

GRUPO I – CLASSE II – Plenário

TC 043.938/2012-4

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Superintendência Regional do Dnit No Estado do Maranhão - Dnit/MA

Responsáveis: Conterpa Construção Terra Pl Pavimentac e Projetos Ltda (69.416.907/0001-32); Francisco Augusto Pereira Desideri (310.929.347-15); José Orlando Sá de Araújo (088.866.953-49); José Ribamar Tavares (037.885.043-15); Maurício Hasenclever Borges (006.996.756-34); Wolney Wagner de Siqueira (020.432.201-44)

Representação legal: João Fialho de Brito Neto (14.234/OAB-MA), representando Conterpa Ind.com.transp.terrap.e Pavimentação Ltda; Alexandre Jose Soares Neto (18915/OAB-ES), representando Valcreir Gomes da Costa; David Levistone da Silva e Souza (11.750/OAB-GO) e outros, representando Wolney Wagner de Siqueira; Lucas de Castro Bregunci (126040/OAB-MG) e outros, representando José Orlando Sá de Araújo.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. TRANCAMENTO DAS CONTAS DOS RESPONSÁVEIS. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, a instrução elaborada pelo AUFC lotado na Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (peça 129).

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de tomada de contas especial instaurada em observância ao item 9.1 do acórdão 2.948/2011-TCU/Plenário (peças 4, p. 8, a 5, p. 36), por meio do qual, no julgamento de dispensas de licitação conduzidas pelo 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (Dnit/MA), e tratadas no TC 005.741/2002-0, o Plenário do Tribunal de Contas da União, orientando-se por pareceres da Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e da Secretaria de Controle no Maranhão (Secex/MA), identificou sobrepreço em faturas liquidadas e pagas sob o contrato PG 249/96 (peça 10, p. 45-48), pactuado no dia 30/12/1996 com vista à execução de obras emergenciais na rodovia BR-230/MA, trecho entroncamento BR-343, divisas PI/MA/Floriano (km 0)-MA/TO (km 667,2).*

HISTÓRICO

2. Conforme itens 10 a 16, 25 a 32, 43, b, e anexo único da última instrução da Secob (peça 3, p. 2-7 e 14-16) e 14.1 da segunda instrução da Secex/MA (peça 1, p. 21-22), mais documentos relativos ao ciclo da despesa reunidos nas peças 6 a 8 e 11, formatou-se a seguinte tabela:

Nota fiscal (Conterpa)			Ordem bancária		Débito (R\$)	
Número	Valor (R\$)	Data	Valor (R\$)	Data	Valor (R\$)	Data
081	2.404.407,97	3/1/1997	3.262.914,93	8/1/1997	55.516,02	8/1/1997
091	2.187.901,10	18/4/1997	285.450,00	16/5/1997	6.926,78	16/5/1997
			190.300,00	5/6/1997	4.617,85	5/6/1997
			951.500,00	3/6/1997	23.089,27	3/6/1997
			159.757,90	26/6/1997	3.876,71	26/6/1997
			220.842,10	25/6/1997	5.358,99	25/6/1997
			273.937,90	9/7/1997	6.647,43	9/7/1997
114	2.245.744,86	19/11/1997	1.979.249,40	2/1/1998	48.028,81	2/1/1998
			157.576,83	12/3/1999	3.823,79	12/3/1999

3. Também com base nesses e noutros elementos de convicção, imputou-se a dívida solidariamente à mencionada pessoa jurídica e aos agentes públicos federais Francisco Augusto Pereira Desideri, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira.

4. Conforme instrução datada de 21/11/2012 (peça 13), propôs-se citar solidariamente, pelo débito ali apurado, a pessoa jurídica Conterpa Ind. Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda. e os servidores públicos Francisco Augusto Pereira Desideri, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira.

5. Anuindo ao encaminhamento tanto a unidade regional quanto o relator (peças 14 e 15), promoveram-se as indispensáveis comunicações.

6. Instrução concluída e enviada para pronunciamento no dia 13/5/2013, que resumia o estágio da marcha processual e sugeria a adoção de medida saneadora, acabou não inserida nos autos da TCE, a despeito de constar do histórico visualizável no e-TCU.

7. Na sequência, sobrevieram as peças 40 até 53, a contemplar, entre outros elementos fundamentais, documentação de defesa (peças 41 a 43, 47 e 48 e 52).

8. Em 2/9/2013 (peça 54), diante das lacunas nos autos, propôs-se determinar à Secex-MA:

a) **insira** nos autos eletrônicos a peça correspondente à instrução do AUFC Sandro Rogério Alves e Silva, matrícula 2860-6, concluída e revisada em 13/5/2013;

b) **localize** os originais das razões defensivas acima identificadas, cotejando-os, respectivamente, com as peças 41 a 43 (José Orlando Sá de Araújo), 47 (José Ribamar Tavares) e 52 (Wolney Wagner de Siqueira), de modo a:

b.1) tomar as medidas necessárias para, no e-TCU, **regularizar-lhes** o conteúdo e/ou a sequência lógica;

b.2) no caso de inviabilidade das medidas acima sugeridas, **lavrar termo hábil** a certificar, segundo a atual composição do caderno processual ou outra que se entenda cabível, assim a justeza do conteúdo como a boa ordem das peças sub censura;

II) **submeta** ao ministro José Múcio Monteiro proposta (formulada, reitere-se, em peça cuja integração aos autos há de processar-se conforme sugerido no item I, a, supra) de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária codemandada, com inexorável ordem para citar-lhe os dois ex-sócios, sem prejuízo de (onde necessário) substituir no texto de encaminhamento daquele parecer técnico a expressão “Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda.” por “Conterpa Ind. Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda.”.

9. *Acatada a proposta (peça 55), o Serviço de Administração enunciou, com data de 18/9/2013 (peça 58), as providências tomadas.*
10. *A instrução à peça 78 teve a única finalidade de incluir, no sistema eletrônico de comunicações do TCU, dados necessários à elaboração dos ofícios citatórios, com proposta para encaminhar os autos para pronunciamento da subunidade técnica, frisando que houve lançamento do débito em consonância com instrução à peça 75.*
11. *Instrução de 14/7/2014 (peça 62), a cuja proposição aquiescera o escalão superior (peças 63 e 64), colheu do ministro José Múcio (peça 66) autorização para que se instaurasse, desconsiderando a personalidade jurídica, contraditório diretamente com os integrantes do quadro societário da pessoa jurídica Conterpa Ind. Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda.-ME (CNPJ 01.582.218/0001-64).*
12. *Em cumprimento ao despacho do Relator, expediram-se para Juarez Nardi (CPF 819.002.957-68) e Valcreir Gomes da Costa (CPF 471.944.057-68) os ofícios citatórios 3294, 3312, 3308 e 3309/2015 (peças 80, 81, 82 e 83).*
13. *A instrução à peça 123, em decorrência da análise das alegações de defesa apresentadas às peças 86 a 88, teve a única finalidade exortar o S.A./Secex-MA a cumprir o que, sob concordância do dirigente da subunidade técnica (peça 95), assim constara da peça 94, p. 2:*
- a) **excluir** do rol de responsáveis, por totalmente estranhas à lide em curso, a pessoa jurídica Conterpa Ind. Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda.-ME (CNPJ 01.582.218/0001-64) e as pessoas naturais Juarez Nardi (CPF 819.002.957-68) e Valcreir Gomes da Costa (CPF 471.944.057-68);
- b) **incluir** no polo passivo da TCE a empreiteira Conterpa - Construção, Terraplenagem, Pavimentação e Projetos Ltda. - ME (CNPJ 69.416.907/0001-32), verdadeira contratada pelo Dnit para executar o objeto do contrato PG 249/96.
14. *Resumindo, em cumprimento ao despacho do Exmo. Ministro Relator (peças 15 e 66) e ao pronunciamento da unidade (peça 95), foram efetuadas as citações solidárias dos responsáveis:*

Responsável	Ofício/Secex-MA	Data de expedição	Localização (Peça)	Localização AR (Peça)	Alegações (Peça)	Data de recebimento
Francisco Augusto Pereira Desideri	0545/2013	8/3/2013	18	39	Não apresentou	-
José Orlando Sá de Araújo	0546/2013	8/3/2013	19	24	41-42 56-57	3/5/2013 3/5/2013
José Ribamar Tavares	0547/2013	8/3/2013	20	26	47	20/5/2013
Maurício Hasenclever Borges	0548/2013	8/3/2013	21	27	Não apresentou	-
Wolney Wagner de Siqueira	0549/2013	8/3/2013	22	33	52 72	3/7/2013 15/1/2015
Conterpa	0514/2016 0515/2016	16/3/2016 16/3/2016	100 101	108 107	121	16/9/2016

15. *Portanto, transcorrido o prazo regimental, apenas os Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges permaneceram silentes.*

EXAME TÉCNICO

Da validade das notificações:

16. *Preliminarmente, cumpre tecer breves considerações sobre a forma como são realizadas as comunicações processuais no TCU. A esse respeito, destacam-se o art. 179, do Regimento Interno do TCU (Resolução 155, de 4/12/2002) e o art. 4º, inciso III, § 1º, da Resolução TCU*

170, de 30 de junho de 2004, in verbis:

Art. 179. A citação, a audiência ou a notificação, bem como a comunicação de diligência, far-se-ão:

I - mediante ciência da parte, efetivada por servidor designado, por meio eletrônico, fac-símile, telegrama ou qualquer outra forma, desde que fique confirmada inequivocamente a entrega da comunicação ao destinatário;

II - mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;

III - por edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado

(...)

Art. 3º As comunicações serão dirigidas ao responsável, ou ao interessado, ou ao dirigente de órgão ou entidade, ou ao representante legal ou ao procurador constituído nos autos, com poderes expressos no mandato para esse fim, por meio de:

I - correio eletrônico, fac-símile ou telegrama;

II - servidor designado;

III - carta registrada, com aviso de recebimento;

IV - edital publicado no Diário Oficial da União, quando o seu destinatário não for localizado, nas hipóteses em que seja necessário o exercício de defesa.

Art. 4º. Consideram-se entregues as comunicações:

I - efetivadas conforme disposto nos incisos I e II do artigo anterior, mediante confirmação da ciência do destinatário;

II - realizadas na forma prevista no inciso III do artigo anterior, com o retorno do aviso de recebimento, entregue comprovadamente no endereço do destinatário;

III - na data de publicação do edital no Diário Oficial da União, quando realizadas na forma prevista no inciso IV do artigo anterior.

§ 1º O endereço do destinatário deverá ser previamente confirmado mediante consulta aos sistemas disponíveis ao Tribunal ou a outros meios de informação, a qual deverá ser juntada ao respectivo processo.

(...)

17. Bem se vê, portanto, que a validade da citação via postal não depende de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio destinatário da comunicação, o que dispensa, no caso em tela, a entrega do AR em “mãos próprias”. A exigência da norma é no sentido de o Tribunal verificar se a correspondência foi entregue no endereço correto, residindo aqui a necessidade de certeza inequívoca.

18. Não é outra a orientação da jurisprudência do TCU, conforme se verifica dos julgados a seguir transcritos:

São válidas as comunicações processuais entregues, mediante carta registrada, no endereço correto do responsável, não havendo necessidade de que o recebimento seja feito por ele próprio (Acórdão 3648/2013 - TCU - Segunda Câmara, Relator Ministro JOSÉ JORGE);

É prescindível a entrega pessoal das comunicações pelo TCU, razão pela qual não há necessidade de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio destinatário.

Entregando-se a correspondência no endereço correto do destinatário, presume-se o recebimento da citação. (Acórdão 1019/2008 - TCU - Plenário, Relator Ministro BENJAMIN ZYMLER);

As comunicações do TCU, inclusive as citações, deverão ser realizadas mediante Aviso de Recebimento - AR, via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, bastando para sua validade que se demonstre que a correspondência foi entregue no endereço correto. (Acórdão 1526/2007 - TCU - Plenário, Relator Ministro AROLDO CEDRAZ).

