realizadas pelo órgão e que serviram de base para a formação do orçamento; que na data da contratação não havia norma jurídica que obrigasse o particular a prestar os seus serviços pelo preço fixado em registros públicos, que poderia à época ter se recusado a realizar as obras pelos valores apurados na fiscalização, e que o DNER na análise da proposta reconheceu que a tabela Sicro não refletia o preço de mercado.

24. Alega por fim que a simples contratação de preços unitários acima do valor de mercado não é vedada, já que o fundamental para a análise da desvantagem aos cofres públicos é o valor global da contratação, ressaltando que o suposto sobrepreço está relacionado a apenas uma parte que compõe o todo contratado (30,04%), visto que grande parte dos serviços não puderam ter seus preços unitários avaliados por não se encontrarem na tabela Sicro 1, restando evidente a ausência de lesão ao erário.

25. O representante da empresa contextualiza que, se os preços unitários não analisados estivessem abaixo de mercado e com descontos em valor equivalente a apenas 20% do total, a DM passaria a ser credora da União e não devedora, e afirma que foi encontrado em dois serviços examinados (compactação de aterros e plantação de grama em placas), preço inferior ao Sicro com percentuais de desconto de 6% e 45,21%. Em consequência, deduz que não se pode imputar débito sem a análise do contrato integralmente e não de apenas 30% dos serviços realizados, já que é prática das empreiteiras compensar um preço superior por preços inferiores aos de mercado, restando o equilíbrio do preço global do contrato, e saliente que há presunção de preços da contratada em valores iguais ou inferiores aos de mercado.

26. A empresa alega que não pode ser compelida, anos após a contratação e a conclusão da obra, a restituir valor aproximado ao contrato por suposta irregularidade na composição de preços, fato que fere o direito de propriedade, a boa-fé e a segurança jurídica. E lembra que o art. 59 da Lei 8.666/1993 garante ao contratado o direito de receber de acordo com o ajustado por aquilo

que executou, até mesmo quando o contrato tenha sido atingido por vício de nulidade, salvo se tiver agido de má-fé, o que em nenhum momento foi cogitado nestes autos.

27. E, por fim, requer que, caso o Tribunal entenda de forma diferente, os acessórios incidentes sobre o valor principal do débito somente devem ser incluídos a partir da data da citação.

I.8. Análise:

28. Começa-se a análise pelas três preliminares levantadas. A primeira diz respeito ao lapso temporal entre o fato gerador e a citação da empresa, capaz de impedir o pleno exercício de defesa da contratada pelo descarte de documentos relacionados aos serviços e pela saída do quadro de pessoal de empregados que trabalharam na elaboração da proposta e na execução dos serviços.

29. Conforme se extrai dos autos, o fato gerador da irregularidade tratada nesta TCE é a elaboração e a aprovação da proposta orçamentária para a execução dos serviços. A elaboração, de responsabilidade da empresa, ocorreu em 19/3/1999, e a planilha de preços sofreu alterações de serviços em 21/5/1999. No entanto, somente em 5/5/2015 que a empresa foi citada por este Tribunal, passados mais de dez anos da ocorrência do dano.

30. Entretanto, o transcurso do lapso de dez anos para dispensa de instauração da tomada de contas especial, nos termos do art. 6º, inciso II, c/c o art. 19 da IN/TCU 71/2012, alterada pela IN/TCU 76/2016, apesar de admitido em tese, precisa ser avaliado em confronto com os elementos disponíveis em cada caso, com o objetivo de verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

31. No presente caso, verifica-se que há, de fato, possibilidade de reconstituição do quadro que sustenta a imputação de débito à responsável, visto que estão acostadas aos autos as evidências necessárias a serem contestadas, isto é, as propostas apresentadas pela empresa com as planilhas de preços unitários ofertados (peça 6, p. 39-40 e peça 7, p. 8-9), as composições de custo do Sicro que fundamentaram o débito, como também as análises da Secex/MA e da Secob que apontam para a existência de sobrepreço, cabendo à responsável apenas a justificativa para a irregularidade, que permitem concluir pela possibilidade do exercício do direito de defesa. Portanto, resta clara a existência de elementos capazes de elidir suposto comprometimento ao exercício do direito de defesa em face do longo tempo decorrido entre os fatos e a instauração desta tomada de contas especial.

32. Em casos semelhantes, nos quais resta evidenciada ausência de prejuízo ao direito de defesa, a jurisprudência desta Corte tem reiterado que o art. 6º, inciso II, c/c o art. 19 da IN/TCU 71/2012 não tem aplicação automática em face do simples transcurso do prazo de dez anos da citação, preponderando a imputação de débito caso demonstrada a ausência de prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa (Acórdãos 2.511/2015-Plenário, 2.630/2015-2ª Câmara, 3.535/2015-2ª Câmara, 9.570/2015-2ª Câmara, 444/2016-2ª Câmara e 2.024/2016-2ª Câmara, dentre outros).

33. Essa linha de entendimento resguarda o reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme enunciado da Súmula de jurisprudência 282 deste Tribunal, exarada em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no bojo do Mandado de Segurança 26.210/DF, DOU de 10/10/2008.

