

TC 013.635/2011-5

Apensos: 036.056/2016-2; 015.010/2008-9; 001.381/2015-6.

Tipo: Tomada de contas especial (recursos de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

Recorrentes: Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (17.262.213/0001-94); Consórcio Construtor BR-163 (02.870.297/0001-71); Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82); Construtora Queiroz Galvão S.A. (33.412.792/0001-60); Estacon Engenharia S.A. (04.946.406/0001-12); Francisco Augusto Pereira Desideri (310.929.347-15); Hideraldo Luiz Caron (323.497.930-87); Luis Munhoz Prosel Junior (459.516.676-15); Maurício Hasenclever Borges (006.996.756-34); Roberto Borges Furtado da Silva (490.589.751-34).

Advogados: Pedro Eloi Soares (52.318/OAB-RJ), representando Maurício Hasenclever Borges (peça 190 com substabelecimento à peça 191 e peça 267); Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF), representando Luis Munhoz Prosel Junior (procuração à peça 183); Elísio de Azevedo Freitas (18.596/OAB-DF) e Guilherme G. Martin (42.898/OAB/DF), representando Hideraldo Luiz Caron (procuração às peças 116, 119 e 186), Alexandre Aroeira Salles (28.108/OAB-DF) e outros, representando Consórcio Construtor BR163, Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A. (procuração à peça 78); Terence Zveiter (11.717/OAB/DF) representando Roberto Borges Furtado da Silva (procuração à peça 335).

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Representação convertida em tomada de contas especial. DNER. Obras BR-163. Sub-rogação de contratos do Estado do Pará com posterior unificação dos ajustes. Sobrepreço. Superfaturamento. Cautelar para a suspensão de pagamentos. Citação. Contas Irregulares. Débito. Multas. Recursos de reconsideração. Conhecimento. Prescrição

com fundamento na Lei 9.873/1999. Superfaturamento evidenciado. Exclusão da responsabilidade de dois gestores. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A, Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A. (peça 223); Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção/DNER (peça 221); Luis Munhoz Prosel Junior, Coordenador-Geral de Construção Rodoviária (peça 220 e 338-343); Maurício Hasenclever Borges, Diretor Geral do DNER (peça 268); Roberto Borges Furtado da Silva, Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação/DNER (peça 222 e 336) e Hideraldo Luiz Caron, Diretor de Infra-Estrutura Terrestre (peça 303) contra o Acórdão 1929/2019-TCU-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues (peça 144).

1.1. Reproduz-se a seguir a decisão ora atacada:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada por determinação do Acórdão 1.193/2011-Plenário, relativo a relatório de levantamento que identificou superfaturamento nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas no período entre 1997 e 2008;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar revel Rogério Gonzales Alves, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao processo;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis a seguir indicados, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, e condená-los, em regime de solidariedade, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor.

9.2.1. Maurício Hasenclever Borges e empresa Construtora Queiroz Galvão S/A:
Contrato PG 209/1997

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|-------------|------------|-----|
| 341.371,98 | 23/1/1998 | D |
| 299.224,99 | 11/5/1998 | D |
| 145.042,01 | 18/8/1998 | D |
| 217.397,57 | 3/9/1998 | D |
| 388.084,66 | 22/12/1998 | D |

9.2.2. Maurício Hasenclever Borges e empresa Construtora Andrade Gutierrez S/A:
Contrato PG 210/1997

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|-------------|------------|-----|
| 329.510,16 | 23/1/1998 | D |
| 285.677,59 | 11/5/1998 | D |
| 185.689,40 | 18/8/1998 | D |
| 466.054,60 | 3/9/1998 | D |
| 390.765,14 | 23/12/1998 | D |

9.2.3. Maurício Hasenclever Borges e empresa Construtora Norberto Odebrecht

S/A:

Contrato PG 211/1997

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|--------------|------------|-----|
| 1.942.526,19 | 31/12/1997 | D |
| 313.172,21 | 23/1/1998 | D |
| 272.834,26 | 18/5/1998 | D |
| 177.186,18 | 18/8/1998 | D |
| 439.470,47 | 3/9/1998 | D |
| 379.254,76 | 22/12/1998 | D |
| 4.159.949,29 | 28/4/1999 | D |
| 3.067.612,78 | 5/9/1999 | D |
| 774.928,04 | 17/9/1999 | D |
| 236.026,85 | 17/9/1999 | D |
| 231.894,91 | 17/9/1999 | D |
| 231.306,45 | 17/9/1999 | D |
| 435.016,27 | 17/9/1999 | D |
| 282.777,65 | 9/2/2000 | D |
| 284.430,84 | 9/2/2000 | D |
| 267.800,70 | 3/3/2000 | D |
| 310.494,45 | 3/3/2000 | D |

9.2.4. Maurício Hasenclever Borges e empresa Estacon Engenharia S/A:

Contrato PG 212/1997

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|-------------|------------|-----|
| 417.977,88 | 23/1/1998 | D |
| 366.636,03 | 11/5/1998 | D |
| 180.456,25 | 18/8/1998 | D |
| 269.351,89 | 3/9/1998 | D |
| 475.136,05 | 22/12/1998 | D |

9.2.5. Roberto Borges Furtado Silva, Francisco Augusto Pereira Desideri, Rogério Gonzales Alves e as empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163: Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A e Estacon Engenharia S/A:

Contrato PG 225/2000

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|--------------|------------|-----|
| 453.672,54 | 22/12/2000 | D |
| 188.433,27 | 22/12/2000 | C |
| 907.296,88 | 26/03/2001 | D |
| 453.648,43 | 26/03/2001 | D |
| 376.846,52 | 26/03/2001 | C |
| 188.423,26 | 26/03/2001 | C |
| 453.455,60 | 04/04/2001 | D |
| 188.343,16 | 04/04/2001 | C |
| 226.751,69 | 12/04/2001 | D |
| 94.181,50 | 12/04/2001 | C |
| 164.548,98 | 21/08/2001 | D |
| 1.563.681,15 | 21/08/2001 | D |
| 68.345,56 | 21/08/2001 | C |
| 649.476,28 | 21/08/2001 | C |
| 107.730,66 | 21/09/2001 | D |
| 44.746,02 | 21/09/2001 | C |
| 2.676.911,21 | 02/10/2001 | D |
| 1.111.857,31 | 02/10/2001 | C |



| | | |
|--------------|------------|---|
| 2.728.697,33 | 23/11/2001 | D |
| 1.133.366,72 | 23/11/2001 | C |
| 3.880.474,07 | 05/02/2002 | D |
| 1.611.758,16 | 05/02/2002 | C |
| 3.348.458,69 | 25/03/2002 | D |
| 1.390.785,12 | 25/03/2002 | C |
| 200.196,57 | 06/05/2002 | D |
| 83.151,81 | 06/05/2002 | C |
| 1.204.334,88 | 10/07/2003 | D |
| 1.310.716,96 | 10/07/2003 | D |
| 500.221,50 | 10/07/2003 | C |
| 544.407,39 | 10/07/2003 | C |
| 2.862.254,68 | 11/07/2003 | D |
| 1.188.839,88 | 11/07/2003 | C |
| 1.790.319,87 | 24/05/2004 | D |
| 743.610,86 | 24/05/2004 | C |
| 114.339,76 | 24/06/2004 | D |
| 47.491,12 | 24/06/2004 | C |

9.2.6. Luiz Munhoz Prosel Júnior, Hideraldo Luiz Caron e as empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163: Construtora Queiroz Galvão S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Construtora Norberto Odebrecht S/A e Estacon Engenharia S/A;

Contrato PG 225/2000

| VALOR (R\$) | DATA | D/C |
|-------------|------------|-----|
| 101.245,21 | 28/12/2005 | D |
| 42.052,28 | 28/12/2005 | C |
| 205.431,69 | 28/12/2005 | C |
| 494.598,00 | 28/12/2005 | D |
| 218.787,28 | 16/02/2006 | C |
| 526.752,94 | 16/02/2006 | D |
| 103.709,15 | 16/02/2006 | C |
| 249.690,49 | 16/02/2006 | D |
| 35.042,95 | 10/04/2006 | C |
| 84.369,51 | 10/04/2006 | D |
| 7.853,58 | 20/04/2006 | C |
| 18.908,30 | 20/04/2006 | D |
| 8.865,84 | 02/08/2006 | C |
| 21.345,43 | 02/08/2006 | D |
| 37.442,27 | 02/08/2006 | C |
| 90.146,12 | 02/08/2006 | D |
| 42.024,87 | 11/09/2006 | C |
| 101.179,22 | 11/09/2006 | D |
| 31.717,59 | 02/08/2006 | C |
| 76.363,37 | 02/08/2006 | D |
| 58.365,89 | 20/10/2006 | C |
| 140.521,90 | 20/10/2006 | D |
| 58.280,86 | 20/10/2006 | C |
| 140.317,18 | 20/10/2006 | D |
| 71.524,75 | 07/11/2006 | C |
| 172.203,21 | 07/11/2006 | D |
| 99.182,66 | 19/12/2006 | C |
| 238.792,50 | 19/12/2006 | D |
| 95.683,65 | 26/01/2007 | C |



| | | |
|------------|------------|---|
| 230.368,27 | 26/01/2007 | D |
| 91.159,86 | 10/05/2007 | C |
| 219.476,77 | 10/05/2007 | D |
| 35.117,59 | 09/05/2007 | C |
| 84.549,23 | 09/05/2007 | D |
| 30.687,46 | 26/06/2007 | C |
| 73.883,22 | 26/06/2007 | D |
| 37.034,40 | 28/06/2007 | C |
| 89.164,15 | 28/06/2007 | D |
| 28.207,44 | 13/07/2007 | C |
| 67.912,32 | 13/07/2007 | D |
| 39.887,52 | 13/07/2007 | C |
| 96.033,33 | 13/07/2007 | D |
| 47.132,93 | 17/08/2007 | C |
| 113.477,39 | 17/08/2007 | D |
| 45.432,72 | 03/10/2007 | C |
| 109.383,96 | 03/10/2007 | D |
| 50.545,02 | 21/12/2007 | C |
| 121.692,35 | 21/12/2007 | D |
| 51.598,75 | 26/12/2007 | C |
| 124.229,32 | 26/12/2007 | D |
| 53.610,43 | 24/12/2007 | C |
| 129.072,64 | 24/12/2007 | D |
| 44.620,90 | 06/02/2008 | C |
| 107.429,42 | 06/02/2008 | D |
| 47.614,38 | 14/02/2008 | C |
| 114.636,54 | 14/02/2008 | D |
| 13.703,04 | 11/03/2008 | C |
| 32.991,48 | 11/03/2008 | D |
| 20.194,59 | 17/04/2008 | C |
| 48.620,57 | 17/04/2008 | D |
| 9.844,01 | 14/08/2008 | C |
| 23.700,46 | 14/08/2008 | D |

9.3. aplicar aos responsáveis, a seguir discriminados, a multa individual prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores especificados, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, desde a data do presente acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

| RESPONSÁVEL | VALOR (R\$) |
|------------------------------------|---------------|
| Maurício Hasenclever Borges | 22.746.166,57 |
| Roberto Borges Furtado Silva | 7.251.594,39 |
| Francisco Augusto Pereira Desideri | 7.251.594,39 |
| Rogério Gonzales Alves | 7.251.594,39 |
| Luiz Munhoz Prosel Júnior | 1.330.191,90 |
| Hideraldo Luiz Caron | 1.330.191,90 |
| Construtora Queiroz Galvão S/A | 9.544.784,75 |
| Construtora Andrade Gutierrez S/A | 9.729.320,77 |
| Construtora Norberto Odebrecht S/A | 27.033.984,71 |
| Estacon Engenharia S/A | 9.765.221,50 |

9.4. determinar ao DNIT, nos termos do art. 28, I, da Lei 8.443/1992, que, caso não seja comprovado o recolhimento das dívidas pelos responsáveis, efetue, após a devida

notificação do Tribunal, o desconto da dívida na remuneração dos servidores, em favor do DNIT, na forma estabelecida pela legislação pertinente;

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

9.6. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que se abstenha de realizar qualquer pagamento relativo as medições processadas e não pagas na execução do Contrato PG 225/2000, uma vez que o valor de tais serviços foram lançados como crédito em favor dos responsáveis condenados em débito na presente tomada de contas especial;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Pará, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis;

9.8. encaminhar cópia da deliberação ao Ministério da Infraestrutura, ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e aos responsáveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada por determinação do Acórdão 1193/2011-Plenário, mediante o qual foi julgado relatório de levantamento nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas entre 1997 e 2008, em que foi identificado superfaturamento no valor de R\$ 42 milhões, a preços de março de 1994, considerando os valores referenciais do Sicro I.