19. *A validade do critério de comunicação processual do TCU foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do julgamento do MS-AgR 25.816/DF, por meio do qual se afirmou a desnecessidade da ciência pessoal do interessado, entendendo-se suficiente a comprovação da entrega do “AR” no endereço do destinatário:*

Ementa: agravo regimental. Mandado de segurança. Desnecessidade de intimação pessoal das decisões do tribunal de contas da união. art. 179 do regimento interno do TCU. Intimação do ato impugnado por carta registrada, iniciado o prazo do art. 18 da lei nº 1.533/51 da data constante do aviso de recebimento. Decadência reconhecida. Agravo improvido.

O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.

20. *No caso vertente, a citação do Sr. Maurício Hasenclever Borges responsável se deu em endereço proveniente de pesquisa de endereços realizada pelo TCU, especificamente a base de dados do Sistema CPF (vide parágrafos acima). A entrega do ofício citatório nesse endereço ficou comprovada.*

Valor de Constituição da TCE

21. *Verifica-se, ainda, que o valor atualizado do débito apurado (sem juros) em 1/1/2017 é de R\$ 518.906,89, portanto superior ao limite mínimo de R\$ 100.000,00, na forma estabelecida conforme os arts. 6º, inciso I, e 19 da IN/TCU 71/2012, modificada pela IN/TCU 76/2016.*

OUTROS DÉBITOS NOS SISTEMAS DO TCU COM OS MESMOS RESPONSÁVEIS

Informa-se que foi encontrado débito imputável aos responsáveis em outros processos em tramitação no Tribunal:

21. *Nos ofícios de citação, assim ficaram consignadas as ocorrências e os débitos imputados aos responsáveis arrolados:*

22. **Ocorrência:** *existência de sobrepreço, conforme metodologia (critérios, composição de preços e preços unitários ajustados do Sicro) concebida pela Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e referendada pelo acórdão 2948/2011/TCU/Plenário, em medições liquidadas e pagas sob o contrato PG-249/96, celebrado no dia 30/12/1996 entre o DNIT e Conterpa Ind. Com. Transp. Terrap. e Pavimentação Ltda. com o desideratum de executar obras emergenciais na rodovia BR-230/MA, trecho entroncamento BR-343 (divisa PI/MA/Florianópolis/km 0) - divisa MA/TO (km 667,2):*

Origem (nota fiscal)	Data da ocorrência	Débito (R\$)
081	8/1/1997	55.516,02
091	16/5/1997	6.926,78
	5/6/1997	4.617,85

	3/6/1997	23.089,27
	26/6/1997	3.876,71
	25/6/1997	5.358,99
	9/7/1997	6.647,43
114	2/1/1998	48.028,81
	12/3/1999	3.823,79

Valor atualizado até 9/10/2018: R\$ 154.584,03

Responsáveis solidários: Conterpa - Construção, Terraplenagem, Pavimentação e Projetos Ltda. - ME (CNPJ 69.416.907/0001-32), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), José Orlando Sá de Araújo (CPF 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34) e Wolney Wagner de Siqueira (020.432.201-44).

23. Passa-se a seguir a descrever cada argumento apresentado nas alegações de defesa dos responsáveis, seguido de suas respectivas análises:

Alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Orlando Sá de Araújo (peças 41-42 e 56-57):

24. Preliminarmente, o responsável descreve a situação de emergência decretada pelo Governo do Estado em 1996, ante a omissão do governo federal com relação às estradas federais que cortam o Maranhão, agravada naquele ano pela forte intensidade de chuvas que assolaram o estado.

24.1 Entretanto, ante a ausência de intervenções de monta no ano de 1996 que levaram ao colapso da BR 230/MA, ameaçando inclusive a vida das pessoas, foi que se realizou vistoria no local objeto da intervenção em dezembro de 1996, com relato fotográfico e fez-se o orçamento da obra.

24.2 Neste contexto, o chefe do Distrito do DNER decretou a emergência, dispensou a licitação e firmou o contrato PG 249/96 com a empresa Conterpa em 30/12/1996, no valor de R\$ 6.853.165,36.

25. Registra, na sequência, que passados mais de 4 anos da conclusão da obra, este Tribunal realizou auditoria em 2002 nos contratos administrativos (TC 005.471/2002-0), de obras de restauração e conservação rodoviária, decorrentes de licitação e que foram firmados pelo 15º Distrito Rodoviário Federal do DNER no Maranhão.

25.1 O cálculo do sobrepreço apurado nestes autos e encampado pelo Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, que determinou a instauração da presente TCE, foi obtido considerando como parâmetro de preços máximos os constantes no Sicro 2, uma vez que o Sicro 1 somente fazia referência aos serviços de construção rodoviária.

26. O primeiro argumento apresentado pelo responsável era o de que a implantação do Sicro 1, desde sua origem em 1992, foi concebido para ser um referencial de preços, “ainda que bastante simplificado e com graves distorções”, que foi inclusive atestado pelo TCU ao emitir o Acórdão 50/1996-TCU-Plenário, contemporâneo ao contrato PG 249/96, no sentido de determinar ao DNER para reestudar “o seu sistema de custos de obras e serviços, de modo a torná-lo mais adequado às atuais condições da economia nacional e às variações de preços de cada região, Estado ou Município, evitando a geração de orçamentos super ou subvalorizados”.

26.1 Em seguida, lembra que as pesquisas do Sicro à época eram realizadas apenas em Fortaleza, Recife e Salvador, sem considerar as realidades dos demais estados da região; de forma irregular e sem que as informações circulassem, ante as limitações tecnológicas então vigentes.

26.2 Foi neste contexto que o DNER, em atendimento à determinação do TCU, procedeu à revisão do sistema; expediu as Diretrizes Básicas para Elaboração de Estudos e Projetos Rodoviários em 1999, sem impor a utilização dos preços do Sicro nos orçamentos; e desenvolveu e implementou o Sicro 2 efetivamente em 2000, também como um referencial de preços, considerando “uma situação ideal e sem qualquer vinculação a cada obra executada”, ou seja, desconsiderando situações relevantes como a redução da produtividade em decorrência das chuvas.

27. O segundo argumento apresentado é o de que não havia obrigatoriedade de se adotar como preços limites os constantes do Sicro 1, até mesmo pelas limitações já relatadas; somente passando a ser obrigatório com a prolação do Acórdão 267/2003-TCU-Plenário, já na vigência do Sicro 2.

27.1 Finalmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2010 (Lei 12.017/2009) veio estabelecer o preço Sicro como limite máximo para as obras e serviços rodoviários.

27.2 Assim, argumenta que à época do contrato PG 246/1996 “não havia qualquer norma jurídica interna (DNER) ou externa (TCU) no sentido de obrigar/impor ao notificado o dever de utilizar o SICRO nos orçamentos como valor máximo dos preços”.

27.3 Desse modo, prevalecia o cuidado em “elaborar os preços dentro do orçamento da obra e de acordo com os preços praticados na região”, o que teria sido feito pelo responsável, não subsistindo a ocorrência de sobrepreços, por inexistir norma legal que obrigasse a utilização do Sicro como valor limite dos preços contratados.

28. O terceiro argumento é no sentido de que, ainda que fosse obrigatório o uso do Sicro como limitador do preço máximo dos serviços, a situação de emergência factual no local da obra representaria uma anormalidade, ainda mais num período chuvoso, que implicaria em queda de produtividade dos equipamentos e em consequência um orçamento com valores diversos daqueles constantes no Sicro.

28.1 Acrescenta que este Tribunal “reconhece que, em situações especiais e específicas, os preços dos serviços podem apresentar valores diferentes (leia-se a maior) daqueles constantes do SICRO, sendo que tal fato deve ser devidamente explicitado”.

28.2 Para comprovar que as chuvas estavam fora da normalidade, apresenta gráficos históricos do elevado índice pluviométrico do estado do Maranhão em comparação com os outros estados do Nordeste, e arremata em seguida:

66. Ou seja, as chuvas afetam o estado do Maranhão em quantidade de dias chuvosos por mês e em intensidade maior que em toda a região e, o período de maior média de dias chuvosos e precipitação coincidiu com o período de vigência do Contrato PG 249/96, uma vez que este foi assinado em 30/12/96.

67. Logo, mostra-se totalmente pertinente e correto o já exposto anteriormente quando da tramitação do TC 005.741/2002-0, no sentido de que a produtividade teve que ser reduzida em função de o solo estar saturado quando da realização da obra.

68. Dadas essas especificidades, não seria possível utilizar como parâmetro os valores contidos no SICRO, os quais estariam referindo a condições “normais” de trabalho.

29. Como elemento que comprovaria a normalidade da execução contratual em apreço, o responsável informa que a Controladoria Geral da União realizou auditoria em 2003 em diversos contratos decorrentes de dispensa de licitação, firmados no mesmo período, e não apontou “irregularidade de qualquer ordem”.

30. O quarto argumento consiste na conclusão de que este Tribunal não poderia aplicar ao contrato PG 249/96, de forma retroativa, “entendimento que foi, paulatinamente, se consolidando no Tribunal, e cuja análise é realizada com base no princípio da economicidade”.

30.1 Assim, seria uma severa penalidade aplicada de forma retroativa, pois o sobrepreço apurado fundamentou-se em jurisprudência que não existia à época da execução contratual, ainda mais quando as decisões do “TCU têm força de título executivo extrajudicial que tem o condão de afetar os bens do servidor”.

30.2 Em nome da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, faz um paralelo com o direito penal, recorrendo ao princípio da vedação da retroatividade da lei penal em desfavor do réu; e com o direito tributário, que registra a vedação da cobrança retroativa de tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

30.3 Assim concluiu o responsável sobre o tema:

83. No entanto, a consequência de fiscalização iniciada no ano de 2002 e cujo contexto e entendimento aplicado são diversos daqueles existentes nos anos de 1996 e 1997 - quando da elaboração do orçamento, contratação e execução do Contrato PG 249/96 - o que se observa do entendimento adotado pelo TCU é que ele não é aplicável ao caso.

84. Isso porque, tanto a responsabilização solidária no sobrepreço, quanto eventual penalidade decorrem de aplicação de jurisprudência nova (não existente quando da elaboração do orçamento) a contrato já encerrado, o que significa dizer que a jurisprudência do TCU está retroagindo.

85. E, como as decisões do TCU tem o caráter de norma jurídica, assim como também tem a lei, no caso é perfeitamente aplicável os dispositivos acima transcritos.

31. O quinto argumento ressalta as particularidades do caso, para defender que a responsabilização solidária e aplicação de penalidade aos servidores por sobrepreço, fundamentado em jurisprudência posterior aos fatos, consubstanciaria uma grave violação aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica, pedras angulares do Estado de Direito e aos quais os atos da administração pública devem observar, respeitando-se as normas e comportamentos pré-existentes.

32. Em seguida, traz o relato de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, no qual o Poder Judiciário, em caso similar, concluiu pela inexistência da prática de ato de improbidade pelo responsável em tela, na “elaboração do orçamento, uma vez que os preços apresentados pela empresa estavam compatíveis com aqueles praticados pelo DNER”, transcrevendo estes posicionamentos:

Quanto ao réu JOSÉ ORLANDO SÁ DE ARAÚJO, responsável pela elaboração do orçamento, para a obra de emergência e a sua fiscalização e medição, também não vejo elementos à caracterização de ato de improbidade administrativa na conduta do requerido, como consignado na sentença, até mesmo porque, quanto a esse requerido, asseverou o sentenciante:

“Aliás embora os valores de referência para a realização dos serviços tenham sido realmente elaborados pelo requerido JOSÉ ORLANDO (cópias de fl. 315), verifica-se que o orçamento apresentado pela CONSTRUTORA SUCESSO com base em tal levantamento de valores foi também submetido no âmbito interno do DNER a outros servidores, aqui de São Luís e do Distrito Federal (fls. 337/339 e 347), tendo todos eles concordado que os preços unitários apresentados pela empresa compatibilizavam-se com os praticados pelo DNER. (fls. 104011041)”.