34. É importante ressaltar que a DM foi citada no TC 028.336/2014-3, TCE, e apresentou argumentos que foram analisados pela SeinfraUrbana e não acatados, resultando na sua responsabilização solidária no débito do Acórdão 302/2017-TCU-Plenário. Na alegação de impossibilidade de restituição da documentação e de provas por ter se passado mais de dez anos do evento foi considerado ainda o fato abaixo, transcrito do relatório.

‘Ademais, mesmo que se reconhecesse que a empresa estava desincumbida do guardo dos documentos específicos do objeto aqui tratado, há de se convergir em que muitos deles são técnicos e as empresas normalmente os guardam como acumulação de experiência, usando-os

como referências e parâmetros para projetos posteriores. Estes são os casos, por exemplo, dos projetos estruturais e composições de custos. Mesmo que não se guardem os valores específicos praticados em cada contrato, os critérios de projeto, os índices de produtividade, tecnologias empregadas e as composições de custos normalmente são mantidos.'

35. Além disso, a empresa apresentou as devidas alegações de defesa, abordando plenamente a irregularidade em comento, que ora está sendo analisada, o que não caracteriza prejuízo à ampla defesa.

36. Por outro lado, vislumbra-se no caso a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU, segundo entendimento consubstanciado no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que decidiu o incidente de uniformização de jurisprudência sobre a matéria, a ser aferida em cada processo independentemente de alegação da parte, uma vez que o fato gerador remonta ao exercício financeiro de 1999 e a promoção da citação dos responsáveis neste processo foi ordenada 9/11/2011, pelo item 9.1 do Acórdão 2948/2011-TCU-Plenário (peça 2, p. 35-38), ultrapassando, portanto, o prazo decenal de prescrição adotado por esta Corte de Contas, subordinando-se ao prazo geral de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 186 do Código Civil, e interrompido pelo ato que ordenar a citação, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil. Desta forma, o TCU não pode decidir pela aplicação de multa ou declaração de inidoneidade da empresa.

37. Sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento, segunda preliminar abordada pela DM, não pode ser aceita tendo em vista que a questão foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado no âmbito desta Corte de Contas, julgado pelo Acórdão 2.709/2008-Plenário, que firmou o entendimento segundo o qual são imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos causados ao erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, em consonância com o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, exarado em sede de Mandado de Segurança (MS 26.210-9/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

38. No tocante à competência do TCU para com a empresa, terceira preliminar trazida aos autos pela DM, conforme se extrai dos autos, a empresa concorreu para a ocorrência do débito, uma vez que elaborou e apresentou proposta com preços unitários superiores aos preços da tabela Sicro.

39. O art. 71, inciso II, da Constituição dispõe sobre a competência do TCU de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, como também daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. No mesmo sentido o art. 8º da Lei 8443/1992. Segundo os artigos 4º e 5º da referida lei, esta Corte de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, abrangendo todos os responsáveis pela aplicação de recursos federais. Já o § 2º do seu art. 16 determina que deve o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular, e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. No caso em tela, em que a DM assumiu a obrigação de executar serviços pagos com recursos públicos federais, resta claro que a empresa é o terceiro mencionado no § 2º do artigo 16 da Lei 8.443/1992.

40. Nesse sentido, a jurisprudência consolidada aponta que o TCU, quando do julgamento pela irregularidade das contas de determinado responsável, pode fixar, quanto ao débito apurado, a responsabilidade solidária de agente privado que haja concorrido para o dano (Acórdãos 2.262/2015-Plenário, 2.781/2015-1ª Câmara, 3.099/2015-1ª Câmara e 3.433/2015-1ª Câmara, 6.412/2015-2ª Câmara, 8.670/2015-2ª Câmara, 8.922/2015-2ª Câmara). Dessa forma, ante as informações contidas nos autos, o TCU é competente para condenar de forma solidária a empresa DM Construtora de Obras Ltda., nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992.

41. Como exposto acima, não cabe razão à empresa quanto aos argumentos apresentados em sede preliminar, ressaltando-se, porém, a incidência da prescrição da pretensão punitiva do TCU a ela.

42. Quanto ao mérito, destaca-se inicialmente que a DM Construtora de Obras Ltda. foi convocada em ofício datado de 11/3/1999 para apresentar proposta de preços para execução de obras e serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal, construção de obras de arte correntes, pavimentação, drenagem e sinalização para restabelecer a segurança de tráfego (peça 6, p. 44-45) e apresentou ao então DNER em 19/3/1999 os documentos à peça 6, p. 49-52 e peça 7, p. 1-51 e peça 8, p. 1-6, constituídos de procuração do signatário, carta proposta, quadro resumo de preços, planilha de quantidades e preços unitários, demonstrativo da taxa de encargos sociais, planilha de composição de preços unitários e demonstração da taxa de bonificação e despesas indiretas, no valor de R\$ 2.671.984,67

43. Em 18/5/1999 apresentou ofício ao DNER (peça 8, p. 31) informando que contratara a Empresa de Consultoria Maia Melo Engenharia Ltda. para elaborar projeto de engenharia para a definitiva solução dos problemas locais, ocorrendo uma radical modificação na solução inicialmente proposta. E expôs que, face as características da obra, as peculiaridades locais, a distância de transporte de materiais e o apoio logístico, não poderia aceitar executar os trabalhos com preços unitários do Sicro, vistos que foram formulados para obras planejadas e executadas em circunstâncias normais, enquanto que a obra a ser contratada se revestia de caráter emergencial. E apresentou planilha de preços datada de 21/5/1999, com os acréscimos dos serviços dispostos no projeto de engenharia, elevando o valor da contratação para R\$ 3.609.921,36, valor pelo qual foi contratada em 28/7/1999 (peça 10, p. 14-17).