2.1. Inicialmente, as obras foram contratadas pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará (Setran/PA), mediante os contratos AJUR 55/91 (Lote 1), AJUR 56/91 (Lote 02), AJUR 57/91 (Lote 3) e AJUR 04/91 (Lote 4), celebrados, respectivamente, com as empresas Construtora Norberto Odebrecht S/A, Estacon Engenharia S/A, Construtora Andrade Gutierrez e Construtora Queiroz Galvão S/A.

2.2. Em 25/11/1997, referidos ajustes foram transferidos ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), por intermédio de termos de cessão/sub-rogação parcial. Cerca de três anos depois, as contratadas formaram o Consórcio Construtor BR-163 e celebraram com a autarquia federal o Contrato PG 225/2000, em substituição aos quatro ajustes firmados anteriormente.

2.3. Tratam os autos de fatos extremamente graves, abrangendo a perspectiva de sobrepreço de R\$ 68.000.000,00. Neste último contrato, o Tribunal, em 11/9/2008, adotou medida cautelar para retenção de pagamentos (E. Min. Ubiratan Aguiar).

2.4. Em 30/9/2008, o DNIT, sucessor do DNER, rescindiu a avença, tendo em vista que a conclusão do projeto executivo, em 2006, evidenciou significativa desvantagem de sua manutenção. O orçamento obtido para o contrato foi de R\$ 664.806.009,77, enquanto a estimativa de preços com base no Sicro era de R\$ 334.503.211,28.

2.5. Em 10/8/2009, o Ministro Relator determinou à unidade técnica a realização de ajustes na quantificação do dano, de maneira a incluir os valores apurados no período entre a sub-rogação e a reunião das empresas em consórcio. Também entendeu necessárias as seguintes correções no rol de responsáveis: exclusão dos procuradores jurídicos, a inclusão dos gestores que aprovaram os preços superfaturados do Contrato 225/2000 e a substituição do consórcio pelas empresas que o compunham.

2.6. Após essas alterações e análise de novos elementos apresentados pelo DNIT, foi exarado o Acórdão 1193/2011-Plenário, que determinou a instauração da presente TCE e a realização das citações, bem como manteve os efeitos da cautelar referendada pelo Acórdão 2440/2008-Plenário.

2.7. Após o regular desenvolvimento do processo houve a prolação do acórdão contra o qual se insurgem os recorrentes.

2.8. Foram opostos embargos de declaração cujo julgamento resultou nos Acórdãos 3044/2019 – TCU – Plenário e 755/2020 – TCU – Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, que conheceu dos recursos, porém, os rejeitou (peça 198 e 236).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 270-275, 305-306) com despachos do Exmo. Ministro Relator Benjamin Zymler (peça 277 e 307) que concluíram pelo conhecimento dos recursos de reconsideração interpostos por Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; Francisco Augusto Pereira Desideri; Hideraldo Luiz Caron; Luis Munhoz Prosel Junior; Maurício Hasenclever Borges; Roberto Borges Furtado da Silva, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 1929/2019- Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME DE MÉRITO

4. Constitui objeto do presente recurso verificar se houve superfaturamento nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas entre 1997 e 2008 e se está evidenciada a responsabilidade dos recorrentes. A fim de afastar a irregularidade a responsabilização, são apresentados os seguintes argumentos:

- a) ocorrência da prescrição;
- b) impossibilidade de exercício pleno de contraditório e ampla defesa pelo transcurso de grande lapso temporal desde a data do suposto dano e ausência de segurança jurídica;
- c) metodologia do cálculo do superfaturamento utilizada pelo TCU foi inadequada;
- d) regularidade dos preços contratuais com base na realidade das obras;
- e) descon sideração de provas constantes dos autos e cerceamento de defesa;
- f) valores preexistentes, anteriormente licitados pela Setran/PA e amparados por pareceres jurídicos;
- g) necessidade de revisão do cálculo dos juros;
- h) ausência de responsabilidade.

Prescrição

5. Francisco Augusto Pereira Desideri defende a prescrição quinquenal da pretensão de ressarcimento a contar da data do ilícito (peça 221, p. 15). Menciona excertos de julgados do STF nessa linha (peça 221, p. 15-17).

5.1. No que toca a pretensão punitiva diz que já estaria prescrita, pela ocorrência do decurso do prazo superior a dez anos entre a suposta irregularidade e a determinação da citação para manifestação nestes autos, o que ocorreu apenas em maio de 2011 (peça 221, p. 18).

5.2. Roberto Borges Furtado da Silva invoca os entendimentos da unidade técnica e do MP/TCU para defender a ocorrência da prescrição da multa (peça 222, p. 20-22). Agrega aos autos entendimento fixado no Tema 899 sobre a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário e defende a prescrição quinquenal, com base na Lei 9.873/1999 (peça 336).

5.3. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A pugnam pela prescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário e trazem como fundamento excerto do Mandado de Segurança 35.294/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, no qual foi observado o lapso temporal de cinco

anos para a instauração de TCE, prazo esse que tem como termo inicial a data do ato ou fato questionado e como termo final a notificação do responsável (peça 223, p. 11-13).

5.4. Diferenciam a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário (fundadas em atos dolosos), prevista no art. 37, §5º, da CF/88, com as Tomadas de Contas Especiais (peça 223, p. 13-14) e dizem que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que não há que se falar em imprescritibilidade da pretensão do Tribunal de Contas da União em instaurar Tomada de Contas Especial para ressarcimento de supostos danos ao erário, não sendo possível que eventuais normativos internos da Corte de Contas se sobreponham às disposições legais e constitucionais vigentes (peça 223, p. 14-15).

5.5. Destacam que o STF entende ser aplicável ao TCU a Lei 9.873/1999 e ressaltam que o processo administrativo paralisado por mais de três anos implica a prescrição (peça 223, p. 15-16).

5.6. Defendem que no caso em apreço, ocorreu a prescrição intercorrente da pretensão de suposto ressarcimento do erário, bem como da pretensão punitiva do Consórcio, pois a presente TCE restou paralisada por muitos anos (peça 223, p. 16).

5.7. Relatam que os supostos responsáveis apresentaram suas defesas em 2011 e apenas em 2019 o processo foi julgado pelo Tribunal (peça 223, p. 16).

5.8. Maurício Hasenclever Borges invoca a prescrição quinquenal na medida em que os processos no âmbito do Tribunal de Contas tiveram início durante o ano de 1998, com tramitação morosa como decorrência de inépcia da própria administração, que concluiu o seu julgamento a mais de cinco anos (peça 268, p. 2-3). Diz que foi exonerado do cargo em 1999 e destaca que a unidade técnica reconheceu a prescrição decenal (peça 268, p. 3).

Análise

5.9. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 351, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

a) Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

5.10. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.11. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

5.12. Conforme se observa dos autos, a irregularidade atribuída aos recorrentes com a consequente condenação em débito e aplicação de multa se referiu às condutas que resultaram no superfaturamento da obra relativa aos Contratos PG 209/1997, 210/1997, 211/1997, 212/1997 e 225/2000 e a auferição de benefícios em decorrência do superfaturamento (ofícios de citação às peças 5-19).

5.13. No caso concreto, houve mais de um pagamento superfaturado, cada um deles configurando uma irregularidade própria, mas com nítido caráter continuado. Há mais de uma conduta irregular, mas em condições que se enquadram no conceito de continuidade positivado no art. 71 do Código Penal ("quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro).

5.14. As irregularidades foram observadas em 5 contratos: Contratos PG 209/1997, 210/1997, 211/1997, 212/1997 e 225/2000, considerando-se o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional o dia da cessação do ilícito.

5.15. Para que se entenda o porquê de o termo *a quo* a ser considerado ser o último pagamento do Contrato PG 225/2000, deve ser feita digressão dos fatos, consoante histórico detalhado na instrução da unidade técnica à peça 132, p. 1-3:

Os serviços de implantação e conservação da Rodovia BR-163/PA, no trecho do km 770 (divisa MT/PA) até o km 1.468,5 (Entr. BR-230/PA) foram licitados pela Secretaria de Estado de Transportes do Pará (SETRAN/PA) por meio de concorrência regulada pelo Edital 19/1990, cujo aviso foi publicado em 7/5/1990. O trecho foi dividido em quatro lotes: Lote 1 – km 770 (divisa MT/PA) ao km 942; Lote 2 – km 942 ao km 1141,5; Lote 3 – km 1141,5 ao km 1305 e Lote 4 – km 1305 ao km 1468,5 (entroncamento da BR-230).

Sagraram-se vencedoras as empresas Construtora Norberto Odebrecht S/A., Estacon Engenharia S/A., Construtora Andrade Gutierrez e Construtora Queiroz Galvão S/A., nesta ordem. Em 13/8/1991, a SETRAN/PA e as empresas formalizaram os contratos: AJUR 55/91 (Lote 1), AJUR 56/91 (Lote 02), AJUR 57/91 (Lote 3) e AJUR 04/91 (Lote 4). 3

Em 25/11/1997, a responsabilidade pela execução dos contratos em tela foi transferida ao então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) por intermédio de Termos de Cessão/Sub-rogação Parcial, em consequência foram assinados contratos entre aquele departamento e as empresas, consoante o quadro abaixo:

Quadro 1 - correspondência entre os contratos inicialmente firmados pela SETRAN/PA e os contratos objetos de sub-rogação pela DNER

| Contrato inicial | Empresa | Contrato DNER |
|------------------|------------------------------------|---------------|
| AJUR 054/91 | Construtora Queiroz Galvão S/A. | PG 209/1997 |
| AJUR 055/91 | Construtora Norberto Odebrecht S/A | PG 210/1997 |
| AJUR 056/91 | Estacon Engenharia S/A. | PG 211/1997 |
| AJUR 057/91 | Construtora Andrade Gutierrez S/A. | PG 201/1997 |

Segundo as fiscalizações anteriores, no período de sete anos os recursos disponibilizados ao empreendimento foram insuficientes para a efetiva implantação da rodovia. Em consequência, priorizaram-se serviços pontuais, sem que houvesse significativo avanço na pavimentação da via. Em junho de 1998, as contratadas propuseram ao DNER a formação do Consórcio Construtor BR-163, justificando que a medida poderia proporcionar melhores condições para a intervenção conjunta nos trechos licitados, além disso, foi ofertado desconto da ordem de 11%

em relação ao somatório dos valores individuais dos contratos. Tal proposição foi aceita pelo DNER, assim os serviços remanescentes em cada um dos quatro lotes foram unificados em um novo ajuste, no caso o Contrato PG 225/2000.

Durante os trabalhos da fiscalização 73/2008 (Fiscobras/2008), a análise de preços evidenciou que o Contrato PG 225/2000 encontrava-se com quase R\$ 68.000.000,00 de sobrepreço ref. abril/1994. Em razão disso e da notícia de uma nova adequação contratual, com potencial lesivo ao erário, o então Relator, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou cautelarmente, sem oitiva prévia, que o DNIT se abstinhasse de realizar qualquer pagamento relativo ao ajuste em questão (subitem 17.1 do Despacho do Ministro Ubiratan Aguiar, datado de 11/9/2008 (fls. 331 a 341, Vol. 1 do TC 015.010/2008-9). Ainda no curso da ação de controle, o DNIT anunciou a tomada de medidas tendentes à rescisão contratual, pois a conclusão do projeto executivo em 2006 evidenciou a desvantagem em manter-se a execução do contrato sem que o executor aceitasse uma repactuação geral dos preços.

5.16. Desse modo, foi verificado superfaturamento de todos os contratos, de 1997 até 2008. A continuidade delitiva restou patente e apenas em 2008, portanto, é que houve a cessação dos ilícitos.

5.17. Consoante Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, tal é interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.18. O Acórdão 1193/2011-TCU-Plenário, proferido na Sessão Ordinária do Plenário de 11/5/2011, converteu os autos em tomada de contas especial e determinou a citação dos responsáveis (peça 3).

5.19. O Acórdão 1929/2019-TCU-Plenário, de 21/8/2019, condenou os responsáveis em débito e aplicou-lhes multa (peça 144).

5.20. Assim, não houve o transcurso de prazo superior a 10 anos entre os eventos relacionados, não havendo que se falar em prescrição.