32.1 E assim conclui:

103. *A conclusão de que os preços da empresa estavam compatíveis com aqueles praticados pelo DNER deixa evidente que o SICRO não poderia ser utilizado como limite máximo de preços, uma vez não representa a realidade dos preços dos serviços licitados para a região no ano de 1996.*

104. *Por mais que o Poder Judiciário tenha analisado contrato diverso ao qual se baseia esta Tomada de Contas Especial, os contratos são do mesmo período, de modo que a situação dos preços é praticamente a mesma.*

105. *Logo, disso se conclui que os notificados José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes atuaram dentro de seus deveres legais e que tanto o orçamento elaborado pelo primeiro, quanto à análise de preços da empresa contratada realizado pelo segundo, eram compatíveis com os preços praticados pelo DNER no Estado do Maranhão.*

33. *Por último, alega a prescrição quinquenal prevista na Lei 9.873/1999, quanto à pretensão punitiva por este Tribunal, pois os atos que ocasionaram o dano alegado foram praticados em 1996, ao passo que a auditoria do TCU teve início no ano de 2002, ou seja, após cinco anos; e somente em 2011 foi prolatado o Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário que determinou a instauração desta TCE, que ocorreu em 2012, mais de 10 anos após a prática dos atos.*

Alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Ribamar Tavares (peça 47):

34. *Preliminarmente, o responsável alega que os preços de referência do Sicro, adotado por este Tribunal como referência, à época da obra, “não externavam a realidade dos preços praticados em cada município, fato que hoje embora tendo sido estadualizado, ainda apresenta variações”.*

35. *Acrescenta que este Tribunal constatou essa inconsistência, conforme Acórdão 15/1996-TCU-Plenário e que as obras rodoviárias federais são sensíveis às condições naturais, sociais, econômicas e de logística da sua localização geográfica, não se adequando uma mesma tabela de preços para a preparação de orçamentos em localidades diversas.*

36. *Ademais, informa que no Sicro de 1996 os preços dos serviços eram apresentados por região, sendo que no Nordeste eles eram coletados nos estados do Ceará, Pernambuco e Bahia, estendendo-se para os demais estados sem qualquer adequação.*

37. *Registra, ainda, que na época não havia “qualquer norma obrigando a adoção dos preços do SICRO como preço máximo a ser utilizado nas licitações efetuadas pelo DNER”.*

38. *Em seguida mencionou jurisprudência deste Tribunal (Acórdão 1.484/2003-TCU-Plenário), apontando para fragilidades do Sicro e necessidade de considerar as características da obra.*

39. *Aduz que a análise efetuada pelo auditor deste Tribunal, que fundamentou o Acórdão 2.946-TCU-Plenário, foi realizada sete anos após a execução das obras e sem os devidos conhecimentos de engenharia rodoviária. O registro na instrução de que “não era possível antecipar a existência de chuvas que interferissem na execução dos serviços por não existir informação que indicasse que o solo poderia estar saturado a ponto de ser necessária a diminuição na produção horária dos serviços”, não se coadunaria com o termo de vistoria relatando que a situação em que se encontrava o segmento foi decorrente da ação das chuvas que estariam ocorrendo na região.*

40. *Argumenta que as chuvas provocam redução de produtividades dos equipamentos e que o próprio Manual de Custos do Dnit informa que os preços do Sicro não levariam em consideração esta variável, mas que nos projetos de engenharia dever-se-ia considerá-lo e assim ajustar a composição de preços unitários.*

41. *Mais adiante, aduz que o TCU somente a partir do Acórdão 0267/2003-TCU-Plenário é que recomendou a obrigatoriedade da utilização dos preços referenciais do Sicro 2 na elaboração dos orçamentos, sendo indevida a comparação dos preços da obra em tela com o Sicro de novembro de 1996 para fins de cálculo do superfaturamento, pois caracterizaria a aplicação retroativa do acórdão referenciado.*

42. *Para reforçar esta argumentação, informa que nos processos TC 005.741/2002-0 e 003.028/2001-3 (referente ao contrato PG 077/96) e TC 004.034/2001-5 (referente ao contrato PG 078/96), que tratavam de contratos de restauração rodoviária, não se constataram irregularidades, apesar de apresentarem preços superiores aos do Sicro.*

43. *Em seu favor, o responsável aduz que a empresa contratada, não obstante apresentar alguns preços superiores ao do Sicro, apresentou preço global inferior ao orçamento do DNER e executou todos os serviços, não tendo ocorrido o jogo de planilha na execução contratual.*

44. *Sobre sua conduta, reconhece que elaborou o orçamento inicial e referencial, cujos preços unitários teve como fonte primária o Sicro, observando o item 8 do art. 3º da Norma CA/DNER 264/91, mas que os preços foram submetidos e analisados pela então 15ª DRF-DNER e validados pela Diretoria de Engenharia do DNER/DF, e que não participou da formalização e execução do contrato em apreço.*

45. *Entende o responsável que a análise comparativa deveria confrontar os preços adotados no orçamento referencial, atualizados para data-base, com aqueles da proposta aceita e aprovada pelo DNER, mas considerando, ainda, que a questão dos preços do Sicro eram regionalizados, apenas referenciais e desvinculados dos projetos específicos das obras; e que não preestabelecia todas as variáveis para formação de preços, como as precipitações pluviométricas, que no Maranhão são bem mais intensas do que nos demais estados da região Nordeste.*

46. *Ao final, reforça a assertiva da então fragilidade do Sicro e da não obrigatoriedade de sua utilização como referencial à época da obra em tela, para questionar a ocorrência de sobrepreço como foi apurado na presente TCE.*

Alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Wolney Wagner de Siqueira (peças 52 e 72):

47. *Preliminarmente, o patrono do responsável arguiu a prescrição do direito de constituição do processo de TCE, embora reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento representada pelo processo de execução.*

47.1 *Considerando o prazo de prescrição de 5 anos, conforme regras previstas na legislação referente à administração pública (Lei 8.112/1990, art. 142, I, “a”; Lei 9.764/1999, art. 54; Lei 5.172/1966, arts. 173 e 174; Lei 8.443/1992, art. 35), argumenta que ocorreu a prescrição, pois se passaram cerca de 17 anos entre a ocorrência dos fatos (celebração do contrato) e a data de recebimento da primeira notificação do defendente.*

47.2 *Quanto ao responsável, faz as seguintes ponderações:*

Exemplo concreto desta situação pode ser citado o assunto em debate, em que se não for adotada e respeitada uma marca temporal para que o ex-dirigente do então DNER possa responder por seus atos praticados, quando no exercício do cargo, essa responsabilidade irá perpetuar no tempo, gerando a intranquilidade e a incerteza, coisas que não condizem com o estado de direito.

47.3 *Ainda sobre a prescrição, transcreve o art. 23 da Lei 8.429/1992, que seria específico para o caso, pois o responsável teria sido exonerado do então DNER em 10/4/1997:*

As ações destinadas e levar efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargos em comissão ou função de confiança.

48. Sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, arguiu que “não mais poder-se-ia exercitá-lo, pelo interregno de tempo (quase duas décadas) para ser citado, e com isso, cerceamento de defesa faz saltar aos olhos, vez que não mais seria crível reunir provas (documentos)”.

49. Em seguida, explicita que não era atribuição do cargo de Diretor de Engenharia Rodoviária no então DNER aprovar orçamento, projetos, preços e contratações, que era feito no âmbito do Distrito Rodoviário, mas tão somente verificar se o orçamento estava dentro dos parâmetros do Sicro e encaminhar para deliberação do Conselho.

49.1 Segundo o Regimento Interno da autarquia vigente à época:

Art. 15 – A Diretoria de Engenharia Rodoviária compete programar e coordenar a execução das obras rodoviárias a cargo do DNER, bem como supervisionar as obras delegadas a Estados e Municípios.

50. Na peça complementar de defesa (peça 72), argumenta que o responsável apenas elaborou o Relato CA 620/96, “onde descreve todo o histórico do processo e submeteu à aprovação do Conselho Administrativo do DNER, em cumprimento as suas atribuições regimentais”, em 30/12/1996, tratando-se de mero expediente técnico e dentro das funções de Diretor de Engenharia.

50.1 Como fato novo registrou o Acórdão 3.095/2014-TCU-Plenário, no qual documento análogo subscrito pelo responsável foi considerado pelo TCU como de mero expediente e dentro das funções de Diretor de Engenharia, razão pela qual pede o mesmo tratamento nos presentes autos.

50.2 Reforça que não aceitou ou aprovou proposta de preços, nem tampouco subscreveu termo de recebimento definitivo de serviços, e que foi exonerado do cargo em 11/4/1997, antes, portanto, das datas das ocorrências dos fatos que geraram débitos.

50.3 Na sequência cita o Acórdão 1.536/2004-TCU-Plenário, no sentido de que o Diretor de Engenharia Rodoviária do então DNER não realizou atos de gestão, limitando-se a emitir pareceres técnicos, não havendo nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano ao erário.

50.4 Assim, considera um equívoco do auditor instrutor incluí-lo no polo passivo sob o argumento de que teria aceitado a proposta da empresa Conterpa, o que não teria acontecido. O Relato subscrito pelo responsável seria um mero ato de expediente e meramente técnico encaminhado ao Conselho Administrativo, sem conteúdo decisório e/ou de aprovação.

50.5 Para demonstrar a ausência do nexo de causalidade ainda registrou:

35. As decisões estavam a cargo do Chefe do Distrito do então DNER (era o responsável pelo orçamento e sua execução, e a escolha da empresa executora da obra, aprovar e declarar situação emergencial e submeter ao Diretor Geral), portanto, forçoso seria carrear ao defendente culpa por quaisquer irregularidades, dado a segregação de função.

36. Vislumbra da própria instrução do auditor, que o defendente não poderia fazer parte desta cadeia de responsabilização, se não vejamos o que foi dito em síntese: [...] “A convocação da empresa foi feita pelo Chefe do 150 DRF, através do ofício CD-15 n° 511/96, datado de 4/11/96, em virtude de a mesma satisfazer as exigências contidas na norma CA/DNER n° 264/91...”; “A proposta de preços apresentada pela firma convocada foi analisada pelo 150 DRF que considerou os preços unitários ofertados compatíveis com os praticados na região...

"... "sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial..."

51. Mais adiante, recorre ao princípio da economia processual, com fundamento no art. 6º da Instrução Normativa 71/2012/TCU, que dispensa a instauração da TCE quando houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente, para alegar que se aplicaria ao caso em apreço, pois este prazo aqui foi de cerca de 17 anos.

51.1 Para reforçar este entendimento, menciona jurisprudência deste Tribunal no sentido de considerar as contas iliquidáveis e arquivar o processo quando o citado lapso temporal é superior a dez anos.

52. No mérito, informa que o valor contratado era de R\$ 6.853.165,36, 3,56% abaixo do valor constante do orçamento, a preços de dezembro de 1996, o que significaria que o sobrepreço apurado de R\$ 157.885,65 representaria apenas 2,36% deste valor contratado, o que considera de baixa materialidade e ensejaria o afastamento da classificação de sobrepreço.