44. Pelo resumo acima observa-se que a empresa tinha consciência de que os preços unitários não estavam de acordo com a tabela Sicro. E a alegação de que isso era possível devido a execução de serviços em caráter emergencial não pode ser aceita, pois o fato em si não autoriza a prática de preços superiores ao de mercado, mas somente a contratação sem a prévia licitação.

45. No que diz respeito ao argumento de que o preço de mercado não corresponde, simplesmente, àquele que está fixado em cadastros mantidos pelo poder público, mas sim aquele que é cobrado por outros estabelecimentos em situação regular, a defesa não juntou aos autos orçamentos de outros estabelecimentos para comprovar sua assertiva. Além disso, o TCU adota como preço de mercado o da tabela Sicro, que somente pode ser afastado mediante justificativa técnica elaborada a demonstrar a necessidade de adoção de outro referencial.

46. Para analisar os argumentos relacionados ao uso do Sicro, considera-se o Voto do Ministro-Relator Vital do Rêgo, condutor do Acórdão 2850/2016-TCU-Plenário, proferido no TC 041.557/2012-3, outra tomada de contas especial decorrente do Acórdão 2948/2011-TCU-Plenário, no qual a empresa Planurb Planejamento e Construções Ltda. foi responsabilizada solidariamente pelo débito por fato similar ocorrido no Contrato PG 257/1996.

47. Foi mencionado pelo relator daqueles autos, sobre a quantificação do débito, que a Secob aplicou correções às composições referenciais utilizadas pelo DNER para considerar a singularidade da obra, como adoção do fator de eficiência de 0,90 nas composições do Sicro 1 relativas à restauração rodoviária, tendo em vista que à época não havia o Sicro 2, e efetivou compensação entre subpreços e sobrepreços (os preços de referência superiores aos contratados considerados com sinal negativo para serem considerados como crédito no valor final encontrado).

48. A não obrigatoriedade do uso do Sicro como referencial foi refutada naquele processo considerando que no ofício para convocação de proposta da empresa contratada fora destacado que os preços unitários adotados deveriam tomar como referencial os praticados pelo Sicro/DNER para obras e serviços de construção e conservação, caso também ocorrido nestes autos, conforme se

verifica no ofício à peça 6, p. 44-45. E o relator daqueles autos destacou ainda que, mesmo antes da prolação do Acórdão 267/2003-TCU-Plenário, que obrigou o uso do Sicro, muitas decisões tiveram por base as suas composições, como os Acórdãos Plenários 879/2001, 755/2001, 1.640/2002, 1.652/2002, 1.217/2002, e o Acórdão 580/2002-2ª Câmara.

49. Outro argumento trazido à análise de que vale o valor global da contratação (que foi inferior ao estimado pelo DNER) e não o unitário, também não pode ser acatado, visto que o Tribunal entende que os percentuais de sobrepreço devem ser calculados sobre o valor total de referência da amostra, isto é, sobre o preço total da amostra segundo os preços unitários de mercado; e que o sobrepreço unitário não é aceitável, ainda que a planilha orçamentária apresente preço global inferior aos referenciais adotados.

50. Esse entendimento também justifica o fato alegado de que a análise foi feita em cima de parte dos serviços, visto que a verificação, em muitos casos, é realizada de forma amostral, por impossibilidade de avaliação do todo, seja pela quantidade de itens ou pela falta de parâmetros, como foi o caso desta TCE.

51. A regra do art. 59 da Lei 8.666/1993 utilizada em sua defesa, ao contrário do alegado, imputa responsabilidade à empresa se ela deu causa ao prejuízo comprovado e que levou à declaração de nulidade do contrato administrativo. No presente caso, a consciente oferta de preços unitários superiores aos preços referenciais causa um prejuízo à administração imputável à empresa contratada.

52. Sobre a solicitação final de que os juros de mora incidam sobre o valor do débito a partir da data da citação, ao invés da data do fato gerador, como de costume, o Ministério Público perante o TCU, no processo similar TC 041.557/2012-3 acima já mencionado, considerou possível em razão de que o trâmite processual do relatório de fiscalização originário da TCE foi dilatado para a análise e quantificação do sobrepreço no contrato, e a auditoria realizada em 2002 somente veio a ser apreciada em 2011, sem que os responsáveis tenham contribuído para essa demora.

53. O Ministro Vital do Rêgo, Relator daquela TCE, em seu Voto, assim se posicionou sobre o assunto:

'Logo, no presente caso, proponho, em caráter excepcional, que seja considerada para fins de incidência de mora a data da citação válida dos responsáveis, ainda que sem previsão legal, pelo longo tempo transcorrido desde a ocorrência dos fatos até as suas condenações (quase dez anos), sem que tivessem concorrido para a demora no andamento processual. Saliento que medida idêntica foi adotada pelo TCU, por meio do Acórdão 2.718/2009-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, ao acompanhar sugestão do representante do Ministério Público junto ao Tribunal.'

54. Pelo acima exposto, os argumentos de defesa apresentados pela DM Construtora de Obras Ltda. não elidem a irregularidade tratada nesta TCE.