5.21. O Ministro Relator entendeu que a aplicação da regra intertemporal prevista no artigo 2.028 do Código Civil resulta na data limite para citação dos responsáveis, sem ocorrência da prescrição, em 11/1/2013. O julgamento do Acórdão 1.193/2011-Plenário, que determinou as citações, ocorreu em 11/05/2011. Desse modo, não vislumbrou a ocorrência da prescrição punitiva (peça 145, p. 5).

b) Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

5.22. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

5.23. Em favor da incidência da Lei 9.873/1999 pesa o fato de que ela adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.24. Ressalta-se que as causas interruptivas da prescrição da ação punitiva indicadas no normativo mencionado são:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível;

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

5.25. Deve-se asseverar que, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

5.26. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

5.27. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

5.28. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

5.29. Com base nas considerações acima, tem-se a seguinte análise:

a) termo *a quo*: último pagamento irregular 14/8/2008

Causas interruptivas

b) autuação da TCE: 18/5/2011;

c) Acórdão 3096/2011 – TCU – Plenário, de 30/11/2011, que determinou prazo final para o atendimento dos ofícios citatórios (peça 107);

d) Ofício TCU 1295, de 7/12/2011, que comunicou ao responsável a prorrogação do prazo para atendimento do ofício de citação até 30/11/2011 (peça 108);

e) Notificação de responsável em 19/12/2011 (peça 109);

e) Ofício TCU 58/2017, de 14/2/2017, que solicitou documentação ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (peça 122);

f) Acórdão 1929/2019-TCU-Plenário, de 21/8/2019, condenou os responsáveis em débito e aplicou-lhes multa (peça 144).

5.30. Verifica-se que transcorreu prazo superior a 5 anos entre a notificação de responsável, de 19/12/2011 (peça 109) e o Ofício TCU 58/2017, de 14/2/2017 (peça 122), tendo sido operada a prescrição, consoante a Lei 9.873/1999.

5.31. Deve-se informar que houve a autuação de dois processos de solicitação de informações apensados ao presente processo.

5.32. O primeiro, o TC 001.381/2015-6 tratou de solicitação do Ministério Público Federal – Procuradoria da República no município de Santarém/PA, por intermédio do Ofício PRM/STM/GAB2/868/2014, de 16/12/2014 e visando a instrução do Inquérito Civil – IC 1.23.002.000047/2009-40, de informações sobre o TC 015.010/2008-9.

5.33. O segundo, o TC 036.056/2016-1, cuidou de solicitação do Departamento de Polícia Federal – Superintendência Regional no Distrito Federal, na qual, por intermédio do Ofício n. 12286/2016, e em referência ao IPL n. 0900/2013-4 – SR/PF/DF, a Sra. Delegada de Polícia Federal solicita informações de eventuais processos existentes em desfavor de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Piero Eugênio dos Santos Desideri (CPF 011.791.007-43), Fabrício Eugênio dos Santos Desideri (CPF 076.630.817-06) e COTRAG Engenharia e Assessoria - CNPJ 71.376.032/0001-34.

Impossibilidade de exercício pleno de contraditório e ampla defesa pelo transcurso de grande lapso temporal desde a data do suposto dano e ausência de segurança jurídica

6. Francisco Augusto Pereira Desideri diz que a análise dos fatos já transcorreu no TCU há quase 20 anos, contando-se o tempo transcorrido desde a instauração do processo de auditoria e que isso o impede de exercer de modo efetivo o seu direito de contraditório e ampla defesa (peça 221, p. 11).

6.1. Defende que buscar responsabilizar o recorrente por suposto superfaturamento em contrato tão antigo afronta os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade (peça 221, p. 11).

6.2. Francisco Augusto Pereira Desideri e Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A destacam que no âmbito do TCU, a Instrução Normativa 271/2012 prevê que o transcurso do prazo de 10 anos entre os fatos e a notificação do suposto responsável implica o descabimento da abertura de Tomada de Contas Especial (peça 221, p. 12 e peça 223, p. 9-10). Transcrevem excertos de julgados e entendimento do MP/TCU que consideraram as contas ilíquidáveis (peça 221, p. 12-13 e peça 223, p. 10-11).

6.3. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A destacam que durante 7 anos – nos anos 2000, 2002, 2003, 2005, 2006 e 2007 – vários processos analisaram as obras da BR 163/PA e em nenhum deles houve o apontamento de ilegalidade contratual ou indício de sobrepreço (peça 223, p. 3-7).

6.4. Frisam que o Sicro sempre esteve disponível para que o Tribunal efetuasse a análise comparativa dos preços praticados no Contrato em comento, sendo que não há justificativa na presente TCE – nem no processo 015.010/2008-9 que a precedeu – sobre porque o Tribunal, apenas em 2008, mudou de posicionamento, começando a afirmar que haveria superfaturamento nas obras. Até porque os preços contratuais permaneceram exatamente os mesmos também (peça 223, p. 7).

6.5. Defende que a intenção de, agora, buscar responsabilizar o Consórcio por suposto superfaturamento em contrato tão antigo afronta os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade (peça 223, p. 7).

6.6. Aduz que o acórdão recorrido fere os arts. 23-24 da LICCB (peça 223, p. 8).

6.7. Transcreve excerto de doutrina quanto à necessidade de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares (peça 223, p. 8).

6.8. Na mesma linha, Roberto Borges Furtado da Silva afirma que em mais de sete anos de acompanhamento não foi verificada/identificada qualquer irregularidade nos preços praticados, não sendo razoável exigir que o recorrente, sem qualquer provocação, inovasse no processo administrativo e controvertesse e desmentisse toda uma complexa cadeia hierárquica, para identificar qualquer possível problema na composição da planilha contratual, inclusive já aprovada, a qual, no contexto da época, se presumia totalmente regular (peça 222, p. 9).

6.9. Francisco Augusto Pereira Desideri alega que o acórdão combatido é nulo (peça 221, p. 13).

Análise

6.10. Primeiramente, observa-se que os responsáveis foram chamados aos autos, em 2011, (consoante ofícios às peças 5-19) em razão do superfaturamento verificado nos Contratos PG 209/1997, 210/1997, 211/1997, 212/1997 e 225/2000.

6.11. Conforme destacado no exame da prescrição, na irregularidade apurada (superfaturamento) houve um nítido caráter continuado. Há mais de uma conduta irregular, mas em

condições que se enquadram no conceito de continuidade positivado no art. 71 do Código Penal ("quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro).

6.12. O Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri foi imputado débitos solidários relativo ao Contrato PG 225/2000 (pagamentos irregulares ocorreram entre 22/12/2000 a 24/6/2004 – subitem 9.2.5 do acórdão combatido, peça 144, p. 2-3).

6.13. Desse modo, considerando-se que o último pagamento a ele atribuído, que ocorreu em 24/6/2004, a irregularidade apurada por meio de fiscalização em 2008 e a sua citação, que se deu em 7/6/2011 (peças 6 e 20) não há que se falar extrapolação do prazo de 10 anos para a instauração da TCE e, tampouco em longo lapso temporal que prejudique a defesa.

6.14. Idêntico raciocínio se aplica à Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A que foram responsáveis por débitos em continuidade delitiva relativo Contratos PG 209/1997, 210/1997, 211/1997, 212/1997 e 225/2000, sendo que o último pagamento se deu em 14/8/2008, não devendo ser acatado o argumento de que houve prejuízo ao contraditório e ampla defesa.

6.15. A alegação de presunção de regularidade em função de fiscalizações anteriores foi apresentada em sede de alegações de defesa e devidamente afastada por esta Corte de Contas (peça 146, p. 11-12).

6.16. Primeiramente, deve-se destacar que no período de sete anos os recursos disponibilizados ao empreendimento foram insuficientes para a efetiva implantação da rodovia. Em consequência, priorizaram-se serviços pontuais, sem que houvesse significativo avanço na pavimentação da via. Em junho de 1998, as contratadas propuseram ao DNER a formação do Consórcio Construtor BR-163, justificando que a medida poderia proporcionar melhores condições para a intervenção conjunta nos trechos licitados, além disso, foi ofertado desconto em relação ao somatório dos valores individuais dos contratos. Tal proposição foi aceita pelo DNER, assim os serviços remanescentes em cada um dos quatro lotes foram unificados em um novo ajuste, no caso o Contrato PG 225/2000 (peça 146, p. 2).

6.17. A unidade instrutiva bem asseverou, consentaneamente a julgados desta Corte de Contas, que as auditorias realizadas pelo TCU não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto da fiscalização, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada fiscalização. Ademais, à luz do art. 67 da Lei 8.666/1993, tanto a fiscalização quanto a gestão dos contratos administrativos competem à entidade contratante (peça 142, p. 11-12).

6.18. Corroborar-se com o entendimento de que julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações, podendo o Tribunal, inclusive, reexaminar atos de gestão sob outras perspectivas (Acórdão 44/2019-TCU-Plenário, Rel. Bruno Dantas, 1989/2015-Plenário, Rel. Benjamin Zymler e 1884/2014-Plenário, Rel. Augusto Sherman).

Metodologia do cálculo do superfaturamento utilizada pelo TCU foi inadequada

7. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A, Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A defendem que a metodologia do cálculo do superfaturamento está inadequada em razão do seguinte:

a) o TCU tem jurisprudência consolidada de que uma análise de economicidade deve se dar por meio da comparação de preços contratuais com referenciais de mercado da data-base da avença, assim, a justificativa apresentada pela Unidade Técnica não serve a embasar o cálculo do

superfaturamento com base no Sicro I, antes de 2003 e com base no Sicro II, a partir de 2003 (peça 223, p. 17);

b) os diversos reajustes e retroações perpetradas pela Unidade Técnica distorcem a análise do TCU no presente caso, não trazendo confiabilidade ao apontamento de suposto superfaturamento (peça 223, p. 17);

c) a responsabilização do Consórcio por suposto superfaturamento com base em um suposto comparativo matemático para aferir a economicidade das obras em comento não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro (peça 223, p. 17);

7.1. Afirmam que todos os serviços medidos foram efetivamente executados, razão pela qual não há que se falar em qualquer irregularidade na atuação do Consórcio no presente caso (peça 223, p. 19).

7.2. Defendem que não procede afirmar que deve ser usado o Sicro I, simplesmente por ser o parâmetro da época de formação dos contratos (peça 223, p. 31). Agrega aos autos excertos de julgado do TCU nesta linha (peça 223, p. 30-31).

Análise

7.3. O superfaturamento, decorrente do sobrepreço de itens de serviço do empreendimento, foi identificado no âmbito do TC 015.010/2008-9 durante a realização de auditoria nas obras de construção e conservação do trecho paraense da rodovia Cuiabá-Santarém (BR 163/PA), no âmbito do Fiscobras 2008.

7.4. A fim de que se entenda a metodologia de cálculo do superfaturamento para cada contrato transcreve-se narrativa dos fatos constantes do relatório do Acórdão 1193/2011 – TCU – Plenário, que resultou na presente TCE (peça 2, p. 7-8):

33. O Dnit alega que a correta data-base a ser considerada para a análise de preços dos contratos em voga deve ser somente de abril de 1994, em função de esta ser a data-base de todas as avenças em comento (Contratos PG 209/1997 a PG 212/1997 e Contrato PG 225/2000). Alega que, ao considerar a citada data-base, os preços referenciais encontram-se bastante próximos dos preços contratados, reduzindo consideravelmente a discrepância de preços encontrada nos cálculos endossados pela Secob.

34. Entretanto, o que deve ser verificado por esta Corte de Contas é a postura que deveria ter sido tomada pelo gestor responsável pela execução de tais avenças. Vale rever, rapidamente, a cronologia da situação dos instrumentos contratuais, a fim de entender em que momento e de que forma os gestores federais, responsáveis pelos atos do Dnit, deveriam agir.

35. Em maio de 1990, a Secretaria de Transportes do Pará (SETRAN/PA) publicou o Edital 19/1990, que deu origem à assinatura dos contratos AJUR 055/91 (Lote 1), AJUR 056/91 (Lote 2), AJUR 057/91 (Lote 3) e AJUR 054/91 (Lote 4), em 13/8/1991, destinados à contratação dos serviços de terraplanagem, pavimentação, drenagem, obras de arte correntes, obras complementares e obras de arte especiais na Rodovia BR-163/PA, no trecho km 770 (divisa MT/PA) ao km 1468,5 (entrada BR-230). Assim, esses contratos encontravam-se sob responsabilidade da Secretaria de Estado do Pará.