52.1 O orçamento dos técnicos do então DNER foi elaborado diante de uma decretação de emergência, teria considerado as particularidades da obra, levando-se em conta que os preços da tabela Sicro não eram impositivos à época, inclusive que os serviços seriam realizados no período invernos, o que acarretaria dificuldades na execução dos serviços, como dificuldade de acesso às jazidas, material saturado nas camadas superficiais, dificuldades de operação dos equipamentos, perdas de serviços e aumento do valor dos materiais pétreos no serviços de drenagem.

53. Na sequência, aponta a então fragilidade do Sicro I, inclusive referendado por este Tribunal, que prolatou o Acórdão 50/1996-TCU-Plenário, Acórdão 596/2005-TCU-Plenário, e o Voto que conduziu o Acórdão 166/2004-TCU-Plenário.

53.1 Aduz que somente por meio do Acórdão 267/2003-TCU-Plenário "é que se tornou obrigatória a aplicação dos preços do Sicro, como parâmetro máximo de preços para obras rodoviárias".

54. Por último, informou que a CGU promoveu auditoria em 2003 em vários contratos, decorrentes de dispensas de licitação no período da contratação em apreço, e não constatou anormalidades.

55. Assim resumiu sua defesa, in verbis:

a) completa fragilidade dos dados do Sicro I (que servia de parâmetro para as comparações de preços unitários contratados), reconhecida pelo TCU, reiteradamente. Veja Acórdãos 50/96, 166/2004 e 596/2005, todos oriundos do Plenário do TCU;

b) as obras foram realizadas em caráter emergencial, sob o risco de inviabilizar o tráfego de parte importante do território maranhense, se não concretizadas, o que por si só, é motivação suficiente para que o orçamento apresentasse valores diversos dos constantes do Sicro I;

c) não obrigatoriedade da aplicação da tabela do Sicro I, à época, em composição de preços unitários para obras rodoviárias, posto que a sua imposição se deu somente a partir de 2003, com a edição do Acórdão 267/2003 - Plenário;

d) a baixa materialidade do sobrepreço apurado, que se situou em 2,36%, base essa plenamente aceita pelo TCU (Acórdãos 136/95 e 941/2010, ambos do Plenário);

e) auditoria da CGU não constatando quaisquer anormalidades nos contratos; e

f) lapso temporal expressivo desde a ocorrência dos fatos do objeto, até a aquiescência do defendente (mais de dezesseis anos), prejudicando sobremaneira seu direito de defesa, à míngua de documentos que lhe proporcionassem a elaboração de argumentos seguros sobre os fatos apontados nos autos. Para isto veja o teor das Instruções Normativas TCU 56/2007 e 71/2012.

56. Ao final, pede a exclusão do responsável do rol de responsáveis, a declaração de inexistência de sobrepreço, o julgamento pela regularidade das contas, dando-lhe quitação plena, e o arquivamento do processo.

Alegações de defesa apresentadas pela empresa Conterpa (peças 121-122):

57. O patrono da responsável arguiu a preliminar de prescrição e a conseqüente iliquidez e arquivamento desta TCE sem apreciação do mérito, pois teria havido um decurso de prazo de quase 20 anos entre a prática do ato e a data da primeira citação da Conterpa, superior aos 10 anos insertos no inciso II do art. 6º da IN/TCU 71/2012.

58. Na sequência, alega que o relatado decurso de prazo também trouxe prejuízos aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois “tudo que existia de documento e prova na posse da empresa para que pudesse enfrentar a referida TCE, DE FORMA JUSTA, se perdeu no tempo, seja por mudanças, seja por desgastes naturais, e ou até mesmo descarte do que aparentemente não seria mais necessário”.

58.1 Informa que a Conterpa encerrou as atividades há mais de 14 anos e colaciona jurisprudência deste Tribunal no sentido de considerar o longo decurso de prazo como prejudicial aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

58.2 Assim, requer que seja considerada iliquidável esta TCE, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8.443/1992 e o seu arquivamento nos moldes do art. 169, inciso VI e 212, do Regimento Interno do TCU.

59. No mérito, argumenta que o contrato PG 249/96 foi celebrado ante notória e noticiada situação de emergência, inclusive quanto ao trecho da BR em apreço, que ensejou a intervenção dos entes federados e resultou na dispensa de licitação, nos termos do art. 24 da Lei 8.666/1993.

60. Quanto à utilização do Sicro 1, aduz que os preços unitários deste sistema à época da obra eram regionalizados, não retratando a realidade do estado do Maranhão, que tem características bem peculiares.

60.1 Acrescenta, ainda, que somente em 2003, com a prolação do Acórdão 267/2003-TCU-Plenário, foi que este Tribunal determinou a utilização do Sicro 2, e que a LDO de 2010 foi o marco legal dos preços do Sicro como limites máximos nas contratações de obras rodoviárias com recursos federais.

61. Ao final, defende a inexistência de danos ao erário e a utilização dos preços do Sicro 1 à época apenas como parâmetros, o que descaracterizaria o superfaturamento apontado nesta TCE; para pedir o arquivamento dos autos ou julgamento pela regularidade das contas do responsável.

ANÁLISE

62. A presente TCE teve origem em auditoria realizada pela Secex-MA (TC 005.741/20020), fundamentada no item 8.1 da Decisão 693/2001, durante a qual constatou-se diversas irregularidades, dentre elas, suposto sobrepreço. Em decorrência do dano ao erário, por meio do Acórdão 2.948/2011-Plenário, o TCU converteu aqueles autos em tomada de contas especial.

63. No curso do processo de fiscalização que culminou com a prolação do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, foram chamados em audiência acerca dos indícios de excesso nos preços unitários do Contrato PG 249/96 apenas os Senhores José Ribamar Tavares, que após o

recibo no ofício em 1/8/2002 (peça 4, p. 8-20 do TC 005.741/2002-0) e José Orlando Sá de Araújo, que após o recibo em 5/8/2002 (peça 4, p. 25-26 do TC 005.741/2002-0).

63.1 Portanto, não foi promovida, naqueles autos, a audiência dos demais gestores responsáveis nem a oitiva da empresa contratada, os quais foram notificados acerca das aludidas irregularidades apenas quando das citações efetivadas em 2013, quanto aos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira; e em 2016, quanto à Conterpa Construção, Terraplenagem, Pavimentação e Projetos Ltda. – ME, já no âmbito desta TCE.

Outros processos

64. Conforme tabela constante da peça anterior a esta instrução, registre-se que foram instauradas 12 TCEs, ressalvando-se que as 10 primeiras foram instauradas em cumprimento ao Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, nos quais constam um ou mais dos responsáveis arrolados no presente processo e que versavam sobre sobrepreços em contratos contemporâneos ao contrato 249/96, celebrados pelo então DNER/MA entre 1995 e 1999, a seguir sumariados:

TCE	Situação	Localização	Contrato PG	Valor (R\$)	Acórdão Pl. mérito	Débito histórico	
						Valor (R\$)	%
043.940/2012-9	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	140/97	1.002.434,13	2004/2015 Irregularidades Débito	60.223,97	6,39%
033.709/2012-2	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	189/95	1.123.933,73	Não houve	292.460,36	35,17%
041.548/2012-4	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	164/95	1.697.129,27	Não houve	71.430,54	4,39%
041.551/2012-5	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	146/96	7.517.524,75	Não houve	306.253,85	4,25%
041.554/2012-4	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	258/96	4.558.744,53	Não houve	518.565,86	12,84%
041.556/2012-7	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	233/96	2.914.050,53	Não houve	298.297,29	11,40%
041.557/2012-3	Em comunicação	Secex-TCE	257/96	9.145.472,08	2.850/2016 Irregularidades Débito Multas	516.495,78	5,99%
041.559/2012-6	Aguardando minuta	MPTCU	141/99	3.295.368,38	1.566/2018 Irregularidades Débito	432.804,55	15,12%
032.257/2012-0	Arquivado	Secex-MA	073/95	358.002,16	1.327/2016 Regular c/ressalvas	42.179,98	13,36%
041.555/2012-0	Arquivado	Secex-MA	234/96	2.799.496,70	2.622/2014 Irregularidades Débito	348.290,38	14,21%
027.712/2006-8	Recurso Revisão	Gab. Relator	078/96	2.439.277,88	1.464/2013 Irregularidades Multas	520.268,83	27,11%

020.303/2008-1	Reanálise Superfaturamento	Seinfra Rodovia	077/96	4.849.042,69	Não houve	1.178.429,77	24,30%
----------------	----------------------------	-----------------	--------	--------------	-----------	--------------	--------

Prescrição do ressarcimento

65. Não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória da União, seja ela quinquenal ou decenal, em relação aos fatos aqui descritos, uma vez que o entendimento pacífico desta Corte de Contas, que culminou na Súmula 282, acompanhando jurisprudência do STF, é pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento contra os agentes que causam dano ao erário, por força do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

66. Da mesma forma, não socorrem aos defendentes os arts. 6º e 19 da IN-TCU 71/2012 ou os equivalentes do normativo que a antecedeu, a IN-TCU 56/2007. A regra inculpada nesses comandos não é absoluta, cabendo ao Tribunal avaliar, em cada caso concreto, a conveniência ou não de dispensar a instauração do processo de apuração do débito.

67. Entretanto, não se pode deixar de observar que o trâmite do processo originário da presente tomada de contas especial, ainda que decorra dos exames sucessivos realizados pela Secex-MA e Secob, foi inusualmente dilatado, vez que a auditoria realizada em 2002 só veio a ser apreciada em 2011.

68. Dos 12 processos elencados no item 64 retro, em 8 propôs-se ou este Tribunal decidiu excluir do polo passivo das TCEs o Diretor-Geral e o Diretor de Engenharia Rodoviária, ante o decurso de prazo de mais de 16 anos entre os fatos e sua primeira notificação, pois eles não foram ouvidos em audiência no processo da fiscalização em 2002, prejudicando assim o direito à ampla defesa.

68.1 Esta tese foi acolhida por Acórdãos deste Tribunal (TCEs 041.555/2012-0, 041.557/2012-3 e 041.559/2012-6) ou constam dos pareceres do MPTCU (TCEs 020.303/2008, 041.551/2012-5, 041.554/2012-4, 041.556/2012-7 e 043.940/2012).

68.2 Na TCE 027.712/2006-8, o Diretor-Geral do DNER foi afastado do polo passivo por não ter ficado provada sua participação no processo de contratação, ainda que a tese do decurso de prazo como prejuízo à defesa não tenha prevalecido, conforme Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário.

68.2 Os pareceres do MPTCU também propuseram a exclusão da empresa contratada do polo passivo, sob o mesmo argumento, em 4 TCEs (041.551/2012-5, 041.554/2012-4, 041.556/2012-7 e 043.940/2012). Na TCE 032.257/2012-0, o Ministro Relator só não acolheu o prejuízo à defesa da empresa contratada, porque ela teria comparecido espontaneamente ao processo da fiscalização (TC 005.741/2002-0), solicitando cópia do processo.

68.3 Na TCE 032.257/2012-0, o Acórdão 2.089/2018-TCU-Plenário deu provimento a recurso, ante o seguinte argumento constante do Voto condutor:

22. Ainda que não tenha ocorrido prejuízo ao exercício da ampla defesa no presente caso, anuo às propostas de dar provimento aos recursos dos Srs. Dirceu César Façanha e Francisco Augusto Pereira Desideri. Com efeito não seria exigível do primeiro responsável, atuando como Diretor de Engenharia de um órgão de abrangência nacional, com centenas de engenheiros no quadro, que analisasse a compatibilidade dos valores de todos os contratos com os preços de mercado, notadamente em uma contratação que não era de elevado vulto e relevância em relação a outros contratos celebrados pelo órgão à época.

68.4 Finalmente, nas outras 2 TCEs (033.709/2012-2 e 041.548/2012-4), a unidade técnica propôs a condenação solidária em débito de todos os servidores e da empresa contratada, estando os autos no aguardo de reanálise do superfaturamento pela SeinfraRodovia.