1.9. Argumentos de defesa apresentados por Gerardo de Freitas Fernandes (peças 72 a 77):

55. O responsável alega que em razão das fortes chuvas ocorridas em março de 1999 houve cheia fora do normal no rio Perdizes que cruza a BR 010/MA, onde ocorreram erosões, abatimentos e desmoronamento do corpo estradal e destruição de bueiro, e em razão disso foi realizada vistoria no local para identificar os serviços emergenciais a serem executados, bem como os quantitativos e valores unitários aplicados ao caso, tendo sido emitido Termo de Vistoria Local, documentação fotográfica e orçamento da obra no valor de R\$ 2.678.479,33, a preços Sicro/DNER-jan/1999 (peça 73).

56. Afirma que empresas convidadas apresentaram propostas e a de menor preço foi a da DM Construtora de Obras Ltda., no valor de R\$ 2.671.984,67; e que, em face da situação, foi

contratado um projeto com a empresa Maia Melo Engenharia Ltda., que apresentou orçamento de R\$ 3.295.368,37, com base no Sicro de março de 1999, diferente dos orçados por ele e por Antônio Máximo da Silva Filho, engenheiros do órgão, que tiveram como base o Sicro de janeiro de 1999.

57. Assim, ressalta que não teve o seu orçamento executado no projeto e nem analisou a proposta orçamentária apresentada pela empresa DM (peça 74), que teve o mesmo valor do projeto da empresa Maia Melo, aprovado e analisado pela Diretoria Rodoviária e Chefe do Distrito do DNER (peça 75).

58. O responsável solicita, portanto, o acolhimento de suas alegações de defesa com a exclusão de sua responsabilidade nos autos.

I.10. Análise:

59. O responsável assinou termo de vistoria datado de 11/3/1999 (peça 6, p. 35-38), anexando o orçamento referencial de custos a preços de janeiro de 1999 obtido no Sicro/DNER, com valor global estimado em R\$ 2.678.479,33 (peça 6, p. 39-40).

60. Antes da aprovação da contratação, a empresa apresentou nova planilha de preços unitários (peça 8, p. 36-37), agregando serviços necessários à solução definitiva do problema da rodovia constantes do projeto de engenharia elaborado pela empresa Maia Melo, com valor global de R\$ 3.609.921,66 (peça 8, p. 31-32). Essa nova proposta foi aprovada e o contrato foi celebrado.

61. De fato, como afirma o responsável, o orçamento estimativo por ele elaborado diverge das planilhas de preços apresentadas pela DM. A sua planilha de quantidades e preços unitários, com referência a janeiro de 1999 e valor global de R\$ 2.678.479,33 (peça 6, p. 39-40), não foi mantida pela empresa contratada, que apresentou preços unitários diferentes a todos os itens de serviço na primeira planilha com valor global de R\$ 2.671.984,67, mantidos na segunda planilha com valor global de R\$ 3.609.921,66, que foi aprovada e contratada pelo DNER com o acréscimo dos serviços após elaboração do projeto de engenharia pela empresa Maia Melo.

62. Em 22/3/1999 o responsável examinou a primeira proposta da DM Construtora de Obras Ltda., apresentada em 19/3/1999 (peça 7, p. 8-9), no valor global de R\$ 2.671.984,67 e assim registrou:

'A análise das planilhas de composições de preços unitários permite concluir que os coeficientes de utilização de equipamentos, mão de obra, materiais, custos dos insumos e distâncias de transporte, estão coerentes com os parâmetros aceitos e praticados pelo DNER na região; assim como não afastam-se substantivamente dos preços referenciais do SICRO/DNER relativos a janeiro de 1999.'

63. Pelo acima transcrito, verifica-se que a sua análise considerou os preços apropriados em relação ao referencial Sicro, tendo também destacado alguns itens com preços inferiores à tabela. Em relação aos preços superiores, na mesma análise destacou que as quantidades a executar eram relativamente pequenas, as distâncias de transportes eram grandes, e o preço unitário de demolição de dispositivos de concreto constante no Sicro não condizia com a realidade. Ao final, opinou pela aceitação dos preços propostos, adjudicação da obra à empresa pelo valor global de R\$ 2.671.984,67 e encaminhamento do processo à apreciação superior.

64. Entretanto, comparando-se as duas planilhas apresentadas pela DM, a primeira no valor de R\$ 2.671.984,67 e a segunda, no valor de R\$ 3.609.921,66, verifica-se que a diferença está no acréscimo de serviços, em sua maioria do item drenagem. Os preços unitários dos serviços inicialmente apresentados, porém, não foram alterados, permanecendo os mesmos na segunda planilha, à exceção de dois itens (escavação e carga de material de 1ª categoria e boca de bueiro triplo tubular metálico).

65. Os itens analisados com sobrepreço pelo TCU assim se comportaram nas duas planilhas da DM.

Item	Preço unitário da planilha de 19/3/1999 (R\$)	Preço unitário da planilha de 21/5/1999 (R\$)
Escavação e carga material de 1ª categoria	1,32	1,96
Momento de transporte	0,61	0,61
Expurgo de jazida	1,12	1,12
Sarjeta de concreto moldada 'in loco'	26,36	26,36
Meio fio de concreto (serviço acrescido)	-----	13,10
Descida d'água em calha de concreto	63,62	63,62
Demolição manual parcial de dispositivos de concreto (serviço acrescido)	-----	75,99
Regularização do subleito	0,39	0,39
Sub-base estabilizada granulometricamente s/ mistura	19,36	19,36
Imprimação	0,90	0,90
Pintura de ligação	0,38	0,38
CBUQ	139,58	139,58

66. Assim, apesar de não ter opinado na segunda planilha da DM, os preços analisados pelo responsável na primeira planilha e considerados coerentes com o referencial foram aqueles contratados. A análise da proposta da DM acima destacada e transcrita deixa claro que a planilha de preços unitários da DM foi analisada e aprovada pelo responsável.