36. Somente após seis anos, em 25/11/1997, esses contratos foram transferidos para o DNER, órgão antecessor do atual Dnit, por meio dos Termos de Cessão ou de Sub-rogação Parcial PG-211/97-00 (Lote 01), PG-212/97-00 (Lote 02), PG 210/97-00 (Lote 03) e PG-209/97-00 (Lote 04). Este seria o momento em que o gestor federal deveria verificar a adequação dos preços contratuais com relação aos de mercado, em contraponto a uma nova licitação para os mesmos serviços. **Verifica-se, assim, que caso fosse realizada uma licitação à essa época, a data-base a ser considerada seria abril de 1997, que se refere ao início das tratativas para transferência desses contratos da SETRAN/PA para o DNER.**

37. Assim, configura-se a primeira data chave a ser considerada nos cálculos de adequação de preços dos contratos PG 209/97 a 212/97 por gestores federais, em decorrência do processo de transferência dos contratos originais ao DNER, que se iniciou em abril de 1997.

38. Posteriormente à sub-rogação citada, em 16/6/1998, as quatro empresas responsáveis pela execução desses contratos se uniram em consórcio para propor ao DNER a execução conjunta das obras na BR-163, o que foi aprovado pela autarquia em 7/10/1999, com a consequente celebração do Contrato PG 225/2000, em 24/10/2000. Assim, configurou-se em novembro de 1999 uma nova oportunidade de verificação de preços dos serviços decorrentes das fusões dos quatro contratos originais pelos gestores federais, em contraponto aos preços de mercado daquela época.

39. Finalmente, após a fusão das quatro avenças iniciais no Contrato PG 225/2000, foi proposta uma nova licitação para a execução dos serviços que vinham sendo executados por essas avenças na BR-163, em decorrência dos quantitativos dos serviços necessários à sua manutenção terem se esgotados no Contrato PG 225/2000. Essa proposta de nova licitação culminou com a publicação do Edital 228/2003-02. Entretanto, em decorrência de solicitação do consórcio responsável pela execução do Contrato PG 225/2000, o citado edital foi revogado em novembro de 2003, novo marco em que os gestores deveriam verificar a vantagem de se manter o contrato questionado, comparando-o aos preços de mercado da época, ou de se realizar a licitação proposta.

40. Portanto, comprova-se a necessidade de verificação dos preços em três etapas distintas, assim como indicado em instrução datada de 30/4/2010 (fls. 523 a 546, volume 2) e bem entendido pela última manifestação do órgão gestor (fl. 9, anexo 9):

- 1º período, de 1997 a 2000, com data-base em abril de 1994: referente à execução dos Contratos PG 209/1997, PG 210/1997, PG 211/1997 e PG 212/1997;
- 2º período, de 2000 a 2003, com data-base em abril de 1997: referente à execução do Contrato PG 225/2000, decorrente da consorciação das empresas responsáveis pela execução dos Contratos PG 209/1997, PG 210/1997, PG 211/1997 e PG 212/1997, até a revogação do Edital 228/2003-02
- 3º e último período, de 2003 a 2008, com data-base em novembro de 2003: execução do Contrato PG 225/2000, desde a revogação do Edital 228/2003-02 até a sua rescisão.

7.5. Assim, conforme bem verificado pelo Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues no Voto do Acórdão 1193/2011 – TCU – Plenário, as datas-bases não foram escolhidas aleatoriamente, porque as duas primeiras coincidem com as datas de aniversário dos contratos, quando a prorrogação haveria de ser precedida de análise da sua vantagem econômica, e a última, com a data em que o DNIT decidiu pela revogação de certame licitatório, para viabilizar a prorrogação de contrato já executado e com sobrepreço de 83%. (peça 1, p. 3).

7.6. O relatório que fundamenta a deliberação combatida, também destacou as três datas consideradas chaves na análise do feito e asseverou o seguinte acerca do cálculo do superfaturamento (peça 146, p. 7):

19. O valor de R\$ 68 milhões inicialmente aquilutado no Levantamento referia-se a sobrepreço. Nas etapas seguintes, cuidou-se de quantificar o débito e identificar os responsáveis. Assim, na instrução acostada às fls. 523-540, principal, vol. 2, TC 010.015/2008-3, após calculado o valor do superfaturamento, verificou-se o seu percentual em relação ao valor total pago, como forma de distribuí-lo proporcionalmente em cada medição. Adotou-se a premissa que todas as medições tiveram o mesmo percentual de superfaturamento. O débito foi calculado com base nas datas dos pagamentos das medições. Nas medições que tiveram pagamento parcelado, considerouse a data na qual a medição foi quitada.

20. No curso do processo, o DNIT trouxe aos autos elementos cuja análise ensejou a aumento de alguns preços referenciais inicialmente adotados pela equipe de fiscalização, tendo em vista a necessidade de adequação das CPUs à realidade da obra (...)

21. Essa redução dos preços unitários repercutiu no percentual de superfaturamento em cada um dos contratos em questão, da seguinte forma (...)

22. Importante registrar que em todos os serviços analisados foram considerados os BDIs dos próprios sistemas referenciais vigentes à época, ou seja, 35,8% para os serviços referenciados pelo Sicro 1 e 32,68% para aqueles obtidos pelo Sicro 2.

7.7. As recorrentes questionam a metodologia utilizada, que deveria ter considerado a data base da avença, e o cálculo do superfaturamento com base no Sicro I, antes de 2003 e com base no Sicro II, a partir de 2003. Entretanto, a alegação já é contraditória, tendo-se em vista que a data dos contratos Contratos PG 209/1997, PG 210/1997, PG 211/1997, PG 212/1997, bem como um período de pagamento do Contrato PG 225/2000 precedem 2003. Consoante destacado no relatório que fundamenta a deliberação combatida (peça 146, p. 17):

57. Os contratos iniciais dessa tomada de contas advêm de licitação levada a efeito pela SETRAN/PA por meio do Edital 19/90 – aviso publicado no Diário Oficial de 7/5/1990. Os serviços cuja economicidade foi aferida com base no Sicro 1 dizem respeito aos seguintes períodos de apuração:

a) 1º período, de 1997 a 2000, com data base em abril de 1994: referente à execução dos Contratos PG 209/1997, PG 210/1997, PG 211/1997 e PG 212/1997; e

b) 2º período, de 2000 a 2003, com data-base em abril de 1997: referente à execução do Contrato PG 225/2000, decorrente da consorciação das empresas responsáveis pela execução dos Contratos PG 209/1997, PG 210/1997, PG 211/1997 e PG 212/1997, até a revogação do Edital 228/2003-02.

7.8. Ademais, considerando as datas de pagamentos e os valores das medições a preços iniciais (peça 2, p. 14-16) do total medido nesses dois períodos de apuração, 44% foi executado antes de outubro/2000 e os demais 56% foram executados após o advento do Sicro 2.

7.9. Deve-se ressaltar que a apuração dos débitos se deu com premissas favoráveis às partes, corrigindo-os com base em índices contratuais, conforme metodologia descrita nos itens 36 a 38 do voto do Acórdão 515/2003 — Plenário. Em relação às datas para configuração dos débitos, a Unidade Técnica considerou que o prejuízo aos cofres públicos se caracterizou com os últimos pagamentos, uma vez que, antes disso, era possível haver uma compensação com as faturas posteriores.

7.10. Desse modo não deve ser acatado o argumento de que o débito decorreu de cálculo matemático sem aferir a economicidade da obra.

7.11. No que toca às retroações, verifica-se que se deram de modo favorável ao recorrente, desde os primeiros cálculos efetuados.

7.12. Por exemplo, na avaliação dos preços contratados no âmbito do Fiscobras 2008, foi feita a observação de que os preços unitários do Sicro para o Estado do Pará estão disponíveis somente a partir de outubro/1995.

7.13. Desse modo, efetuou-se a retroação dos preços unitários do Sicro de outubro/95 para agosto/94, utilizando-se dos índices de reajustamento de obras rodoviárias e fez-se a comparação dos valores retroagidos com os preços unitários do Consórcio de abril/94, desprezando-se na comparação e a favor do consórcio, a inflação da URV do período (peça 5, p. 12 do TC 015.010/2008-9).

7.14. Por fim, deve-se ressaltar que o DNIT admitiu que o contrato estava com sobrepreço original. Reconhecendo que "*realmente os preços unitários contratuais mostram-se superiores aos preços de referência na maioria dos serviços analisados*" (peça 9, p. 14, do TC 015.010/2008-9)

Regularidade dos preços contratuais com base na realidade das obras

8. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A dizem que consultaram a entidade PINI por causa do impasse instaurado desde a auditoria – de um lado, a Unidade Técnica afirma uma posição a partir de conceitos teóricos, de outro, o Consórcio demonstra uma realidade distinta, a partir dos dados de campo que foi possível levantar. E o trabalho técnico por ela desenvolvido com profissionais renomados na área comprovou que o parâmetro de produtividade adotado pela unidade técnica não é compatível com a realidade dos serviços executados em campo (peça 223, p. 19).

8.1. Alegam que o estudo elaborado pela PINI não foi devidamente considerado pelo TCU (que refutou com argumentos genéricos) tendo apresentado o impacto negativo na produtividade das obras por fatores decorrentes das especificidades daquela localidade: o tráfego intenso, as dificuldades logísticas, a inospitalidade do local, a alta rotatividade da mão de obra e as severas condições climáticas (peça 223, p. 20-21).

8.2. Dizem que o parecer demonstrou que a maior parte do empreendimento se situa em região de floresta equatorial, sendo tal clima caracterizado por altos índices pluviométricos, com chuvas distribuídas ao longo de todos os meses do ano, com a ocorrência de chuvas torrenciais entre novembro e maio. Em tal cenário é recorrente a necessidade de paralisações de equipamentos e mão-de-obra, a ocorrência de erosão do solo, retrabalhos no leito da rodovia e áreas adjacentes e interdições de trechos devido a atolamentos de veículos, ocasionando uma evidente perda de produtividade, que gera impacto direto nos custos do contrato. Ademais, a realidade da obra evidenciou condições climáticas mais adversas ainda, totalmente fora de qualquer previsibilidade (peça 223, p. 20).

8.3. Alegam que os seguintes fatores não foram considerados pelo TCU as peculiaridades da obra (peça 223, p. 21 e 29):

a) a região das obras era extremamente isolada, o que interferiu diretamente na logística da obra, no custo dos insumos e encareceu os serviços prestados (peça 223, p. 21);

b) a região possuía alta incidência de problemas com voçorocas, como se verifica nas imagens abaixo colacionadas, que causaram graves erosões ao longo do trecho, impactando a produtividade dos serviços prestados (peça 223, p. 21-24)

8.4. Dizem que o impacto das chuvas é reconhecido pelo DNIT, consoante Instrução de Serviço 15/2006, e acórdãos do TCU (peça 223, p. 24).

8.5. Destacam que a Corte de Contas possui decisões que reconhecem que o impacto das precipitações na produtividade não se limita apenas ao momento da chuva, quando se verificam efetivamente as paralisações, mas também em momentos posteriores, devido às “consequências da chuva” que geram a necessidade da realização de diversos “serviços de retomada”. Nesse sentido é o Acórdão 3.077/2010-Plenário (peça 223, p. 25-26).

8.6. Alegam ser equivocada a indicação de que os acréscimos de valores nos custos operacionais devido às paralisações seriam ínfimos e passíveis de serem compensados com outros ganhos não considerados pelo Sicro, tal como fator de barganha. Isso porque, nos termos do Acórdão 2.622/2013-Plenário, paradigma do TCU, tal fator deve ser compreendido como valor integrante do lucro da empresa, ou seja, a quantia eventualmente apurada em operações comerciais para aquisição de materiais destinados à obra é considerada uma forma de remuneração, não podendo ser objeto de compensações (peça 223, p. 26-27).

8.7. Defendem ser infundada teoria da compensação genérica justificar a não consideração do fator de improdutividade efetivamente praticável na execução dos serviços prestados pelas empresas. Menciona excertos do Acórdão 1.329/2009- Plenário, que expressamente afasta a prática de compensações dessa natureza (peça 223, p. 27-28).

- 8.8. Agregam aos autos fotografias para ilustrar as imprevisíveis consequências das chuvas no local de execução dos serviços (peça 223, p. 28-29).
- 8.9. Aduzem que não há dados e documentos específicos para refutar objetiva e diretamente os elementos apresentados pelas partes (peça 223, p. 31).
- 8.10. Dizem que apresentou defesa detalhada, informando ao TCU tanto sobre as condições específicas da obra que impediam a aplicação simples do Sicro I – sem as devidas adequações ao caso concreto – quanto as incorreções dos valores constantes do Sicro I, demonstrando, por meio de estudos técnicos, a necessidade de ajustes por erros de cálculo presentes no sistema (peça 223, p. 32-33).
- 8.11. Na mesma linha, o DNIT também elaborou estudo sobre as inadequações do Sicro I, tendo concluído pela impossibilidade de utilização desse sistema como um referencial adequado de preços, bem como foram agregados estudos das distorções dos preços constantes do Sicro I e relatório da empresa Skill contratada pelo DNIT para apurar a produtividade dos equipamentos para a obra de pavimentação da BR163/PA (peça 223, p. 34-35).
- 8.12. Destacam que o TCU identificou as discrepâncias deste sistema de preços e, por meio do Acórdão 50/1996-Plenário, determinou ao DNIT que o Sicro I fosse reavaliado (peça 223, p. 37-38).