69. *No caso em apreço, verifica-se que a presente TCE foi instaurada em 9/11/2012 e que os agentes públicos foram citados em abril de 2013 e a empresa contratada apenas em 16/9/2016, quase 16 e 19 anos, respectivamente, após o recebimento definitivo da obra, que ocorreu em 8/7/1997.*

70. *Embora não haja dúvidas quanto à imprescritibilidade das ações que busquem o ressarcimento de danos ao erário, compreende-se que esta regra não é absoluta, cingindo-se sua aplicação à observância do devido processo legal. Assim, na mesma linha de raciocínio das outras TCEs originadas do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, o grande lapso temporal entre os fatos e a citação da Conterpa prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa.*

71. *No que concerne aos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira, compreende-se que se encontram em situação similar à empresa, visto que não há nos autos documentos de notificação que sejam anteriores às citações.*

72. *Por oportuno, transcreve-se excertos da percuente análise do MPTCU emitida nos autos da TCE 041.551/2012 (peça 102 daqueles autos):*

(..) 9. Não se descuida que a Corte de Contas, por diversas vezes, já se manifestou no sentido de que o mero transcurso de prazo excessivo desde os fatos até o chamamento dos responsáveis não é condição bastante para configurar obstáculo relevante ao direito de defesa, visto que isso implicaria desconsiderar de plano a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário. E, uma vez instaurada a TCE e citados os responsáveis pelos prejuízos apurados, cabe a eles aduzir elementos para demonstrar objetivamente o real prejuízo à produção da defesa.

10. Divergimos de tal entendimento, com as vênias de estilo. Deve-se ter em conta que o cerne das questões discutidas nestes autos reside na avaliação da aderência ao mercado dos preços ajustados em contrato. E, malgrado as Unidades Técnicas do Tribunal tenham tido o cuidado de instruir o feito com cópias das planilhas-resumo das medições e do controle físico e financeiro dos serviços executados, bem assim das notas fiscais emitidas pela Servix Engenharia S.A., não se afigura legítimo presumir que tais elementos sejam suficientes para possibilitar a plena defesa dos responsáveis.

11. Nesse diapasão, é inegável que a demora em notificar os responsáveis impõe dificuldades relevantes à obtenção dos documentos que fundamentaram a definição dos preços pactuados no bojo do Contrato PG n.º 146/96. Assinala-se que não há fundamento legal para se exigir – nem se afigura razoável assim esperar – que gestores públicos e terceiros contratados mantenham em arquivo documentação relativa a fatos tão remotos, visto que não há comprovação de que tiveram ciência, a bom tempo, das suspeitas que pairavam sobre tais fatos. (...)

73. *Esclarecedor o Voto Complementar emitido pelo Relator na TCE 041.559/2012-6:*

(...) 5. Em síntese: está sendo discutida uma proposta de preços apresentada em maio de 1999 e a citação da empresa somente teria sido realizada em maio de 2015.

6. Do meu ponto de vista, isso demonstraria a existência de prejuízo à ampla defesa.

7. Os efeitos prejudiciais do lapso temporal sobre a defesa apresentada pelos responsáveis foram, inclusive, invocados pela empresa, que alegou que os documentos relativos à contratação já haviam sido descartados. A unidade técnica, por seu turno, buscou contradizer essa afirmativa sob o argumento de que “estão acostadas aos autos as evidências necessárias a serem contestadas”, isto é, os preços unitários ofertados e as composições de custo do Sicro. A respeito, entendo que os elementos invocados pela Secex/MA, isoladamente, podem não ser suficientes para o esgotamento da questão: veja-se que a própria unidade técnica, em outra passagem de sua instrução, assinalou que a empresa não juntou aos autos “orçamentos de

outros estabelecimentos” que comprovariam sua assertiva de que os preços do Sicro não refletiriam os valores de mercado, para aquela situação.

8. Aliás, existe equívoco na interpretação efetuada pela unidade técnica: a eventual prejudicialidade decorrente do cerceamento de defesa não pode ser avaliada a partir da existência, nos autos, de “evidências” a serem contestadas. Essas “evidências” existirão sempre, pois são inerentes a qualquer citação. O prejuízo aos consagrados princípios constitucionais deve ser sopesado pela aferição da real possibilidade de que a parte produza contraprovas a tais “evidências”.

9. Ocorre que me parecia ser impossível que a empresa citada tivesse condições de trazer aos autos orçamentos de concorrentes, que comprovassem os preços por elas praticados há dezesseis anos, conforme pretendeu a unidade técnica.

10. Reafirmo a tese, para que não parem dúvidas acerca da jurisprudência que defendo: é possível imputar-se débito a partir de amostra de baixa representatividade, desde que os responsáveis tenham, efetivamente – e não apenas pró-forma – a possibilidade de discutirem e demonstrarem a eventual existência de subpreços em outros itens não avaliados. Isso não teria ocorrido nestes autos, segundo a percepção que eu então possuía.

11. Evidentemente, a premissa vale para qualquer processo em julgamento, ainda que não se refira a obras públicas: responsabilizações somente são possíveis quando satisfeitas as garantias constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa. (...)

74. Não se afigura razoável a exigência, 16 anos após a ilicitude, de que os responsáveis compareçam aos autos com todos os elementos probatórios para sua defesa, como se a citação tivesse sido realizada tempestivamente, visto que eles não deram causa ao referido atraso. Especialmente, quando em discussão, como é o caso, débito apurado por estimativa e com fulcro em preço de mercado, em que os responsáveis se veem impossibilitados de colher evidências dos preços praticados por outros agentes mercadológicos à época do evento, para fins de uso em suas defesas.

75. Está assente na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que o longo lapso temporal entre o fato gerador das irregularidades e o momento da citação pode implicar que as contas sejam consideradas iliquidáveis, não obstante a prescrição ainda não tenha ocorrido, como nos seguintes julgados:

Acórdão 2.325/2011 – Plenário

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO 93/1996 – DNER. DUPLICAÇÃO E RESTAURAÇÃO NA RODOVIA BR-135/MA. SOBREPREÇO. PREJUÍZO À DEFESA. CONTAS ILIQUIDÁVEIS. TRANCAMENTO. ARQUIVAMENTO. Prejudicada a defesa quanto aos indícios de sobrepreço, em face do longo período transcorrido entre a prática do ato administrativo e a citação, consideram-se as contas iliquidáveis, ordenando-se o seu trancamento e conseqüente arquivamento, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8.443/1992.

Acórdão 7.451/2011 – 2ª Câmara

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. IRREGULARIDADES. TRANSCORRIDOS MAIS DE 10 ANOS ENTRE OS FATOS E A INSTAURAÇÃO DA TCE. DETERMINAÇÃO À SECEX/MG. ARQUIVAMENTO. 1. Em observância aos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual e também para não inviabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório, transcorridos mais de 10 anos desde o fato gerador, arquivam-se a tomada de contas especial.

Acórdão 2.768/2011 – 2ª Câmara

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO DO PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. GRANDE INTERSTÍCIO DE TEMPO ENTRE OS FATOS E A NOTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. CONTAS ILIQUIDÁVEIS. TRANCAMENTO. ARQUIVAMENTO.

Acórdão 1.929/2011 – 2ª Câmara

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXECUÇÃO DO PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. GRANDE INTERSTÍCIO DE TEMPO ENTRE OS FATOS E A NOTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. CONTAS ILIQUIDÁVEIS. TRANCAMENTO. ARQUIVAMENTO.

76. Com relação aos Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, não há que se falar em prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, pois, nos autos do processo que deu origem a esta TCE (TC-005.741/2002-0), constatou-se que foram ouvidos em audiência acerca dos indícios de excesso nos preços unitários do Contrato PG 249/96.

77. Quanto à alegação do Sr. Wolney Wagner de Siqueira de que não era atribuição do Diretor de Engenharia Rodoviária do então DNER aprovar orçamento, projetos, preços e contratações, que seriam feitas no âmbito do Distrito Rodoviário, cabe-lhe razão.

77.1 De fato, no exercício do Diretor de Engenharia Rodoviária do então DNER, competia-lhe programar e coordenar a execução de obras rodoviárias em todo o país, ou seja, de abrangência nacional, sendo impraticável esperar que pudesse analisar a compatibilidade dos valores de todos os contratos celebrados com os preços de mercado.

77.2 Da leitura do Relato C.A. 620/96 (peça 72, p. 11), subscrito pelo responsável, verifica-se que, como alegado, tratou-se de documento técnico de mero expediente, registrando em termos técnicos apenas que a proposta de preços “foi examinada pelo DCt, que a considerou coerente, com os preços praticados na região, estando 3,56% inferiores ao orçamento elaborado pela Comissão de Engenheiros do DNER”.

77.2 Este Tribunal já deliberou no sentido de excluir o nexo de causalidade entre a conduta destes técnicos de abrangência nacional do DNER e o dano ao erário, conforme os seguintes excertos de votos condutores de acórdãos:

a) Voto condutor do Acórdão 2.004/2015-TCU-Plenário (TCE 043.940/2012-9):

(...)14. 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.

15. Em face da menor culpabilidade desses últimos, entendo deva ser excluída a responsabilidade de Maurício Hasenclever Borges e Alfredo Soubihe Neto, respectivamente Diretor-Geral e Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER à época. Afinal, os despachos por eles exarados afirmam textualmente que “a planilha de preços e a planilha de composição de preços unitários da empresa convocada, que se encontram apensada às fls. 29 a 92 do presente, com o valor global de R\$ 1.996.491,97, foi submetida à revisão da DCTIDNER, que, ao analisar os preços unitários propostos achou os mesmos coerentes com os constantes no Sicro da Região Nordeste, que já leva em consideração as dificuldades encontradas.” (peça 8,

p. 4), sendo plausível que os órgãos superiores, localizados em Brasília, e responsáveis pela homologação dos procedimentos realizados em todos os distritos rodoviários do país, cujas realidades locais são diferenciadas, não revissem os custos unitários de todas as propostas, presumindo corretas as informações prestadas pelos técnicos, melhores conhecedores de suas realidades. (...)

16. 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. Na ocasião, fiz os seguintes comentários:

“(...) o prejuízo origina-se de inconsistências na orçamentação da obra, envolvendo um nível de detalhamento técnico alheio às atribuições das instâncias máximas da entidade. (...)”

b) Voto condutor do Acórdão 1.327/2016-TCU-Plenário (TCE 032.257/2012-0):

21. 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.

c) Voto condutor do Acórdão 2.089/2018-TCU-Plenário (TCE 032.257/2012-0):

22. Ainda que não tenha ocorrido prejuízo ao exercício da ampla defesa no presente caso, anuo às propostas de dar provimento aos recursos dos Srs. Dirceu César Façanha e Francisco Augusto Pereira Desideri. Com efeito não seria exigível do primeiro responsável, atuando como Diretor de Engenharia de um órgão de abrangência nacional, com centenas de engenheiros no quadro, que analisasse a compatibilidade dos valores de todos os contratos com os preços de mercado, notadamente em uma contratação que não era de elevado vulto e relevância em relação a outros contratos celebrados pelo órgão à época.

77.3 Este mesmo raciocínio aplica-se, no presente processo, aos responsáveis que permaneceram silentes, Srs. Maurício Hasenclever Borges, Diretor-Geral e Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção (peça 72, p. 12), pois somente ratificaram ou homologaram o procedimento, sem se deter nos detalhes do orçamento e da proposta apresentada pela empresa contratada, ainda mais se considerar-se que o superfaturamento apurado nesta TCE foi estimado em apenas 2,36% do valor contratual.

78. Desta forma, em caráter excepcional e em face das particularidades do caso concreto, com relação à empresa Conterpa e aos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Francisco Augusto Pereira Desideri e Wolney Wagner de Siqueira, devem ser consideradas iliquidáveis as contas, ordenando-se o seu trancamento e conseqüente arquivamento, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 20 e 21 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 211, § 1º, do Regimento Interno do TCU, e o art. 6º, inciso II, da IN TCU 71/2012.