67. Sobre a alegação de que não teve seu orçamento executado, entende-se que, de fato, sua planilha estimativa de preços não foi referendada pela DM Construtora de Obras Ltda. Mas a planilha apresentada pela empresa foi analisada pelo responsável e aprovada. E essa primeira planilha foi executada, visto que a segunda planilha praticamente apenas acresceu serviços do projeto de engenharia, como demonstrado acima.

68. Também não assiste razão ao responsável quando alega que não analisou e aprovou a proposta da DM, visto que, apesar de não ter analisado a segunda planilha com os serviços acrescidos, o responsável analisou e aprovou os itens destacados acima constantes da primeira planilha e que se repetiram na segunda planilha.

69. Assim, o Sr. Gerardo de Freitas Fernandes, chefe do S.V. Engenharia Rodoviária/15, que foi responsabilizado nesta TCE pela conduta de ter elaborado orçamento de serviços e opinado pela aprovação da proposta da empresa, não pode ser responsabilizado pela elaboração do orçamento de serviços, visto os preços unitários de sua estimativa de custos com referência a janeiro de 1999 não foram mantidos na planilha orçamentária da DM, mas é responsável pela conduta de ter analisado e opinado pela aprovação da proposta da empresa com preços unitários superiores ao Sicro.

I.10. Argumentos de defesa apresentados por Antônio Máximo da Silva Filho (peça 109):

70. O responsável alega que as obras em caráter emergencial eram absolutamente necessárias e impostergáveis como enfatizara o engenheiro Gerardo de Freitas Fernandes em seu primeiro termo ou relatório de vistoria técnica datado de 16/10/1998; e que o período invernos do primeiro bimestre de 1999 agravou a situação e provocou total interdição de tráfego. Por isso o extinto DNER viu-se obrigado a utilizar o procedimento de dispensa de licitação e a vistoria técnica realizada em março de 1999 destacou a necessidade de construção imediata de aterros para desvio de tráfego para restabelecer o fluxo normal e permitir a imediata execução de dois bueiros metálicos com o objetivo de desviar o curso do rio de forma a permitir a execução dos trabalhos subsequentes.

71. Alega que, emitido o segundo termo de vistoria em março de 1999, foi feita uma estimativa orçamentária preliminar de R\$ 2.678.479,33, utilizando os preços unitários do Sicro 1 de janeiro de 1999; convocadas as empresas, a de menor preço ofertado foi a DM Construtora de Obras Ltda., no valor de R\$ 2.671.984,67.

72. Afirma que, enquanto a empresa contratada estava dando andamento nos serviços, o DNER enviou no início de abril de 1999 engenheiro para vistoriar o local, verificar a magnitude dos danos e sugerir solução definitiva para sanear os problemas locais. Em consequência o DNER solicitou à DM a elaboração de projeto de engenharia para a definitiva solução dos problemas locais e a empresa, não sendo projetista, contratou a Maia Melo Engenharia Ltda. para elaboração de projeto executivo da obra, que foi orçado em R\$ 3.295.368,38.

73. Essa proposta de preços foi apresentada e aprovada pelo DNER em 24/5/1999, com preços de maio de 1999, diferente do que foi apontado pelo TCU (valor de R\$ 2.671.984,67 a preços de março de 1999). O responsável alega que a comparação de preços da proposta com o Sicro utilizou-se da primeira proposta, como se ela tivesse sido validade e concorrido para o valor contratado.

74. Alega também a análise de sobrepreço ignorou doze itens da análise por não constarem do Sicro 1, sem verificar a justeza dos preços praticados em consulta a Divisão de Construção ou junto a fornecedores; e que os fatos inquinados no presente processo ocorreram em 1999, numa época de transição e franca reestruturação do sistema de custos que não vinha demonstrando a confiabilidade necessária.

75. Afirma que não foi responsável pelo orçamento estimado e executado pela empresa contratada, não tendo estipulado o seu valor, e que o considera adequado à consecução de propósitos para a solução definitiva dos problemas. Ressalta ainda que o poder decisório da contratação esteve fora da alçada do 15º DRF.

I.11. Análise:

76. Quanto à proposta aprovada ter referência a preços de maio de 1999 e não ter sido a apresentada em 19/3/1999, a alegação também foi apresentada pelo Sr. Gerardo de Freitas Fernandes e foi analisada acima. Em resumo, não consta da planilha da DM de 21/5/1999 que os preços de referência eram de maio de 1999 e que, apesar do TCU utilizar preços de março de 1999, ela não alterou os preços unitários constantes da primeira planilha datada de março de 1999. Além disso, apesar dessa planilha no valor global de R\$ 2.671.984,67 não ter sido a aprovada pelo DNER, os preços unitários dos serviços foram os mesmos daqueles apresentados na segunda planilha da DM, no valor global de R\$ 3.295.368,38.