Análise

- 8.13. Primeiramente, se observa que, ainda no âmbito do TC 015.010.2008/9, houve ampla avaliação acerca da caracterização do superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado: relatório da fiscalização 73/2008, (fls. 235-241, principal, vol. 1, TC 015.010/2008-9); 3 instruções da Unidade Técnica (fls.499-519, vol. 2; fls. 523-546, vol. 2; e fls. 581-602, vol. 2, todos do principal do TC 015.010/2008-9) e Acórdão 1193/2011 – TCU – Plenário, que determinou a instauração da presente TCE.
- 8.14. Nos presentes autos, após a citação, os responsáveis se manifestaram diversas vezes nos autos (apresentaram pedidos de dilação de prazo – peças 77, 79, 96; alegações de defesa – peças 82, 83, 90, 100-104; memoriais – peças 139 e 142; embargos de declaração – peças 174, 178, 181, 184, 218 e recursos de reconsideração – peça 220-223, 303 e 336, 338-343); tendo havido várias discussões sobre os elementos de defesa apresentados.
- 8.15. O relatório preliminar de fiscalização elaborado no âmbito do TC 015.010.2008/9, identificou o sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado e já relatou que a realidade da obra foi considerada (peça 4, p. 21 do TC 015.010.2008/9):

Da análise dos preços do Contrato n° PG-225/00-00, constatou-se que os mesmos se encontram cerca de 72% acima **dos preços referenciais do Sicro devidamente adaptado às características da obra, conforme Quadro 7.**

O referido percentual, para os itens de serviços analisados, equivale a aproximadamente R\$ 67.799.402,46 (a P.I. abril/1994). Muitos dos serviços apresentaram diferenças extraordinárias em relação ao Sicro, tais como "escavação e carga de material de jazida", contratado a preços de abril/1994 por R\$ 5,29 (cinco reais e vinte e nove centavos) com o Consórcio, enquanto o preço do Sicro para o serviço na data-base indicada resultou em R\$ 0,76 (setenta e seis centavos de real), uma diferença de quase 600%. É interessante observar que a última referência do Sicro para o serviço no Estado do Pará (maio/2008) apresenta preço unitário de R\$ 4,61 (quatro reais e sessenta e um centavos). Em outras palavras, quatorze anos de inflação ainda não foram suficientes para que se atingisse o preço unitário contratado em 1994 (grifos acrescidos).

- 8.16. Observa-se que fatores como ora alegados, como por exemplo influência do tráfego e das chuvas também foram levados em consideração pelo acórdão, que originou a presente TCE e os referenciais utilizados pelo TCU.

8.17. O tráfego intenso e suas dificuldades foram considerados consoante preços referenciais adotados pela Unidade Técnica, constante do relatório do Acórdão 1193/2011 – TCU – Plenário (peça 2, p. 8-9, do TC 015.010.2008/9):

44. O gestor alega que em decorrência do tráfego o fator de eficiência deve ser reduzido em 10%, ou seja, multiplicado por 0,90. Essa mesma consideração é realizada pelo Sicro para os serviços de restauração/conservação, quando considera que nos 60 minutos de uma hora somente 45 minutos são plenamente utilizados pelos equipamentos afetados pelo trânsito ($45/60 = 0,75$, que é igual a $0,90 \times 50/60 = 0,75$), em vez dos 50 minutos considerados para os serviços de construção, sem influência do trânsito ($50/60 = 0,833$).

8.18. Porém, foi observado que nem todos os equipamentos sofrem, a influência do trânsito local (peça 2, p. 9, do TC 015.010.2008/9):

45. Entretanto, ressalta-se que essa correção deve ser considerada somente para os equipamentos que sofram, de fato, a influência do trânsito local, como é o caso do caminhão basculante para os serviços constantes dos contratos ora analisados. Isso porque, em razão do isolamento da área de trabalho para o tráfego local, os outros equipamentos trabalham livremente, sem qualquer restrição; cite-se o exemplo dos rolos compactadores, das motoniveladoras e das grades de disco; havendo ou não influência do tráfego, sua produtividade será exatamente a mesma. Em decorrência desse isolamento, somente o maquinário que operar fora da área isolada poderá sofrer alguma influência.

8.19. Ainda no que pertine ao assunto, foi observada uma peculiaridade da BR-163 (peça 2, p. 9, do TC 015.010.2008/9):

o Sicro considera, para o seu cálculo de velocidade que o caminhão basculante trafega em estrada de terra, e não em estrada que apresenta revestimento primário, que é o caso da BR-163. Entende-se por revestimento primário aquela rodovia com tratamento de base e sub-base, porém sem a sua pavimentação. Desse modo, a velocidade de tráfego do caminhão basculante considerada no Sicro e nos cálculos apresentados nas instruções guerreadas se apresentam conservadoras, tendo em vista a utilização de velocidade em estrada de terra, enquanto a BR-163 encontra-se em revestimento primário.

8.20. O relatório da deliberação combatida confirmou as análises pretéritas (peça 146, p. 22):

90. No que tange à produtividade dos serviços, nos orçamentos referenciais elaborados pela Unidade Técnica **foram adotados para todos os itens as CPU relativas as obras de restauração**. Segundo o Manual de Custos Rodoviários do DNIT, vol. 7, p. 7, item 2.1.2, as composições dos serviços de restauração, de forma geral, adotam os mesmos critérios utilizados para os preços de construção, **exceto quanto ao fator de eficiência, cujo valor proposto, igual a 0,75 (adotado pelo extinto DNER nas composições de custos unitários de serviços de conservação) corresponde à hora operativa de 45 minutos, considerada a influência do tráfego existente na execução dos serviços**. Ou seja, a influência do tráfego, conforme ilustra o registro fotográfico do estudo em questão (peça 100, p. 80-89) está contemplada nos preços referenciais adotados pela Unidade Técnica.

8.21. Veja-se que o parecer da PINI e o estudo da Skill Engenharia não agregam cálculo da velocidade média (peças 100 e 101, p. 17). Ambos expedientes colacionam fotografias (peça 100, p. 80-89 e peça 101, p. 17-22) a fim de evidenciar a interferência do tráfego nas frentes de serviço em execução e adoção do fator de eficiência bem inferior ao previsto pelo Sicro.

8.22. Entretanto, o TCU identificou que o estudo apresentava inconsistências e estava incompleto (peça 146, p. 22):

88. Tocante ao estudo segundo o qual as produtividades aferidas em campo seriam inferiores àquelas previstas nas tabelas do Sicro (peça 100, p. 74-99), quanto ao aspecto formal, registra-se que o relatório não se encontra assinado bem como existe omissão quanto ao documento por meio do qual o DNIT teria solicitado à empresa consultora a sua realização – vide primeiro parágrafo da peça 100, p. 99.

89. O referido relatório enfatiza a produtividade dos equipamentos escavadeira hidráulica na execução de serviços de escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria. Todavia, é omissivo quanto aos demais integrantes da patrulha mecânica executora das tarefas. Conforme a metodologia do Sicro, a escavadeira, na condição de equipamento líder da patrulha, deve operar sem tempo improdutivo. Para isso, além da escavadeira, a patrulha deve ser composta por moto niveladora e caminhões suficientes para a carga e o transporte do material escavado, de modo a evitar que a escavadeira permaneça ligada sem estar efetivamente operando. Assim, como o relatório em comento não informa a constituição das patrulhas não é possível desconsiderar que produtividade medida tenha sido influenciada pelo desequilíbrio na composição das patrulhas mecânicas.

8.23. No que toca à influência das chuvas na produtividade horária, a unidade instrutiva bem destacou, no âmbito do TC 015.010.2008/9, que a metodologia utilizada pelo Sicro leva em consideração a hora operativa e a hora improdutiva, o que constou do relatório da deliberação combatida (peça 2, p. 10):

53. Para o cálculo da produtividade horária alcançada em cada um dos serviços, o Sicro utiliza o método teórico (item 5.3.1 do Volume 1 do Manual de Custos Rodoviários). Considera-se que o fator de eficiência é a relação entre o tempo de produção efetiva e o tempo de produção nominal, ou seja, que em 1 hora (60 minutos), os equipamentos operam durante 50 minutos, retornando um fator de eficiência de 0,83 (50/60).

54. Consultando ainda o citado manual, o modelo matemático considerado para o cálculo dos custos dos serviços considera dois períodos de tempo diferentes na atuação dos equipamentos: a hora operativa e a hora improdutiva. Na hora operativa, os equipamentos operam normalmente, sujeito às restrições que são levadas em conta quando se aplica o fator eficiência. Na hora improdutiva, o equipamento está parado, com o motor desligado, aguardando que o equipamento que comanda a equipe permita-lhe operar. Portanto, o custo horário operativo é calculado somando-se os custos horários de depreciação, operação, manutenção e mão de obra destinada à sua operação. O custo horário improdutivo refere-se somente ao mesmo custo horário da mão de obra, tendo em vista que os equipamentos, nesse período improdutivo, estão desligados, entretanto os seus operários estão à disposição.

55. Com relação à interferência de chuvas, há que considerar, na composição dos custos dos itens de serviço, a incidência dos tempos improdutivos devidos às condições climáticas, notadamente a ocorrência de chuvas, na fase final de orçamentação.

56. Especificamente em relação aos serviços de terraplenagem, esse mesmo manual, em seu item 2.1.2, considera que as produções adotadas não contemplam a ocorrência de condições climáticas desfavoráveis, as quais influenciam, em função da frequência e intensidade, de modo específico, cada tipo de serviço. Na elaboração do Orçamento de um Projeto Final de Engenharia, há necessidade de, em função dos dias de chuva previstos dentro do prazo total desejado para a execução dos serviços, serem computadas as horas improdutivas calculadas.

57. Então, não há que se falar em fator climático que incida sobre o fator de eficiência, este último alterando a produção dos equipamentos – e em decorrência a produtividade da equipe – já que nas horas de chuvas consideradas (e horas subsequentes em que não há condições de trabalho) não há produção. Lembramos que segundo o Manual de Custos Rodoviários o custo horário improdutivo é igual ao custo horário da mão de obra. Logo, pela metodologia do Dnit, o único custo extra proveniente em função da chuva é o custo da mão de obra parada.

8.24. A conclusão foi a seguinte (peça 2, p. 10-11):

60. Visto que existe, de fato, um ínfimo acréscimo nos custos unitários dos serviços decorrentes de aumento de custos de mão de obra, recorre-se ao entendimento que o TCU deu ao TC 013.756/2003-6 (Acórdão 2.061/2006-Plenário), em que julgou não ser pertinente aplicar ao Sicro fatores redutores de produtividade devido às chuvas, de eficiência e de tráfego, quando não contrabalançados por outros fatores que o sistema também não considera e que, caso fossem considerados, contribuiriam certamente para a diminuição do preço de uma obra rodoviária.

8.25. Quanto ao tema, verifica-se que houve o detalhamento do estudo da PINI, destacando-se que o item de maior relevância seria a redução do fator de eficiência em função das condições climáticas (peça 146, p. 19). Defendeu-se que, considerando-se a eficiência normal em condições boas de trabalho e de eficiência mecânica (“E”=0,75), ponderando-se os efeitos das chuvas, a eficiência real média anual seria de apenas 0,46, de acordo com o memorial de cálculo constante da peça 101, p. 56. Fazendo idêntica adaptação por causa das chuvas, considerando condição má de trabalho e boa de eficiência mecânica, o fator de eficiência real se reduziria de 0,61 para 0,37 (memorial de cálculo a peça 101, p. 57) (peça 146, p. 19).

8.26. Entretanto, o que esta Corte ratificou, conforme já verificado no Acórdão 1193/2011 – TCU – Plenário, é que os manuais de custos de obras rodoviárias não permitem alteração dos fatores de eficiência devido às paralisações causadas por chuvas, pois nesses períodos, incluindo as horas subsequentes, em que não há condições de trabalho, os equipamentos ficam parados, e, não havendo produção não há que se falar em eficiência produtiva (volume 1, página 77 do Manual de Custos Rodoviários do DNIT (peça 146, p. 22-23).