Prescrição da pretensão punitiva

79. Vale ressaltar que a pretensão punitiva do TCU, conforme Acórdão 1.441/2016 - TCU - Plenário, Relator: Benjamin Zymler, que uniformizou a jurisprudência acerca dessa questão, subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, que é de dez anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva dos responsáveis.

80. Sobre o tema, corroborando a ocorrência da prescrição punitiva deste Tribunal, transcreve-se a seguir excertos, com o mesmo teor, dos Pareceres emitidos pelo MPTCU nas TCEs 041.551/2012-5 e 041.556/2012-7:

13. Na sequência, também como decorrência do longo lapso temporal desde os fatos, impende tratar da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, arguida pelos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento.

14. Consoante o entendimento recentemente pacificado pelo TCU no Acórdão n.º 1.441/2016-Plenário, aplica-se à pretensão sancionatória em processos de controle externo a regra geral de prescrição estipulada no Código Civil. A teor do disposto nos itens 9.1.1 a 9.1.4 do referido acórdão, toma-se como referência a data da prática do ato irregular e interrompe-se a contagem do prazo prescricional na data do ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável, prazo que recomeça a fluir a partir dessa data.

15. Dito isso, rememora-se que os atos irregulares remontam a 1996, e que a audiência dos gestores, realizada em 2002, interrompeu a prescrição. Assim, não tendo transcorrido, entre 1996 e o início da vigência do Código Civil de 2002, mais da metade do prazo vintenário previsto no Codex anterior, aplica-se a regra intertemporal estipulada no art. 1.028, reiniciando-se a contagem do prazo de dez anos a partir de 11/01/2003. Portanto, por decurso de prazo, extinguiu-se em 11/01/2013 a possibilidade de a Corte de Contas aplicar qualquer tipo de sanção a esses responsáveis.

81. O mesmo fenômeno foi constatado e aplicado o mesmo raciocínio em outras TCEs instauradas em observância ao item 9.1 do Acórdão 2.948/2011 – Plenário, no âmbito dos TCs 032.257/2012-0 (Acórdão 1.327/2016-TCU-Plenário), 041.555/2012-0 (Acórdão 2.622/2014-TCU-Plenário), 041.559/2012-6 (Acórdão 1.566/2018-TCU-Plenário) e 043.940/2012-9 (Acórdão 2.004/2015-TCU-Plenário).

82. De forma diversa, na TCE 041.557/2012-3 foi aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, conforme Acórdão 2.850/2016-TCU-Plenário, sob o seguinte argumento expendido no Voto do Ministro Relator:

24. No caso concreto, não se verificou a fluência do prazo prescricional. Os atos que culminaram nas medições e pagamentos com superfaturamento resultaram da elaboração e aprovação do orçamento. Estes foram praticados em dezembro de 1996 (peça 6, p. 28), ou seja, à luz do Código Civil de 1916, que estabelecia, em seu art. 177, prazo prescricional de vinte anos.

25. Com a vigência do novo Código Civil a partir de 11/1/2003, passou-se a recorrer à regra intertemporal do art. 2.028: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

26. Como houve o transcurso de menos de dez anos entre a prática do ato e a entrada em vigor do novo Código Civil, o caso concreto apurado nos autos está sujeito ao prazo decenal previsto no art. 205, do novo diploma, contado a partir da vigência deste.

27. Considerando o termo inicial em 11/1/2003, a pretensão estaria prescrita em 11/1/2013. Nos ditames do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, o ato que ordenou a citação dos responsáveis interrompe a contagem do prazo prescricional. Nestes autos, o mencionado ato (despacho do relator) ocorreu em 04/12/2012 (peça 15), não havendo a consumação da prescrição decenal para imposição de multa de que trata a Lei nº 8.443/1992.

83. No caso em exame, os fatos remontam a 1996 e os Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares foram chamados em audiência no decorrer da auditoria que originou estes

autos (TC-005.741/2002-0), em 1º/8/2002 e 5/8/2002, respectivamente, interrompendo a contagem prescricional.

83.1 Considerando o novo termo inicial em 11/1/2003, o despacho que autorizou a citação em 4/12/2012 (peça 15) impediu a consumação da prescrição decenal para imposição de multa de que trata a Lei 8.443/1992.

Aplicação do Sicro 1

84. Os argumentos de que não era obrigatório a utilização do Sicro I como limite máximo de preço para a contratação, mas apenas referencial, e de que o sistema padeceria de confiabilidade e seria inadequado para as circunstâncias da obra, por conta principalmente da situação de emergência e da intensidade das chuvas e para situação de emergência, já foram enfrentados por este Tribunal diversas vezes, sendo que nos 12 processos listados no item 16 desta instrução estes argumentos não foram acolhidos.

85. Em primeiro lugar, tal entendimento encontra óbice nas premissas que fundamentaram todo o processo de inexigibilidade de licitação, uma vez que a própria autarquia condicionou a contratação emergencial à adoção dos preços estabelecidos pelo Sicro. O ofício encaminhado à empresa selecionada para executar as obras foi claro ao estabelecer que "na formulação da proposta de preços devem ser tomadas como referência os preços praticados pelo DNER" (peça 9, p. 39).

85.1 Da mesma forma, os pareceres técnicos que subsidiaram a contratação atestaram que os preços propostos estavam coerentes com os daquele sistema, motivo pelo qual foi autorizada a concretização do negócio.

86. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que é possível a contratação de valores superiores ao Sicro, contanto que justificados na fase de orçamentação (Acórdãos 267/2003, 583/2003, 1.684/2003, 1.842/2003, 1.755/2004, 224/2007, todos do Plenário, dentre outros), com o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade prescritos no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993. O que não se admite é que as especificidades da obra só venham a ser declaradas tempos após a contratação, quando questionado o superfaturamento.

87. O Acórdão 1.484/2003-TCU-Plenário, que apontou deficiências no Sicro I e determinou ao DNER o seu reestudo, foi influenciado também pela constatação de que na época o sistema apresentava valores divergentes daqueles de mercado, sendo que estes tendiam a apresentar valores menores que os do Sicro.

88. Eventuais especificidades relativas aos custos no Estado do Maranhão, que importassem em valores divergentes aos constantes do Sicro, deveriam ter sido expressamente motivadas no momento da elaboração da proposta, ou mesmo durante a execução dos serviços, atendendo ao princípio da motivação dos atos administrativos.

88.1 Quando houver condições especiais que justifiquem a utilização de preços não contidos nesses sistemas, as razões da adoção de outros valores devem estar devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente.

88.2 Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte de Contas, exemplificada nos Acórdãos 273/2010-TCU-Plenário, rel. JOSÉ JORGE; 2.074/2010-TCU-Plenário, rel. WEDER DE OLIVEIRA; 3.077/2010-TCU-Plenário, rel. AUGUSTO NARDES; 3.229/2010-TCU-Plenário, rel. WALTON ALENCAR RODRIGUES; 859/2009-TCU-Plenário, rel. AUGUSTO SHERMAN; 1.981/2009-TCU-Plenário, rel. VALMIR CAMPELO; 438/2008-TCU-Plenário, rel. AUGUSTO NARDES; 1.891/2008-TCU-Plenário, rel. RAIMUNDO CARREIRO; 1.427/2007-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER; 2.526/2007-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER; 2.056/2015-TCU-Plenário, rel. AGUSTO NARDES; 1.713/2015-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER;

854/2016-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER; 1.497/2017-TCU-Plenário, rel. ANDRÉ DE CARVALHO e 719/2018-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER, é de que, em se tratando de obras rodoviárias, salvo justificativa técnica devidamente fundamentada, os preços constantes do orçamento básico definitivo devem estar em conformidade com o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro) e, caso os serviços não estejam referenciados neste sistema (Sicro), é necessário ajustar as composições de preços à mediana do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi).

88.3 Assim, preliminarmente, a fixação de preços acima dos valores contidos no Sicro ou no Sinapi é irregular, uma vez que afronta os dispositivos legais vigentes.

89. Sobre a obrigatoriedade do uso do Sicro nas contratações do DNER à época, bem esclarecedoras são as passagens do Voto condutor do Acórdão 2.004/2015-TCU-Plenário (TCE 043.940/2012-9):

12. A partir do momento em que o Sicro foi eleito como referência, a previsão ou a contratação de valores distintos, em decorrência de possíveis particularidades da obra, só poderiam ser admitidas se devidamente justificadas, decompostas e demonstradas na fase da orçamentação, o que não ocorreu. Como bem pontuado pelo MP/TCU: “A execução de serviços em caráter emergencial não autoriza a prática de preços injustificadamente superiores aos de mercado, mas somente a contratação sem a prévia licitação. Nesse sentido, o fato de não haver, à época, obrigação legal de se considerarem os custos do Sistema Sicro como limite máximo nas contratações de obras rodoviárias – o que veio a se firmar a partir da edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2009 –, não diminui a sua legitimidade como referência de mercado. Oportuno, ainda, salientar que esses valores, obtidos a partir de coleta regionalizada de preços e de composições unitárias de insumos, nunca foram tomados pelo TCU como paradigma absoluto, como sustentaram os responsáveis. Como bem se sabe, admitem-se ajustes aos preços de tabelas referenciais, desde que devidamente motivados e tecnicamente justificados.”

13. Importante ressaltar que, apesar de o Sicro não ser uma referência absoluta, a adoção de valores alternativos deve estar alicerçada em sólidas bases técnicas, como feito pela Secob na definição do superfaturamento. As adaptações efetuadas nas composições do sistema, em face das justificativas aceitas no curso da instrução da auditoria, resultaram em substancial redução do débito inicialmente apontado pela secretaria regional, sem que isso signifique fragilidade da metodologia empregada no cálculo do débito.

89.1 Naqueles autos, consta no Parecer do MPTCU a seguinte ponderação:

15. Os responsáveis tampouco lograram êxito em reverter as premissas adotadas para a quantificação do superfaturamento na execução do Contrato PG-140/97, delineadas pela Secob e já acolhidas pelo Plenário quando da prolação do Acórdão n.º 2.948/2011. Salienta-se, por oportuno, que os ajustes nas composições de referência do Sicro 1, vigente à época da contratação – dentre os quais sobressai a aplicação de coeficientes do Sicro 2 para estimar custos de serviços de restauração rodoviária, de modo a contemplar a perda de produtividade característica desses serviços, decorrente da execução de obras em locais com maior tráfego de veículos e menor área para operação de equipamentos –, foram realizados com o objetivo de se dispor de parâmetros de mercado mais conservadores e, portanto, mais benéficos aos responsáveis.

90. A inexistência de legislação à época impondo o Sicro 1 como limite máximo nas contratações de obras rodoviárias - consoante já reconheceu a Corte de Contas, a exemplo do voto condutor do Acórdão 286/2015-TCU-Plenário –, não diminui a legitimidade desse sistema

como referência de mercado e não impede que este Tribunal apure eventuais sobrepreços nem a responsabilização e o ressarcimento pelos agentes que deram causa ao dano.

91. Por seu turno, a contratação de serviços para execução em caráter emergencial, conquanto permita flexibilizações, como a dispensa de prévia licitação, não autoriza a prática de preços injustificadamente superiores aos de mercado, até mesmo por não existir competitividade.

91.1 Ademais, não restou comprovado que a condição precária da rodovia foi fruto de um acontecimento imprevisível ou incontrolável, mas muito provavelmente deveu-se a desídia administrativa, como deixou transparecer o Sr. José Orlando Sá de Araújo ao alegar que a situação se agravou em decorrência da falta de intervenções de monta no ano de 1996.