77. Em relação à análise de sobrepreço de apenas doze itens da planilha, baseado apenas na tabela Sicro, não confiável, e sem a averiguação de preços de fornecedores, tais argumentos também foram apresentados pela empresa DM Construtora de Obras Ltda. e acima analisados. Em suma, não deve prosperar por ser a análise do TCU amostral, não tendo prejudicado as partes e por se utilizar como sistema referencial o Sicro, com a análise de sobrepreço feita com as devidas considerações das peculiaridades devidas.

78. Por fim, em relação à alegação de que não foi responsável pelo orçamento executado pela empresa nem pela sua aprovação, entende-se cabível, tendo em vista que o Sr. Antônio Máximo as Silva Filho apenas elaborou o orçamento referencial estimativo de custos com a planilha de quantidades e preços unitários a preço referencial de janeiro de 1999 que serviu de base à contratação emergencial no valor de R\$ 2.678.479,33 (peça 6, p. 39-40), cujos preços unitários divergem daqueles apresentados nas planilhas da empresa contratada, conforme também visto acima nas alegações do Sr. Gerardo de Freitas Fernandes.

79. Considerando que o Sr. Antônio Máximo da Silva Filho, chefe do St. M.R./15, foi responsabilizado por ser coautor do orçamento de serviços; e considerando que o sobrepreço foi verificado nas planilhas da DM, com preços unitários diferentes daqueles apresentados na planilha do DNER por ele elaborada, não se pode responsabilizá-lo nestes autos.

I.12. Desfecho: rejeitam-se as alegações de defesa apresentadas pela DM Construtora de Obras Ltda., empreiteira contratada, por ter ofertado proposta com preços unitários superiores ao referencial Sicro adotado como parâmetro; acatam-se parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Gerardo de Freitas Fernandes, permanecendo a conduta irregular de analisar e opinar pela aprovação da proposta da empresa com preços unitários superiores ao Sicro; e acatam-se as alegações de defesa do Sr. Antônio Máximo da Silva Filho por não ter participado da cadeia de procedimentos que levaram à contratação com sobrepreço.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS DEMAIS ARROLADOS

80. Regularmente citados, os Srs. Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges e Leônidas Soriano Caldas Neto, como também o espólio do Sr. Genésio Bernardino de Souza, não compareceram aos autos, e nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, tornaram-se revéis.

81. A despeito da aplicação da revelia, devem ser considerados, no entanto, os elementos já constantes dos autos, os quais podem, inclusive, levar a um juízo favorável ao responsável revel. Deve-se observar que nos processos do TCU a revelia não implica a presunção de que sejam verdadeiras todas as imputações levantadas contra os responsáveis, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que o não comparecimento do réu nos autos leva à presunção da verdade dos fatos narrados pelo autor. Assim, independentemente da revelia, a avaliação da responsabilidade do agente nos processos desta Corte não prescinde dos elementos existentes nos autos ou para ele carreados, uma vez que são regidos pelo princípio da verdade material (Acórdãos 163/2015-TCU-2ª Câmara, 2.685/2015-TCU-2ª Câmara, 2.801/2015-TCU-1ª Câmara, 4.340/2015-TCU-1ª Câmara e 5.537/2015-TCU-1ª Câmara).

82. Nesse sentido, e considerando que processos similares excluíram a responsabilidade de alguns responsáveis inicialmente arrolados por não participarem da cadeia de aprovação do contrato, passa-se a análise da conduta dos demais responsáveis arrolados nestes autos.

83. O Sr. Leônidas Soriano Caldas Neto, chefe do 15º DRF/DNER, apenas consta dos autos encaminhando o processo ao Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER com o seguinte despacho datado de 23/3/1999 (peça 8, p. 9). Desta forma, não tem responsabilidade na irregularidade em análise.

‘Com o propósito a regularidade do tráfego e evitar maiores prejuízos e comprometimento da segurança dos usuários e maiores transtornos à economia regional, nos termos das prerrogativas legais e em face da necessidade de solução emergencial, informo a V.S.ª que DISPENSEI LICITAÇÃO e CONVOQUEI a empresa DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA por encontrar-se instalada nas proximidades, dispor de capacidade técnico-operacional e ter experiência em obras rodoviárias e estar prestando serviços ao DNER, a qual apresentou Proposta de Preços nas condições especificadas pelo DNER, tendo a mesma sido analisada e os preços considerados aceitáveis pelo Sv. Enge Rod/15º.

Os serviços previstos compreenderão terraplenagem (escavação de corta-rios, desmonte e recomposição de aterros, escavação de empréstimos e jazidas e compactação de aterros), obras de arte corrente (construção de bueiro triplo tubular metálico tipo TUNNER LINER com D = 1,80m por linha), reconstrução do pavimento de pista e acostamentos, drenagem superficial e sinalização.

Tal providência tem amparo legal no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, na alínea X, parágrafo 3º, do artigo 17 da norma CA/DNER 211/87 e no artigo 2º, § 10 da norma CA/DNER 264/91.

Atendidos os requisitos iniciais, submeto a apreciação de V.S.^a para as providências subsequentes.'