8.27. A fim de motivar o seu juízo de convicção, este Tribunal destacou estudos elaborados por meio do Acórdão 1537/2010 – TCU - Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro, que apresentou no qual se avaliou o impacto das chuvas no custo unitário dos serviços em função do aumento da mão de obra improdutiva (sendo que os estudos fundaram-se em dados pluviométricos reais do Estado do Pará), bem como decisões desta Corte de Contas (Acórdão 2061/2006-TCU-Plenário (Ministro Relator Ubiratan Aguiar e Acórdão 1637/2016-TCU-Plenário (Ministro Relator Benjamin Zymler) (peça 146, p. 23).

8.28. Concluiu-se que existe um ínfimo acréscimo nos custos unitários dos serviços decorrentes do aumento de custos de mão de obra, e desse modo, julgou-se não ser pertinente aplicar ao Sicro fatores redutores de produtividade devido às chuvas, quando não contrabalançados por outros fatores que o sistema também não considera e que, caso fossem sopesados, contribuiriam certamente para a diminuição do preço de uma obra rodoviária (fator de barganha e fator de escala para compra dos insumos, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, dentre outros) (peça 146, p. 23-24).

8.29. A recorrente alega que o fator de barganha mencionado pelo TCU deve ser entendido como valor integrante do lucro da empresa, sendo uma forma de remuneração, consoante o Acórdão 2622/2013-Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer. Desse modo, não pode ser objeto de compensações (peça 223, p. 26-27).

8.30. O que se observa da narrativa contida no Acórdão 1537/2010 Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro, utilizado para fundamentar o *decisum* combatido, é que há custos desconsiderados pelo Sicro e que tal evidencia o seu conservadorismo.

8.31. As defendentes alegam ser infundada teoria da compensação genérica justificar a não consideração do fator de improdutividade efetivamente praticável na execução dos serviços prestados pelas empresas. Menciona excertos do Acórdão 1329/2009- Plenário, que expressamente afasta a prática de compensações dessa natureza (peça 223, p. 27-28).

8.32. O *decisum* foi exarado no âmbito do TC 003.088/2005-4, que tratou de relatório de monitoramento do cumprimento da determinação feita no Acórdão 1245/2004-Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes, adotado no processo TC-006.094/2004-7, relativo a fiscalização efetuada sobre obra de duplicação da BR-364/RO, de responsabilidade do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – Dnit.

8.33. No processo, houve a alegação da contratada de reduzir o fator de redução da eficiência devido às chuvas, o chamado Fator de Chuva. Entendeu-se que, tendo em vista que o manual do Sicro admite expressamente que as condições climáticas imperantes em cada obra deverão ter seus

reflexos sobre os custos avaliados, à parte, pelo usuário do sistema, tornava-se necessário a realização dos ajustes nas composições decorrentes das chuvas, para efeito de comparação com os custos contratuais, não cabendo afastar tais ajustes sob a alegação de que o sistema possui folgas derivadas de outros fatores ainda pendentes de comprovação definitiva.

8.34. A análise do caso concreto destacou que a mensuração do impacto das chuvas sobre o sobrepreço apurado não tem o condão de alterar de maneira drástica o total inicialmente apontado e diferenciou os itens de serviço principais nos quais se apurou o sobrepreço e o impacto no seu cálculo:

48.No caso das chuvas, a documentação oficial do sistema reconhece expressamente que os efeitos de condições climáticas adversas sobre os custos dos serviços não foram devidamente contabilizados nas composições, e que deveriam ser considerados em cada caso específico. O próprio analista que abordou o tema naquele acórdão reconhece que as chuvas ou seus efeitos interferem negativamente na operação dos equipamentos. Além de achar que tais custos são superados pelas folgas citadas do sistema, questiona também a aplicação indiscriminada de um redutor linear sobre todas as máquinas, sem considerar as diferenças existentes entre elas.

49.Trata-se de outra ressalva procedente, a ser devidamente dimensionada nos estudos que o Dnit desenvolve sobre a questão, por força do que determina o Acórdão 490/2005-Plenário. Entendo, porém que não há neste feito necessidade de entrar nesses detalhes metodológicos, visto que a mensuração do impacto das chuvas sobre o sobrepreço apurado nestes autos não tem o condão de alterar de maneira drástica o total inicialmente apontado.

50. De fato, o sobrepreço está concentrado em dois itens principais, relativos ao CBUQ do binder e da capa de rolamento. Os dois itens, em conjunto, representam mais da metade do excesso inicialmente verificado. Ocorre que esses serviços são mais intensivos em materiais e transporte, que correspondem a cerca de 90% do custo total. Os equipamentos respondem pelos 10% restantes, sem condições, portanto, de afetar significativamente o custo dos itens, mesmo considerando o acréscimo devido às chuvas.

51. O impacto, no entanto, é relevante para os serviços de terraplenagem, que, além de manipularem diretamente solos e materiais umedecidos pelas chuvas, praticamente utilizam apenas equipamentos como insumos. Há, portanto, a necessidade de se conhecer o reflexo aproximado dos efeitos das chuvas nesse grupo e, conseqüentemente, no sobrepreço final. Como avaliação preliminar nesse sentido, apliquei o redutor de eficiência calculado pela própria contratada, com base nos dados meteorológicos trazidos ao processo, apenas nos itens principais de terraplenagem (ECT, distâncias: entre 600 e 800 m; entre 800 a 1.000 m; entre 3.000 e 5.000 m, e entre 5.000 e 10.000 m). Esse fator, no valor de 0,69, interfere na produção da equipe e na composição da patrulha. Por simplicidade, o fator foi aplicado apenas na produção da equipe.

52. Possivelmente, o fator de 0,69 mencionado não goza do mesmo grau de precisão das modificações feitas ao longo desta exposição, como é próprio, aliás, da controvérsia existente acerca do fator de chuva, ainda pendente do devido equacionamento técnico por parte do Dnit. No entanto, o valor utilizado cumpre o requisito de dar expressão numérica necessária à presente análise, de caráter eminentemente quantitativo, dando conseqüência às justas ponderações da contratada. E, frise-se, a limitação da influência das chuvas apenas aos itens de terraplenagem confere valor aproximativo ao cálculo efetuado, contribuindo para um maior controle dos riscos de estimação.

8.35. O entendimento acima narrado não deve ser aplicado no presente caso, pois, diferentemente do que afirma a recorrente, a realidade desta obra não demonstrou condições climáticas mais adversas e fora de qualquer previsibilidade a fim de justificar a redução do fator de eficiência.

8.36. Se a variação pluviométrica observada durante a execução contratual configurasse, de fato, álea extraordinária do negócio, em função de um comportamento totalmente atípico do regime

de chuvas típico da região, o consórcio deveria ter observado o procedimento legal aplicável à hipótese, de requerer a revisão do contrato.

8.37. Com efeito, os contratos administrativos dispõem de mecanismo de alteração bilateral, para restabelecer a justa remuneração na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Nessa hipótese, caberá o aditamento do contrato (art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei de Licitações), mediante prévio procedimento em que as circunstâncias fáticas (a exemplo de variações absolutamente discrepantes do comportamento histórico de índices pluviométricos) devem ser devidamente documentadas, calculando-se o real impacto das condições adversas e atípicas no equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

8.38. É exatamente nesse momento, e por meio desse procedimento, que a Administração e o contratado avaliariam o grau de distorção do fenômeno climático em relação à média histórica e verificariam os reais impactos na execução do empreendimento, documentando todos esses aspectos para o pleno exercício de seus direitos e obrigações, e para possibilitar o posterior controle de seus atos.

8.39. Ao não adotarem nenhuma cautela nesse sentido, não há como considerar, a posterior, que a execução deveria incluir tais custos em detrimento dos parâmetros oficiais. Ao contrário, é plenamente legítima a presunção de que as variações tiveram os impactos próprios dos riscos naturais de um empreendimento realizado em região de alta pluviosidade e demais variáveis de influência eram de todo conhecidas.

8.40. Como bem destaca Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos /11. Ed. – pg. 544/555):

‘O evento deverá ser excepcional e imprevisível. Quando se trate de ocorrências usuais, comuns e previsíveis, não há força maior. Os envolvidos podem, de antemão, estimar a superveniência do evento, preparando-se para tanto. Se o evento era costumeiro e previsível, presume-se que o particular teve em vista sua concretização ao formular a proposta. Assim, por exemplo, a estação de chuvas, em determinados locais do país, inviabiliza a execução de certas atividades. Porém, a ocorrência de chuvas intensas é plenamente previsível e estimável de antemão (...). Se o evento for previsível antes de formulada a proposta, não se configura força maior.’

8.41. Contribuí decisivamente para corroborar com o juízo defendido pelo acórdão combatido, duas considerações importantes constantes em seu relatório.

8.42. A primeira é que não há registro que os orçamentos daqueles certames tenham adotado o expediente de reduzir o fator eficiência dos serviços em função das chuvas, como pleiteiam os responsáveis. Ao contrário, e como é o usual nas obras executas pelo DNIT, foi utilizado o fator de eficiência preconizado pelo manual do Sicro, conforme a tipologia das obra (peça 146, p. 26).

8.43. A segunda é que, após a rescisão contratual com o Consórcio Construtor BR-163, o DNIT levou a efeito, no ano de 2008, duas concorrências com a finalidade de contratar os serviços necessários implantação e pavimentação da BR-163/PA, e não houve registro que os orçamentos daqueles certames tenham adotado o expediente de reduzir o fator eficiência dos serviços em função das chuvas, tendo sido utilizado o fator de eficiência preconizado pelo manual do Sicro, conforme a tipologia das obras (peça 146, p. 26).

8.44. No que toca à Instrução de Serviço Dnit 15/2006, que tratou do estudo relativo à intervenção da pluviosidade no andamento das obras (peça 223, p. 24), entende-se que não conflita com as conclusões do TCU, pois evidencia que nem todos os serviços são afetados, devendo haver a indicação desses e qual o fator de intervenção de cada um.

8.45. Veja-se que o normativo se remete ao Acórdão 490/2005 – TCU – Plenário para estabelecer o tempo de retomada médio. Esse *decisum*, em relação ao impacto das chuvas na

produção da equipe, reportou-se ao Manual do Sicro (2), que diferencia tempo produtivo e improdutivo (subitem 39 do relatório), conforme entendido na deliberação combatida.

8.46. Sobre o Acórdão 3077/2010-Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes, que segundo o recorrente reconheceu o impacto das precipitações na produtividade não se limita apenas ao momento da chuva, mas também em momentos posteriores, devido às “consequências da chuva” que geram a necessidade da realização de diversos “serviços de retomada”, devem ser feitas algumas considerações.

8.47. O *decisum* tratou de representação acerca de supostas irregularidades envolvendo a construção do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – Comperj.

8.48. No processo licitatório, de acordo com o estipulado nos itens 2.2 e 2.9 do Anexo XI do edital licitatório, o custo decorrente de atividades paralisadas devido à ocorrência de descargas atmosféricas, chuvas e suas consequências e resgate arqueológico não poderia ser considerado pelos licitantes em suas propostas comerciais, pois tal custo, previamente estimado pela Petrobras (memória de cálculo acostada à fl. 97 do Anexo 1), seria indenizado à parte pela estatal, segundo metodologia de medição e pagamento descrita no edital (subitem 5 do Voto condutor da deliberação).

8.49. O contrato contemplava a apropriação dos custos decorrentes de paralisações provocadas por chuvas e demais eventos, consoante Anexo XI (subitem 7, do Voto condutor da deliberação).

8.50. A representação foi considerada parcialmente procedente e determinou à Petrobras:

9.2.1. adoção dos custos improdutivos obtidos com base nos valores da Tabela Abemi, com os devidos descontos, para o ressarcimento dos custos dos “*equipamentos paralisados durante a ocorrência de chuvas*” e dos “*equipamentos operando em condições adversas a normal, realizando serviços de mitigação das consequências das chuvas*” (serviços de retomada), retroativamente à 1ª medição contratual;

(...)

9.2.3. expurgo, no cômputo dos custos improdutivos dos equipamentos, tanto para os “*equipamentos paralisados durante a ocorrência de chuvas*” como para os “*equipamentos operando em condições adversas a normal, realizando serviços de mitigação das consequências das chuvas*” (serviços de retomada), de margem de lucro em percentual igual ao incidente sobre os custos operativos dos equipamentos, informados no DFP apresentado pelo consórcio contratado (Tabela 1-A), ou seja, 10%;

8.51. Desse modo, diferentemente do que se observa no presente processo, havia previsão contratual de pagamento de verba indenizatória voltada ao ressarcimento de custos incorridos pelos contratados em decorrência da paralisação das obras, devido a condições climáticas desfavoráveis, o que não ocorreu no presente processo.