92. Sobre a então fragilidade do Sicro 1, transcreve-se trecho do Parecer do MPTCU emitido na TCE 041.551/2012-5:

19. Tampouco o fato de o Sicro 1 ter sido objeto de críticas pelo próprio Tribunal – o qual, por vezes, afastou sua adoção como referência para fins de estimativa de débito, a exemplo do Acórdão n.º 166/2004-TCU-Plenário mencionado pela Servix –, serve para inabilitá-lo em toda e qualquer situação, devendo-se, sim, sopesar suas eventuais fragilidades em face das circunstâncias de cada caso concreto.

Sobrepreço

93. Segundo a instrução da Secob de 16/4/2009 (peça 3), adotada no Relatório e Voto que conduziram o Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, para o cálculo do débito no contrato PG 249/96, com base nos serviços executados e pagos, utilizou-se o Sicro 1 no mês de novembro de 1996, com valores inflacionados para a data-base (dezembro/1996).

94. Na instrução da Secob registrou-se:

32. O Anexo I (fls. 515-550 v.) traz as composições de custo unitário auxiliares de referência e as tabelas de custos de materiais, mão-de-obra e equipamentos utilizadas nesta análise. A verificação do sobrepreço no contrato original confirmou a análise anterior, de ausência de sobrepreço, no entanto, as alterações de quantitativos em relação ao contrato original, demonstradas nas planilhas de medições, e indicadas em tabela anexa a esta instrução (fl. 1271), indicaram o sobrepreço de 2,36% em relação ao valor global de referência para os quantitativos medidos e pagos, totalizando R\$ 57.885,65.

95. Assim apurou-se o sobrepreço (peça 3, p. 15):

item do Sicro	quantidade	Conterpa		Secob		Diferença	
		custo unitário	custo total	custo unitário	custo total	custo unitário	custo total
01.000.00	346.000,00	0,06	20.760,00	0,05	17.300,00	0,01	3.460,00
01.200.01	771.264,00	0,68	524.459,52	0,93	717.275,52	-0,25	192.816,00
01.510.00	593.280,00	0,77	456.825,60	0,61	361.900,80	0,16	94.924,80
01.999.01	250.000,00	0,08	20.000,00	0,05	12.500,00	0,03	7.500,00
01.999.02	51.900,00	0,70	36.330,00	0,57	29.583,00	0,13	6.747,00
01.999.03	291.300,00	0,06	17.478,00	0,04	11.652,00	0,02	5.826,00
02.000.00	547.250,00	0,35	191.537,50	0,23	125.867,50	0,12	65.670,00

item do Sicro	quantidade	Conterpa		Secob		Diferença	
		custo unitário	custo total	custo unitário	custo total	custo unitário	custo total
02.100.00	109.450,00	2,25	246.262,50	2,39	261.585,50	-0,14	-15.323,00
02.200.00	151.200,00	2,39	361.368,00	2,50	378.000,00	-0,11	-16.632,00
02.200.01	75.600,00	2,39	180.684,00	2,50	189.000,00	-0,11	-8.316,00
03.000.02	20,00	6,84	136,80	10,98	219,60	-4,14	-82,80
03.310.02	15,00	94,74	1.421,10	74,75	1.121,25	19,99	299,85
03.940.00	2.475,00	2,76	6.831,00	2,90	7.177,50	-0,14	-346,50
03.940.01	700,00	2,57	1.799,00	2,58	1.806,00	-0,01	-7,00
04.001.00	1.084,00	3,09	3.349,56	2,57	2.785,88	0,52	563,68
04.100.02	-	71,97	0	135,24	0	-1,35	0,00
04.100.03	-	87,00	0	195,68	0	-108,68	0,00
04.101.02	-	361,82	0	373,44	0	-11,62	0,00
04.101.03	-	567,63	0	571,82	0	-4,19	0,00
08.302.01	380,00	13,25	5.035,00	12,08	4.590,40	1,17	444,60
08.302.02	100,00	26,48	2.648,00	24,16	2.416,00	2,32	232,00
08.302.03	120,00	39,74	4.768,80	12,08	1.449,60	27,66	3.319,20
08.500.00	1.000,00	2,19	2.190,00	12,18	12.180,00	-9,99	-9.990,00
09.512.06	-	119,90	0	86,09	0	33,81	0,00
09.512.07	-	150,90	0	131,97	0	18,93	0,00
09.002.06	12.493.453,60	0,14	1.749.083,50	0,14	1.749.083,50	0,00	0,00
09.202.00	656.145,13	0,29	190.282,08	0,33	216.527,89	-0,04	-26.245,81
11.100.06	117.283,50	2,40	281.480,40	0,89	104.382,32	1,51	177.098,09
11.100.07	586.417,52	2,40	1.407.402,04	1,52	891.354,63	0,88	516.047,41
11.100.08	137.307,51	8,20	1.125.921,58	11,51	1.580.409,44	-3,31	-454.487,86
somatório			6.838.053,98		6.680.168,33		157.885,65
sobrepreço discriminado pela Secob							157.885,65

96. Portanto, para a apuração do débito adotou-se como referencial de partida o Sicro 1, base novembro/1996, com valores corrigidos para a data-base (dezembro/1996). Entretanto, como o Sicro 1 contemplava apenas serviços de construção e conservação rodoviária, foram necessárias algumas adaptações para que fosse aplicado também aos serviços de restauração,

que, por se desenvolverem em locais com maior tráfego de veículos e menor área para operação dos equipamentos, apresentam rendimento inferior.

97. Para compensar tais perdas, a Secob considerou um fator de redução de 90% na produtividade. Além disso, foi utilizado o preço da brita comercial em vez da extraída e adotou-se valor reduzido para o BDI (33,18%) dos serviços de construção e restauração rodoviária, com a exclusão das despesas de mobilização e desmobilização, em decorrência de a empresa já estar prestando serviços ao extinto DNER na proximidade do local das obras. Para os serviços de conservação rodoviária manteve-se o BDI previsto no Sicro 1 (40,5%).

98. Feitos esses ajustes, apurou-se um superfaturamento de R\$ 157.885,65 em relação ao orçamento de referência, correspondente a 2,36% do valor global do contrato.

99. Registre-se que, conforme demonstra a tabela do item desta instrução, em outros processos também originários do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, foram adotados encaminhamentos preliminares com vistas a confirmar a subsistência dos respectivos débitos, encaminhando-os para a SeinfraRodovias (TCEs 043.940/2012, 033.709/2012, 041.548/2012, 041.551/2012-5, 041.554/2012-4 e 041.557/2012-3).

99.1 A tese defendida foi assim relatada pelo MPTCU na TCE 043.940/2012/9:

19. No âmbito do TC-041.554/2012-4, o Relator, Ministro José Múcio Monteiro, acolheu proposição formulada pelo representante do Ministério Público que oficiou nos autos (Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado), no sentido de rever a metodologia de quantificação do débito, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naquele processo.

20. A tese ali defendida é de que, devido a alterações implementadas no Sicro 1 entre os anos de 1994 e 1999 – dentre as quais o aumento infundado da vida útil e de horas trabalhadas de equipamentos –, as composições daquele sistema não se revelam adequadas para retratar o mercado da época, pois subestimariam os preços de referência.

21. Com o propósito de evidenciar a inépcia dos referenciais do Sicro 1 no caso concreto tratado naqueles autos, a empresa em questão confrontou preços contratados versus preços paradigma obtidos com a deflação dos valores constantes do Sicro 2 de outubro/2000 (primeira publicação) para abril/1996 (data-base do contrato), a partir de índices relativos a serviços rodoviários (terraplenagem e pavimentação), e considerando os mesmos percentuais de BDI adotados pela Secob em suas análises. Como resultado, o sobrepreço apontado deixou de existir.

22. Diante disso, e ainda que não se possa aceitar de plano a conclusão fundada na mera retroação de valores, uma vez que o longo período de tempo introduz distorção excessiva no resultado, o douto membro do Ministério Público assinalou haver diferenças entre composições de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2, em termos de composição e produção das equipes e de coeficiente de produtividade, que podem redundar em valores inferiores de sobrepreço global no contrato então examinado. Assim, acolhendo sugestão do Parquet especial, o Relator restituiu o processo em questão à SeinfraRodovias para revisão dos preços referenciais.

24. Em reforço à preliminar ora suscitada, vem a propósito destacar as considerações a respeito das diferenças nas metodologias de execução de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2 apresentadas no bojo do Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário, em que também se discutiu a existência de sobrepreço em contrato de obras rodoviárias firmado pelo DNER em 1996. Pela clareza e pertinência ao caso sob análise, transcrevemos a seguir o excerto do voto condutor do decisor, da lavra do nobre Ministro Benjamin Zymler:

27. Pois bem, os recorrentes argumentam que a metodologia de execução constante do Sicro-2 refletiria melhor a situação da obra e, portanto, pugnam que seja adotado esse sistema como referencial de preços. [...]

29. Busca-se, então, saber qual sistema reflete melhor os serviços executados na obra.

30. Como visto, o Sicro-2 buscou aperfeiçoar o Sicro-1 sanando omissões e incorporando novas tecnologias existentes no mercado. Acontece que essas novas tecnologias não surgiram com o advento do Sicro-2, pois já existiam previamente. Ou seja, o novo sistema apenas incorporou práticas já existentes no mercado e corrigiu inconsistências e omissões que existiam no sistema anterior. [...]

32. Outrossim, veja-se que, em 1998, apenas se constatou a necessidade de atualização do sistema, o que permite a conclusão que antes dessa data as metodologias construtivas já espelhavam uma realidade diversa daquela do Sicro-1.

33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2. (grifos acrescidos)

25. Não se descuida que a Secob tenha feito ajustes nas composições do Sicro 1 com vistas a buscar retratar o mercado da forma mais fidedigna possível (redução de produtividade nas composições dos serviços de restauração, a adoção de preços de brita comercial, em vez de brita produzida, e a adoção de taxas usuais de BDI usuais à época, descontando-se, no caso de serviços de construção e restauração, o percentual relativo à mobilização e desmobilização, uma vez que o critério para escolha das empreiteiras a serem contratadas emergencialmente era o de já estarem prestando serviços nas proximidades dos trechos a serem recuperados).

26. Entretanto, é de se reconhecer a possibilidade de que as metodologias executivas reproduzidas nas composições de serviço do Sicro 1 não fossem condizentes com as efetivamente adotadas nas obras.

27. Assim, à luz da diretriz constante do art. 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU, bem assim para conferir tratamento isonômico aos responsáveis, impõe-se adotar no caso vertente a metodologia de apuração de sobrepreço mais conservadora. Pugnamos, pois, que o presente feito seja encaminhado à atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG n.º 140/97, e, com base nos preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis, informar o valor do débito remanescente na execução da referida avença.

99.2 Encaminhamento análogo foi sugerido pelo representante do MPTCU e encampado pelo Ministro Relator nos demais processos identificados.

99.3 No TC 041.551/2012-5, o MPTCU propôs a adoção de medida similar, ou, alternativamente, o arquivamento dos autos, sopesando o diminuto percentual do débito em relação ao total pago à empresa e as dívidas quanto à efetiva ocorrência de prejuízo ao erário, entretanto, o Ministro Relator optou pela primeira opção.

100. Assim, para que os processos tenham instrução uniforme, em homenagem à busca pela verdade material e à isonomia entre jurisdicionados, em face das ponderações feitas pelo MP/TCU, como despachou o Ministro Relator na TCE 041.548/2012-4 (peça 91 daqueles autos), entende-se ser devido também enviar este processo à SeinfraRodoviaAviação para que realize as análises complementares mencionadas acima, avaliando se os novos valores, a serem obtidos a partir da aplicação dessa metodologia de cálculo do débito, expressam uma realidade distinta das conclusões anteriores lançadas nos autos e estão associados, efetivamente, a fundamentos que autorizem sua repercussão sobre a análise de mérito desta TCE.