84. *Da mesma forma, o Sr. Maurício Hasenclever Borges, diretor geral do 15º DRF, atuou no processo ratificando a dispensa de licitação e autorizando a contratação direta da empresa (peça 8, p. 12); o Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri, chefe da Divisão de Construção/15, somente aceitou e tramitou à Diretoria de Engenharia Rodoviária a proposta da empresa (peça 8, p. 20); e o Sr. Alfredo Soubihe Neto, diretor de Engenharia Rodoviária/DNER, que aceitou a proposta da empresa e solicitou a aprovação pelo Conselho Administrativo do DNER (peça 8, p. 22).*

85. *O Sr. Genésio Bernardino de Souza, diretor geral do DNER, por sua vez, aprovou a contratação emergencial da empresa em 9/6/1999, na forma do despacho abaixo transcrito (peça 9, p. 50):*

'Trata o presente processo da contratação emergencial, com base no art. 26 e no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, da empresa DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, para realização de serviços emergenciais na Rodovia BR-010/MA, trecho Div. TO/MA — Div. MA/PA ; subtrecho entr. BR-222(B)(Açailândia)(Km 289,20) — Div. MA/PA(Itinga)(Km 348,10), segmento Km 307,14 — Km 307,65(Travessia do Corpo Estrada) sobre o Rio Perdidos).

O 15º DRF dispensou a licitação, objetivando assegurar a regularidade do tráfego e evitar maiores prejuízos e comprometimento da segurança dos usuários e maiores transtornos à economia regional, tendo em vista a ocorrência de chuvas que causaram ruptura e abatimento do aterro com altura aproximada de 25m, com estreitamento da plataforma, destruição da faixa da direita, estreitamento da faixa da esquerda e com iminente risco de colapso total.

A convocação da empresa foi feita através do Ofício CD-15º - Nº 106/99 de 11/03/99 (fl. 40), em virtude da mesma encontrar-se instalada nas proximidades, dispor de capacidade técnico-operacional, ter experiência em obras rodoviárias e estar prestando serviços ao DNER.

Consta do presente processo a comunicação ao Sr. Diretor-Geral do Ato da Dispensa da Licitação, assim como a ratificação do mesmo e a publicação no D.O.U., conforme determina o art. 26 da Lei 8.666/93.

A Divisão de Construção analisou os preços unitários propostos pela firma, os quais encontram-se em volume apensado ao presente processo, e considerou os mesmos coerentes com os praticados pelo DNER.

Diante do exposto, APROVO a contratação emergencial da empresa DM CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos pelo valor global de R\$3.295.368,38 (três milhões, duzentos e noventa e cinco mil, trezentos e sessenta e oito reais e trinta e oito centavos) e submeto o assunto a esse Conselho Administrativo, solicitando a HOMOLOGAÇÃO do meu ato.'

86. *Destaca-se que o Acórdão 2004/2015-TCU-Plenário, proferido no TC 043.940/2012-9, afastou a responsabilidade dos Srs. Maurício Hasenclever Borges e Alfredo Soubihe Neto, respectivamente Diretor-Geral e Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER à época, em face de sua menor culpabilidade na tramitação processual, visto que não seria plausível que revisem os custos unitários das propostas de preços oriundas dos diversos distritos rodoviários, presumindo corretas as informações prestadas pelos técnicos para a homologação dos procedimentos. Em seu Voto, o Exmo. Sr. Ministro-Relator José Múcio Monteiro assim se manifestou:*

'No que se refere à responsabilização dos envolvidos, acredito haver uma distinção clara entre as condutas individuais, de acordo com sua relevância para a concretização do ilícito, que deve se refletir no julgamento de mérito destas contas especiais. Em particular, observo que os servidores do DNER que participaram da cadeia de aprovação do contrato dividem-se entre os que efetivamente analisaram a proposta da Iter, atestando que se encontrava de acordo com o Sicro, sendo, portanto, determinantes para a aceitação dos preços, e aqueles que tiveram papel apenas homologatório das decisões tomadas no âmbito das instâncias regional e técnica, valendo-se das informações por elas fornecidas quanto à adequabilidade dos custos à realidade local.

(...)

Informo que a mesma solução foi adotada pelo Acórdão 1.464/2013 – Plenário, também de minha relatoria, ao examinar questão em tudo similar ao dos presentes autos.'

87. Também no TC 037.097/2011-3, o Relator José Múcio Monteiro, em Voto condutor do Acórdão 949/2016-TCU-Plenário, assim se manifestou:

'Em situação diferente, a meu ver, está o então Diretor-Geral da entidade, já falecido. Não me parece razoável exigir do dirigente máximo o conhecimento de minúcias do grande número de contratos assinados pela autarquia, para cuja análise havia toda uma estrutura, da qual faziam parte os demais responsáveis. Além disso, não há notícia nos autos de que o ex-Diretor-Geral tenha tido participação direta nos procedimentos que levaram à assinatura dos aditivos ao contrato, nem de que tenha havido falha na escolha ou supervisão de subordinados. Desse modo, deve ser afastada a responsabilidade de Genésio Bernardino de Souza quanto a essa irregularidade.'

88. E ainda no Voto que acompanhou o Acórdão 1327/2016-TCU-Plenário, TC 032.257/2012-0, o Ministro José Múcio Monteiro posicionou-se conforme abaixo.