8.52. Conclui-se, por fim, que os elementos de defesa foram analisados e corrobora-se com o juízo de valor já realizado por esta Corte de Contas pelas razões contidas nesta resposta. Somando-se o fato de que a recorrente não agrega aos autos quaisquer novos argumentos ou documentos, não deve ser acatada a alegação de que houve regularidade dos preços contratuais.

Desconsideração de provas constantes dos autos e cerceamento de defesa

9. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A dizem que nenhum dos votos condutores dos acórdãos proferidos no presente processo adentram as particularidades, por exemplo, dos cálculos sobre a vida útil dos equipamentos, ou a irregularidade dos seus preços de aquisição no Sicro I. Afirmam que o parecer do professor Aldo Dórea Mattos, especialista em engenharia de custos, sequer é mencionado (peça 223, p. 36).

9.1. Defendem que houve a infringência da garantia da motivação das decisões e em situações semelhantes, o Poder Judiciário já determinou a anulação de decisão de Tribunal de Contas em decorrência da ausência de fundamentação (peça 223, p. 38-40). Na mesma linha, colacionam excertos de julgado do STF (peça 223, p. 40-41).

9.2. Dizem que a decisão recorrida deve ser considerada nula, por ausência de fundamentação, bem como por ausência de contraditório e ampla defesa, uma vez que o Tribunal não analisou, efetivamente, as provas técnicas que são juntadas aos autos pelos responsáveis, apegando-se tão somente aos pronunciamentos unilaterais das unidades técnicas que trabalharam no caso (peça 223, p. 41).

9.3. No que toca ao pleito de realização de prova pericial, já indeferida, alegam que o ônus da prova é do TCU, ou seja, de quem alega, existindo cerceamento de defesa pela negativa peremptória do direito de produção imparcial de prova pericial (peça 223, p. 41-42).

9.4. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A dizem que enfrentam dificuldades no levantamento das informações e comprovantes para subsidiar a sua defesa, pois o Sicro I não se prestaria para o comparativo de preços, sendo que a avaliação do trecho da obra se encontra prejudicada a bastante tempo (peça 223, p. 9-10).

Análise

9.5. Consoante se observa dos autos, o parecer acerca da vida útil dos equipamentos elaborado pela empresa Aldo Mattos Consultoria (peça 102, p.151-182) objetivou evidenciar que o Sicro 1 teria se tornado um referencial inadequado para fundamentar sobrepreço/superfaturamento.

9.6. No exame do TCU, foi mencionado o seguinte acerca do seu conteúdo (peça 146, 14):

45. O parecer: vida útil de equipamento, elaborado pela empresa Aldo Mattos Consultoria (peça 102, p.151-182), a pedido dos responsáveis servidores do DNIT Roberto Borges Furtado da Silva, Francisco Augusto Pereira, Desideri, Luiz Munhoz Prosei Júnior e Hideraldo Luiz Caron, demonstraria de forma cabal tais discrepâncias (peça 102, p. 174-175):

a) no período de maio de 1994 a outubro de 1999, o Sicro 1 apresentou dilatação na vida útil dos equipamentos de maneira não explicada e imotivada;

b) queda irreal do custo de aquisição dos equipamentos - fenômeno que não foi constatado no mercado tampouco nos índices de preços de domínio público;

c) individualmente cada um desses fatores impacta significativamente o custo horário dos equipamentos, em conjunto distorcem sobremaneira o valor final obtido;

d) correção dessas discrepâncias no Sicro 2, confirma que realmente havia anomalias no sistema de custos no período apontado; e

e) os custos horários dos equipamentos inseridos nas composições de preço utilizadas pelo TCU como referência são inadequados e acarretam considerável distorção no comparativo realizado a partir do Sicro 1 e nos valores apontados como indício de sobrepreço.

9.7. Veja-se que o parecer contém as críticas ao Sicro I e destaca modificações ocorridas no sistema referencial de preços, no que toca a vida útil dos equipamentos.

9.8. De fato, houve revisão, atualização, complementação dos Manuais de Custos Rodoviários e a adequação do sistema informatizados Sicro.

9.9. Conforme asseverado pelo próprio Dnit em sua apresentação do Manual de Custos Rodoviários – Sicro 2:

No cálculo dos custos, levou-se em consideração as novas tecnologias e os atuais métodos construtivos rodoviários, entretanto, faz-se necessário ressaltar que essa atualização deverá

constituir-se dinâmica, tendo em vista o contínuo desenvolvimento da tecnologia e da economia do país.

9.10. Portanto, se trata de um sistema dinâmico e as atualizações existentes no sistema não afastam a adoção do parâmetro oficial de verificação, inquestionavelmente vigente à época do certame.

9.11. Nessa mesma linha, o entendimento desta Corte de Contas aponta que o aperfeiçoamento de qualquer sistema orçamentário, com vistas a aproximar as composições de custos às reais condições de campo, é aceitável, dinâmico e se constitui em procedimento ordinário. Entretanto, o processo de atualização do Sicro não desqualifica a versão anterior como comparativo de preços (Acórdão 2901/2020 – TCU – Plenário, Ministro Relator, Benjamin Zymler e Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti) .

9.12. O parecer mencionado contém a seguinte conclusão (peça 102, p. 175):

Por todo o acima exposto, respondendo à consulta formulada, concluímos pela absoluta inadequação do custo horário dos equipamentos inseridos nas composições de preço utilizadas pelo TCU como referência, acarretando considerável distorção no comparativo realizado a partir do SICRO 1 e nos valores apontados como índice de sobrepreço no contrato do Consórcio Construtor da BR-163/PA.

9.13. No expediente, não é apresentado cálculo do impacto das composições de preço consideradas adequadas com os contratos ora analisados.

9.14. A substituição das composições indicadas nos sistemas referenciais de preços de obras públicas por outras, elaboradas a partir das peculiaridades do empreendimento, somente pode ser admitida nos casos específicos em que a obra ou o serviço, por suas características únicas, em muito se diferencia da situação padrão, considerada na elaboração do sistema referencial, devidamente comprovadas (Acórdão 1352/2015 – TCU – Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

9.15. Entende-se que é possível a adaptação de composições de custos dos sistemas oficiais, desde que devidamente justificada e para fazer frente a eventuais peculiaridades do empreendimento (Acórdão 753/2015 - TCU – Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes). Entretanto, no que toca vida útil de equipamento, não houve a comprovação de adoção de outro parâmetro em razão das peculiaridades da situação concreta examinada.

9.16. Por fim em relação ao pleito de realização de perícia, também se coaduna com o entendimento já esposado nestes autos, no sentido de que no processo de controle externo no âmbito do TCU, não há previsão para a oitiva de testemunhas ou produção de prova pericial eventualmente requeridas pelos responsáveis ou interessados, cabendo à parte apresentar os elementos que entender necessários para demonstrar a boa e regular aplicação de recursos públicos que lhe forem confiados (Acórdão 1292/2018 – TCU – 1ª Câmara, Ministro Relator Bruno Dantas).

Valores preexistentes, anteriormente licitados pela Setran/PA e amparados por pareceres jurídicos

10. Roberto Borges Furtado da Silva diz que o critério adotado para a fixação dos valores do novo contrato, cuja execução passaria a ser do Consórcio, foram os preços anteriormente licitados pela Setran/PA, e já praticados nos anteriores contratos administrativos celebrados com cada uma das empresas, ou seja, esse critério de preço preexiste a qualquer análise de qualquer planilha, consoante as decisões tomadas no âmbito do DNER, fls. 43/48, todas amparadas pelos pareceres jurídicos de fls. 34/41 e 45/46, o que trouxe justa expectativa da regularidade dos preços praticados (peça 222, p. 8-9).

Análise

10.1 De fato, conforme afirma o recorrente, existia o procedimento licitatório e as contratações, entretanto, estavam permeadas pelo sobrepreço.

10.2. É entendimento desta Corte de Contas que, em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à responsabilização pelo TCU (Acórdão 1001/2015 – TCU – Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler).

10.3. Os gestores deveriam avaliar os fundamentos, a consistência e a completude das matérias submetidas a sua apreciação, realizando a conferência quanto à comparação dos valores propostos e contratados, entre si, e com o referencial vigente à época da contratação, a fim de identificar o sobrepreço existente.

Revisão do cálculo dos juros

11. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A pedem que seja revista a forma de cálculo dos juros considerando o longo tempo transcorrido desde a assinatura do contrato até a citação dos responsáveis, computando-os apenas a partir da citação, consoante Acórdãos 1566/2018-Plenário e 2850/2016-Plenário (peça 223, p. 43).

11.1. Invocam o Acórdão 1603/2011-Plenário, paradigma utilizado na definição dos critérios de atualização dos débitos imputados pela Corte de Contas, segundo o qual não haverá incidência da taxa Selic – que contempla juros e correção monetária – em casos em que seja verificada a ocorrência de débito, mas reste demonstrada a boa-fé do responsável (peça 223, p. 43).

Análise

11.2. Consoante se observa da deliberação combatida, a atualização monetária, acrescida dos juros de mora são calculados a partir das datas discriminadas até o seu recolhimento (vide subitem 9.2 do acórdão recorrido – peça 5).

11.3. Tais corresponderam às datas dos pagamentos (fato gerador), momento em que a irregularidade do superfaturamento se efetivou.

11.4. Os Acórdãos 1566/2018-Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro e 2850/2016-Plenário, Ministro Relator Vital do Rêgo, decidiram, de forma excepcional, considerar o cômputo dos juros de mora a partir da data da citação, em razão do dilatado período de tempo que foi necessário para a conclusão dos trabalhos de auditoria, bem como para a autuação e instrução da TCE, sem que os responsáveis tenham contribuído para essa demora. Ambos os processos trataram de superfaturamento em obras do DNIT.

11.5. No Acórdão 1566/2018-Plenário foi relatado que se discutiu uma proposta de preços apresentada em maio de 1999 e a citação da empresa somente teria sido realizada em maio de 2015.

11.6. No Acórdão 2850/2016-Plenário, processo originário da presente tomada de contas especial foi dilatado, vez que a auditoria realizada em 2002 só veio a ser apreciada em 2011, sem que os responsáveis tenham concorrido para a demora.

11.7. No presente caso tem-se que as contratações a cargo do DNER ocorreram em 1997 (tendo sido firmados 4 contratos) e, após a formação do consórcio, os serviços remanescentes em cada um dos quatro lotes foram unificados em um novo ajuste, o Contrato PG 225/2000.

11.8. Durante os trabalhos da fiscalização 73/2008 (Fiscobras/2008), a análise de preços evidenciou sobrepreço no Contrato PG 225/2000.

11.9. Em 2011 foi prolatado o Acórdão 1193/2011 – Plenário que determinou a citação dos responsáveis e a constituição da presente TCE.

11.10 O acórdão condenatório foi prolatado em 2019, no qual conclui-se pela existência do superfaturamento (peça 144).

11.11. Conforme já mencionado na presente resposta, na irregularidade apurada (superfaturamento) houve um nítido caráter continuado. Há mais de uma conduta irregular, mas em condições que se enquadram no conceito de continuidade positivado no art. 71 do Código Penal ("quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro).

11.12. Considerando-se os últimos pagamentos relativos aos contratos, as datas da fiscalização, da citação e do acórdão condenatório não há que se falar extrapolação do prazo de 10 anos para a instauração da TCE e, tampouco em longo lapso temporal que prejudique a defesa.

11.13. Ademais, defende-se a incidência da atualização monetária e dos juros de mora desde as datas inerentes aos indevidos pagamentos (e não desde a citação), em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

11.14. Em relação ao Acórdão 1603/2011-Plenário mencionado pelo recorrente, segundo o qual não haverá incidência da taxa Selic, em casos em que seja verificada a ocorrência de débito, mas reste demonstrada a boa-fé do responsável, deve-se informar que o entendimento ali esposado foi alterado pelo Acórdão 1247/2012 – TCU – Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes.

11.15. Consoante deliberação posterior, os débitos anteriores a 31/7/2011 devem ser atualizados monetariamente até essa data pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), acrescidos de juros de mora; e, a partir dessa data, a taxa Selic deve ser aplicada a todos créditos oriundos dos acórdãos do TCU, exceto nos casos em que o Tribunal delibera pela aplicação de multa ou verifica a ocorrência de débito, mas reconhece a boa-fé do responsável - enquanto os autos estiverem tramitando no TCU, ou seja, sem o envio do acórdão condenatório para cobrança judicial -, casos em que deve ser mantida a sistemática de atualização monetária pelo IPCA.