Processos judiciais

101. Quanto à não caracterização de ato de improbidade administrativa em ação civil pública na contratação em apreço, argumentado por José Orlando Sá de Araújo (item 32 desta instrução), o Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92). Por isso, não obsta a sua atuação o fato de tramitar no âmbito do poder judiciário ação penal ou civil, versando sobre o mesmo assunto, dado o princípio da independência das instâncias.

102. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal tem apoiado a tese da independência entre as instâncias administrativa e penal (Mandados de Segurança 26.969-DF e 25.880-DF), no que é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (MS 7080-DF, MS 7138-DF e 7042-DF), corroborando, por extensão, o entendimento esposado por esta Corte de Contas.

103. Dessa forma, a existência de ação judicial sobre mesma matéria não obsta o exercício do controle externo, dado o princípio da independência das instâncias cível, penal e administrativa. Somente teria influência no processo em exame a ação penal em que fossem absolvidos os responsáveis pela negativa de autoria ou incorrência do fato, caso em que as demais esferas devem acatar a decisão adotada no âmbito do juízo penal.

104. Esse entendimento é pacífico no TCU, sendo exemplos os Acórdãos 2.067/2015-TCU-Plenário, rel. BRUNO DANTAS; 2.613/2015-TCU-Plenário, rel. BENJAMIN ZYMLER; 2.437/2015-TCU-Plenário, rel. ANA ARRAES; 541/2015-Plenário, rel. RAIMUNDO CARREIRO; 1.529/2015-TCU-1ª Câmara, rel. WEDER DE OLIVEIRA; 9.563/2018-TCU-2ª Câmara, rel. JOSÉ MUCIO MONTEIRO; 714/2019-TCU-Plenário, rel. BRUNO DANTAS, entre outros.

Auditoria CGU

104. Quanto a fato de a Controladoria Geral da União não ter apontado irregularidades em auditoria em 2003, como informaram os gestores (itens 29 e 54 desta instrução), cabe esclarecer que o pronunciamento do controle interno não vincula a análise desta Corte de Contas, que pode acompanhar as decisões daquele órgão ou pronunciar-se contrário, caso identifique fatos para isso. Assim não fosse, perderia a razão de existência das duas modalidades de controle, interno e externo.

105. De acordo com suas atribuições constitucionais, este Tribunal não está obrigado a seguir eventual entendimento de outros órgãos da administração pública, devendo realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União. São nesse sentido os Acórdãos 6.668/2015-TCU-2ª Câmara, rel. VITAL DO RÊGO; 1.568/2015-TCU-2ª Câmara, rel. ANA ARRAES; 137/2015-TCU-1ª Câmara, rel. WALTON ALENCAR RODRIGUES; 1537/2014-TCU-Plenário, rel. JOSÉ MUCIO MONTEI

CONCLUSÃO

106. Tendo como base as informações apresentadas no histórico e a análise empreendida no exame técnico da presente instrução, apresenta-se pertinente:

a) acatar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Wolney Wagner de Siqueira e pela empresa Conterpa, no sentido de que o longo decurso de prazo para suas notificações trouxe prejuízos aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aproveitando-se este argumento para os responsáveis que permaneceram silentes e que se encontram em situação similar – Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges (itens 65 a 78 desta instrução);

b) considerar iliquidáveis as contas da empresa Conterpa e dos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Francisco Augusto Pereira Desideri e Wolney Wagner de Siqueira, ordenando-se o seu

trancamento e consequente arquivamento, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 20 e 21 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 211, § 1º, do Regimento Interno do TCU, e o art. 6º, inciso II, da IN TCU 71/2012 (itens 65 a 78 desta instrução);

c) não acatar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, no sentido deste Tribunal reconhecer a prescrição da ação de ressarcimento (item 76 desta instrução), a prescrição da pretensão punitiva (itens 79 a 83 desta instrução) e a inaplicabilidade do Sicro I como sistema referencial para o cálculo de sobrepreço (itens 84 a 92 desta instrução).

106.1 Entretanto, preliminarmente, antes de deliberar no mérito, com relação ao sobrepreço apurado revela-se importante encaminhar os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG 249/96, e, com base nos preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis, informar o valor do débito remanescente na execução da referida avença (itens 93 a 100 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

107. Ante todo o exposto, submete-se os autos à consideração superior e ao posterior descortino do Ministro Relator propondo encaminhar os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG 249/96, e, com base nos preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis, informar o valor do débito remanescente na execução da referida avença.”

PRONUNCIAMENTO DA SUBUNIDADE

2. O Diretor responsável divergiu do encaminhamento sugerido pelo Auditor instrutor, conforme o pronunciamento à peça 130, a seguir transcrito, o qual contou com a anuência do titular da Secex-TCE (peça 131).

“1. Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada em observância ao item 9.1 do acórdão 2.948/2011-TCU/Plenário, orientando-se por pareceres da Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e da Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão (Secex/MA), que identificou sobrepreço em faturas liquidadas e pagas sob o contrato PG 249/96 (peça 10, p. 45-48), pactuado no dia 30/12/1996 com vista à execução de obras emergenciais na rodovia BR-230/MA, trecho entroncamento BR-343, divisas PI/MA/Florianópolis (km 0)-MA/TO (km 667,2).

2. Com as devidas vênias, manifesto divergência parcial à proposta de encaminhamento formulada por LINEU DE OLIVEIRA NOBREGA, AUFC (doc 62.195.220-7), como se segue.

3. A instrução precedente propôs, à exceção dos Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, acatar as alegações de defesa dos defendentes no que se refere ao prejuízo ao contraditório e à ampla defesa decorrente do longo decurso de prazo para suas notificações, aproveitando-se esse argumento para os responsáveis que quedaram silentes. Nesse rol, incluiu-se a empresa contratada, beneficiária direta da possível ilicitude.

4. No caso dos Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, foi proposto rejeitar as alegações quanto (i) às prescrições de ressarcimento e punitiva; e (ii) à inaplicabilidade do Sicro I.

5. *Até esse ponto, manifesto concordância com as argumentações e propostas apresentadas.*
6. *Contudo, a instrução precedente propôs, antes de deliberar no mérito, o seguinte:*

encaminhar os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG 249/96, e, com base nos preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis, informar o valor do débito remanescente na execução da referida avença.
7. *A respeito dessa proposta, rememoro que a Secob já se manifestou a respeito do sobrepreço/superfaturamento do contrato PG 249/96 à peça 3, informando, em síntese:*
 - i) a análise do sobrepreço foi efetuada pela comparação entre os valores globais pagos e os referenciais (p. 11);*
 - ii) foram adotados fatores de redução de produtividade para compensar as condições adversas da obra (p. 11);*
 - iii) não foi detectado sobrepreço no contrato original (p. 13);*
 - iv) o sobrepreço/superfaturamento foi identificado com base nos serviços efetivamente executados e pagos, no montante de 2,36% do valor global (p. 14, 15 e 24);*
 - v) os principais itens de sobrepreço/superfaturamento estão relacionados a itens novos de escavação, carga e transporte (p. 22 c/c p. 24).*
8. *Quanto à metodologia de cálculo utilizada à época pela Secob, entendo que ainda está aderente à atual jurisprudência, conforme se lê no Acórdão 3.650/2013-TCU-Plenário, relatoria de Ana Arraes, “em situações corriqueiras, o MLPUA [método da limitação do preço unitário ajustado] mostra-se adequado apenas à fase editalícia. Havendo contrato assinado, a análise de eventual prejuízo ao erário deve ser feita por meio da avaliação global”.*
9. *Dessa forma, uma vez que já houve manifestação conclusiva da unidade especializada, considero não ser necessário novo parecer daquela área, uma vez que não foram verificados fatos novos que possam interferir no Sobrepreço/Superfaturamento calculado.*
10. *Quanto a possível condenação dos Srs. José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, considero os seguintes fatos:*
 - a) a Secob entende que houve condições adversas que reduziram a produtividade dos equipamentos;*
 - b) as condições adversas certamente impactaram os serviços de transporte e carga, principais responsáveis pelo possível sobrepreço/superfaturamento;*
 - c) não seria possível agora, distante dos fatos, discutir se o fator de redução de produtividade proposto pela Secob de 0,90 (peça 3, p. 11) seria suficiente para fazer frente às condições adversas verificadas à época, em especial no caso concreto cujo sobrepreço/superfaturamento foi de apenas 2,36%;*
 - d) com fundamento no princípio da verdade material esposado por esta Corte, sendo comprovado que, de fato, houve condições adversas, é possível acatar o preço superior ao do Sicro 1, ainda que não tenha havido a justificativa formal, sobretudo perante o baixo percentual do sobrepreço;*
 - e) ainda que tenham sido chamados em audiência, sendo comunicados oficialmente sobre possíveis irregularidades no ano de 2002, é possível considerar que também tenha havido prejuízo às suas defesas, vez que o relatório de auditoria de 2002, em relação ao contrato PG-*

249/96, objeto desta TCE, não versou sobre questões relacionadas a sobrepreço/superfaturamento, mas sim: (e.1) ausência de aditivos; e (e.2) quantidades executadas a menor (peça 1, p. 13 a 14).

11. No que se refere a possível materialidade do dano, o encaminhamento proposto sugere a possibilidade de redução do possível valor de sobrepreço/superfaturamento

106.1 Entretanto, preliminarmente, antes de deliberar no mérito, com relação ao sobrepreço apurado revela-se importante encaminhar os autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG 249/96, e, com base nos preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis, informar o valor do débito remanescente na execução da referida avença. (grifos acrescentados)

12. Em adição, podem ser identificadas situações em que essa Corte tem julgado por não imputar débito em pequenos sobrepreços/superfaturamentos devido às imprecisões envolvidas na metodologia de cálculo ou situações especiais, como a obra emergencial do caso concreto. Nessa linha, trago os seguintes Acórdãos:

Acórdão 2738/2016-TCU-Plenário-Voto, relatoria de Vital do Rêgo

Dessa forma, restaria um sobrepreço não elidido de R\$ 1.759.877,22, que corresponde a 0,98% da amostra analisada e 0,78% do valor global do Contrato SR/MT 974/2010. Tais percentuais foram considerados insuficientes pela unidade técnica para se afirmar a existência de débito, consoante entendimento que vem sendo adotado no âmbito dessa Corte de Contas.

Acórdão 6452/2014-TCU-Segunda Câmara-Voto, relatoria de José Jorge

Com as vênias de praxe, entendo que se possa, também, excluir, como fundamento de eventual multa, o fato indicado na alínea “a” supra, pois verifico que o valor aceito foi apenas 2% acima do estimado, o que me leva a considerá-lo irrelevante para subsidiar uma apenação ao pregoeiro (valor de referência: R\$680.000,00/mês e valor contrato: R\$694.138,27/mês – peça35/fl. 33 e peça 36/fl. 24).

13. Dessa forma, considerando os detalhes do caso concreto, elevo os autos à consideração superior, propondo, desde já, considerar iliquidáveis as contas de todos os envolvidos, ordenando-se o seu trancamento e consequente arquivamento deste processo, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 20 e 21 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 211, § 1º, do Regimento Interno do TCU, e o art. 6º, inciso II, da IN TCU 71/2012.”

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

3. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, manifestou concordância com a proposta do diretor responsável, conforme o Parecer à peça 132, a seguir transcrito.

“À vista dos elementos contidos nos autos, manifestamo-nos de acordo com a proposta alvitada pelo Diretor da Unidade Técnica, acompanhada pelo respectivo titular, no sentido de considerar iliquidáveis a contas dos responsáveis que figuram nestes autos, com o seu consequente trancamento, em razão do exposto nos parágrafos 11 e seguintes da instrução que compõe a peça 130.”