'Não obstante, seguindo, em parte, a linha de entendimento acolhida por este Plenário nos Acórdãos 1.464/2013 e 2004/2015, que tratou de casos afins ao que ora se examina, compreendo que há uma menor culpabilidade dos ex-diretores superiores do órgão, Gerardo de Freitas Fernandes, então titular do 15º DRF/DNER, e Raymundo Tarcísio Delgado, ex-Diretor-Geral do DNER, tendo vista que o prejuízo apurado origina-se de inconsistências na orçamentação da obra, envolvendo um nível de detalhamento técnico que se pode considerar alheio às atribuições das instâncias máximas da entidade. Portanto, esses responsáveis devem ser excluídos do polo passivo destes autos.'

89. No mesmo sentido foi o Ministro-Relator Vital do Rêgo em Voto proferido no TC 041.557/2012-3, Acórdão 2850/2016-TCU-Plenário, que parte se transcreve abaixo:

'Por certo, como Diretor de Engenharia do DNER, o Sr. Wolney participou das etapas de ratificação e autorização da contratação emergencial, mas não cabia a ele, dentro dos vários setores que compunham a cadeia de aprovação dos atos dentro da antiga autarquia, a conferência em pormenores acerca da compatibilidade dos valores orçados com o Sicro. Lembro que o processo seguiu antes para a Divisão de Construção Rodoviária (peça 7, p. 50), esta sim responsável pela análise do orçamento antes do envio para aprovação das instâncias superiores. O mesmo raciocínio se aplica às atribuições do ex-Diretor-Geral. Reforço que esse entendimento também foi adotado quando da apreciação de outros contratos daquele conjunto de onze tomadas de contas já mencionadas nesse Voto, lavrado nos acórdãos acima referenciados.'

90. Assim, entende-se que se pode excluir a responsabilidade dos Srs. Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges, Leônidas Soriano Caldas Neto e Genésio Bernardino de Souza.

CONCLUSÃO

91. Em face da análise promovida nos itens 28 a 54 acima, propõe-se rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela empresa DM Construtora de Obras Ltda., representada nestes autos pelo Adv. Roger Santos Ferreira, OAB/PR 29960, uma vez que não foram suficientes para sanear a irregularidade a ela atribuída de apresentar proposta para celebração do Contrato PG-141/1999 com preços unitários superiores ao referencial Sicro adotado como parâmetro.

92. Pelo exposto acima (itens 59 a 69), as alegações de defesa do Sr. Gerardo de Freitas Fernandes podem ser acatadas em parte, no tocante à elaboração de orçamento com sobrepreço. No entanto, não se aceitam seus argumentos de defesa ao fato de haver analisado o orçamento apresentado pela empresa contratada com sobrepreço, e opinado pela sua aprovação.

93. Os argumentos de defesa tampouco lograram afastar o débito imputado a ambos os responsáveis acima. Ademais, inexistem nos autos elementos que demonstrem a boa-fé ou a

ocorrência de outros excludentes de culpabilidade na conduta do Sr. Gerardo de Freitas Fernandes. Desse modo, suas contas devem, desde logo, ser julgadas irregulares, nos termos do art. 202, § 6º, do Regimento Interno/TCU, procedendo-se à sua condenação em débito, em solidariedade com a empresa DM Construtora de Obras Ltda., proponho, em caráter excepcional, que seja considerada para fins de incidência de mora a data da citação válida dos responsáveis (5/5/2015), pelo longo tempo transcorrido desde a ocorrência dos fatos até as suas condenações, como demonstrado nos itens 52 e 53 acima.

94. No presente caso, ocorreu a incidência da prescrição punitiva do TCU, não cabendo, portanto, aos responsáveis acima, a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, conforme exposto no subitem 36 do exame técnico.

95. Diante da análise promovida nos itens 76 a 79, propõe-se acolher integralmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Antônio Máximo da Silva Filho, uma vez que foram suficientes para elidir a irregularidade a ele atribuída, excluindo-o do polo passivo da relação processual.

96. Mesmo diante da revelia dos Srs. Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges, Leônidas Soriano Caldas Neto e do espólio do Sr. Genésio Bernardino de Souza, a análise promovida nestes autos, considerando o entendimento exarado em processos similares (itens 80 a 90 acima), entendeu que, por não terem participado da cadeia de procedimentos que ocasionou o sobrepreço na contratação, podem ser excluídos da relação processual abordada nesta TCE.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

97. Diante do exposto, submetem-se os autos às considerações superiores, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator José Múcio Monteiro, via Ministério Público junto ao TCU, propondo ao Tribunal que decida por:

a) afastar a responsabilidade de Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges, Leônidas Soriano Caldas Neto, Genésio Bernardino de Souza e Antônio Máximo da Silva Filho, excluindo-os da relação processual;

b) julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'c', e § 2º 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 Regimento Interno, que sejam julgadas irregulares as contas do Sr. Gerardo de Freitas Fernandes, CPF 062.944.483-87, na condição de chefe do S.V. Engenharia Rodoviária do 15º DRF, e condená-lo, em solidariedade, com a empresa DM Construtora de Obras Ltda., CNPJ 76.483.726/0001-94, ao pagamento das quantias de R\$ 67.640,72 e R\$ 366.724,15, 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 Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados, em caráter excepcional, a partir de 5/5/2015, data em que os responsáveis foram regularmente citados, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente já ressarcidos;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

d) autorizar, desde logo, caso solicitado e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, o pagamento da dívida em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do Regimento Interno, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de trinta dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem o recolhimento

das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

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

É o relatório.