11.16. Entretanto, no âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise da conduta, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva, para a responsabilização do agente (Acórdão 7936/2018 – TCU – Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti).

11.17. Por fim, verifica-se que não há elementos nos autos que denotem a boa fé dos recorrentes. Isso porque ocorreu prejuízo vultoso, devido a não obediência aos parâmetros oficiais, e violação de princípios constitucionais e normativos legais.

Ausência de responsabilidade

Luis Munhoz Prosel Júnior e Hideraldo Luiz Caron

12. Luis Munhoz Prosel Júnior diz que competia à Diretoria Colegiada a aprovação dos atos que ora lhe são imputados (peça 220, p. 2 e peça 338, p. 2 e 33-35).

12.1. Alega que as condutas descritas no ofício de citação não se encontram entre as competências regimentais e obrigações do recorrente, razão pela qual ele não pode ser responsabilizado (peça 220, p. 2-3 e peça 338, p. 35-36).

12.2. Hideraldo Luiz Caron invoca o fato de terceiro (Coordenador-Geral de Operações Rodoviárias) que o levou a agir pensando estar dentro da legalidade, uma vez que a coordenação que se encontrava sob responsabilidade de tal coordenador instruiu o processo de maneira a conduzir o recorrente a decidir no sentido impugnado por este Tribunal (peça 303, p. 16).

12.3. Luis Munhoz Prosel Júnior e Hideraldo Luiz Caron afirmam que as suas atuações se deram pautadas em pareceres técnicos das áreas especializadas, que apontavam a regularidade do projeto desenvolvido, de modo que exigir que eles identificassem as falhas questionadas por esta Corte de Contas, demandaria que agissem acima do que lhes era esperado como agente público, revendo e desconfiando de tarefas que eram atribuídas a outras pessoas (peça 220, p. 4, peça 338, p. 2,10 e peça 303, p. 5 e 16-17).

12.4. Hideraldo Luiz Caron defende que deve ser aplicada ao presente caso a técnica conhecida como *distinguish* (ou *distinguishing*), segundo a qual, embora existam precedentes desta Corte no sentido de que a ação respaldada em pareceres não exime da responsabilização pela prática de ato irregular, é necessário que se observe a distinção presente no caso em tela, uma vez que eventuais vícios eram de difícil detecção, diante dos elementos constantes nos autos do processo administrativo conduzido pelo DNIT (peça 303, p. 11-12).

12.5. Luis Munhoz Prosel Júnior e Hideraldo Luiz Caron dizem que deveriam os autos ter sido examinados sob a ótica da necessária segregação de funções considerando, ainda, que exigir de um superior hierárquico que revisasse todos os atos de seus subordinados representa risco de inviabilizar o exercício do *múnus* público (peça 220, p. 4 e peça 338, p. 31-32 e peça 303, p. 17).

12.6. Transcrevem excertos de julgados do TCU nesse sentido (peça 220, p. 4-7 e peça 303, p. 12-13).

12.7. Argumentam que o acórdão recorrido ignorou que os vícios havidos nos pareceres que nortearam a atuação dos recorrentes, caso realmente existentes, eram de difícil detecção (peça 220, p. 7 e peça 303, p. 11). Destacam excertos de julgados do TCU que entendeu no sentido de que, caso os vícios sejam de difícil detecção, não deve haver responsabilização (peça 220, p. 7-10 e peça 338, p. 30-31).

12.8. Asseveram que o artigo 20 da LINDB exige, das esferas administrativa, judicial e de controle, que se abstenham de justificar decisões com valores jurídicos abstratos sem ter em consideração os efeitos práticos da decisão (peça 220, p. 10 e peça 338, p. 32-33 e peça 303, p. 18).

12.9. Luis Munhoz Prosel Júnior menciona o art. 21 da Lei 13.655/2018, que trata das consequências em decisões que decretem a nulidade de atos administrativos e destaca a impossibilidade de se impor ônus ou perdas anormais ou excessivos aos sujeitos atingidos pelos efeitos da decisão (peça 220, p. 11).

12.10. Relata que a Superintendência Regional do DNIT/PA, quase que ao mesmo tempo, abriu dois processos para tratarem se assuntos correlacionados: um para licitar e outro para aditar o contrato PG-225/2000, já existente (peça 338, p. 2-4).

12.11. Descreve o histórico do processo de aditamento a fim de evidenciar que o recorrente teve postura diligente (peça 338, p. 5-9).

12.12. Afirma que, de outubro de 2003 a julho de 2005, época de atualização dos termos do termo aditivo proposto, por falta de manutenção, houve a necessidade de alteração, o que resultou em acréscimo de 95% (peça 338, p. 9).

12.13. Diz que os preços do contrato já estavam aprovados no processo 51.100.007231/98-25, antes mesmo do recorrente ingressar no DNIT (peça 338, p. 9-10).

12.14. Aduz que a decisão recorrida deixou de considerar que as medidas adotadas pelo recorrente se deram ante a urgente necessidade de conservação e preservação da BR-163 e, conseqüentemente, do interesse público (peça 220, p. 11 e peça 338, p. 4-5).

12.15. Acrescenta que a realização de nova licitação, cuja conclusão não se sabia quando ocorreria, poderia causar maiores prejuízos do que o procedimento adotado pelo recorrente, o qual

possibilitou a retomada dos serviços, em consonância com o interesse público maior e mais premente no momento (peça 220, p. 11 e peça 338, p. 15).

12.16. Ademais, alega que havia desorganização do DNIT que no processo para realizar nova licitação omitiu a existência do Contrato PG 225-00 (peça 338, p. 12-13).

12.17. Diz que quando foi nomeado, a confusão já estava feita, a licitação suspensa por tempo indeterminado e sem previsão de conclusão (peça 338, p. 13).

12.18. Afirma que a manutenção do Contrato PG-225/2000 permitiria que o DNIT tivesse como efetivamente pavimentar a rodovia assim que tivesse recurso disponível, o que era necessário e o maior anseio da população, não devendo ser esperada conduta diversa do recorrente. Essa questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido e se vincula diretamente aos fundamentos de interesse público que permearam as ações do gestor, ora responsável (peça 220, p. 11 e peça 338, p. 15).

12.19. Relata a tramitação que resultou na revogação do edital em razão da sobreposição de objeto e destaca a atuação diligente do responsável que não foi fator determinante à indigitada revogação do edital (peça 338, p. 15-28).

12.20. Aduz que não houve a demonstração da culpa, pois este não se afastou da conduta esperada do homem médio e agiu com a cautela exigível do gestor (peça 338, p. 28-30).

12.21. Hideraldo Luiz Caron destaca suas atribuições regimentais e defende que foram cumpridas com diligência pelo recorrente (peça 303, p. 22).

Análise

12.22. Luis Munhoz Prosel Júnior, Coordenador Geral de Construção Rodoviária, e Hideraldo Luiz Caron, então Diretor de Infraestrutura de Rodoviária, foram citados em decorrência da seguinte irregularidade (peça 13 e peça 19):

O débito decorre da revogação do edital de licitação 228/2003, sob o argumento de sobreposição de objeto, apesar das reiteradas informações do responsável da 2ª Unit de que os quantitativos de restauração e conservação do Contrato PG 225/2000 estavam esgotados e eram pagos com verba de construção, implicando o prosseguimento da execução do Contrato PG 225/2000 e o conseqüente superfaturamento da obra.

12.23. Luis Munhoz Prosel Júnior tenta atribuir responsabilidade à Diretoria Colegiada e alega que as condutas descritas no ofício de citação não se encontram entre as competências regimentais e obrigações do recorrente, razão pela qual ele não pode ser responsabilizado.

12.24. Na mesma linha, Hideraldo Luiz Caron alega que a atuação do Coordenador-Geral de Operações Rodoviárias o levou a agir pensando estar dentro da legalidade.

12.25. Os argumentos não devem ser acatados.

12.26. Primeiramente, se destaca que a conduta dos gestores foi ativa. Houve a revogação do Edital de Licitação 228/2003-00 sob o argumento de sobreposição de objeto (peça 32, p. 21, 22, 29, 30-31 do TC 015.010/2008-9) diante das reiteradas informações do responsável da 2ª UNIT (peça 31, p. 2-3, 31, 38 do TC 015.010/2008-9) ressaltando que os quantitativos de restauração e conservação do Contrato PG-225/00 estavam esgotados e sendo pagos com verba de construção, implicando na continuidade da execução do contrato, resultando em débito de R\$ 27.698.276,88 (peça 2, p. 20).

12.27. Os recorrentes, em especial, o Sr. Luis Munhoz Prosel Júnior, apresentam vários argumentos a fim de justificar a escolha escorregada pela revogação do edital de licitação e a sua economicidade, em comparação com a realização de novo procedimento licitatório.

12.28. Entretanto, conforme se verifica da leitura do relatório da deliberação combatida, os defendentes foram responsabilizados por terem contribuído para o superfaturamento no Contrato 225/2000, sendo esperada outra conduta dos gestores (peça 146, p. 31):

137. Não obstante a discussão acerca da sobreposição de objetos e do saldo de serviços destinados à conservação da rodovia, para o deslinde desta TCE a questão central é a avaliação da economicidade do Contrato 225/2000 comparativamente ao Edital 228/2003, oportunidade na qual os gestores deveriam ter identificado a discrepância entre os preços praticados naquele ajuste e o referencial de mercado, no caso, o Sicro 2.

138. Embora não tenham apresentado documentação comprobatória ou conste expressamente nos pareceres datados de 15/2/2004, onde se posicionam favoravelmente a revogação do edital em comento (fls. 521-522, anexo 2, vol. 2, TC 015.010/2008-9), os defendentes explicam que a avaliação da economicidade do Contrato 225/2000 teve por base estudos e pareceres efetuados em outros momentos da execução contratual, mormente quando da formação do consórcio Construtor BR-163 e da avaliação do 1º aditivo contratual. Sopesaram, ainda, o fato de as auditorias pgressas do TCU não terem questionado os preços firmados.

139. Assim, quando os estudos que visavam decidir sobre a continuidade do processo licitatório ou da execução do já citado Contrato 225/2000, a avaliação de economicidade foi parcial, pois não houve o cotejo dos preços contratuais vigentes com os valores propostos na licitação. Tal avaliação tornaria evidente o sobrepreço existente no contrato em execução.

12.29. Desse modo, o Contrato PG-225/2000 foi firmado irregularmente e com sobrepreço e a revogação do Edital 228/2003 importou em continuidade do mencionado contrato até 2008, sem o cotejo dos preços contratuais com o referencial de mercado (Sicro 2).

12.30. Assim, a alegação de que avaliou a economicidade do empreendimento ao verificar que se o edital da licitação não fosse cancelado, o custo seria superior ao aditivo (peça 338, p. 15), não resulta em verificação dos aspectos relacionados à economicidade do contrato, que demandaria compulsar o aditivo comparando-o aos preços referenciais que regiam a contratação.

12.31. Luis Munhoz Prosel Júnior e Hideraldo Luiz Caron, em suas alegações de defesa, que foram apresentadas conjuntamente, reconhecem, consoante competências regimentais (art. 83, III, do Regimento Interno que (peça 100, p. 3 e 7):

a) cabia ao Coordenador-Geral de Construção Rodoviária, dentre outras atribuições, examinar orçamentos e planos de trabalho de obras e serviços elaborados pelas Superintendências, o que se confirma pelos excertos transcritos à peça 338, p. 35;

b) à Diretoria de Infra-Estrutura Terrestre compete administrar e gerenciar a execução de programas e projetos de construção, operação, manutenção e restauração da infra-estrutura terrestre e a revisão de projetos de engenharia na fase de execução de obras, bem como exercer o poder normativo relativo à utilização da infra-estrutura de transportes terrestres.

12.32. Desse modo, diante da competência regimental, não há como excluir a responsabilidade dos recorrentes.

12.33. No que toca à atuação respaldada por pareceres técnicos das áreas especializadas, que apontavam a regularidade do projeto desenvolvido, deve-se asseverar que pareceres técnicos e jurídicos, em regra, não vinculam o administrador público, que tem a obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. A atuação do gestor com respaldo em parecer não exime a sua responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos (Acórdão 2871/2014 – TCU – Plenário, Ministro Relator José Jorge).

12.34. Ademais, as boas práticas administrativas impõem que as atividades de fiscalização e de supervisão do contrato devem ser realizadas por agentes administrativos distintos (princípio

da segregação das funções), o que favorece o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa (Acórdão 2296/2014 – TCU – Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler).

12.35. Compulsando o expediente assinado pelo Sr. Luis Munhoz Prosel Júnior se observa que o responsável não menciona pareceres pretéritos a fundamentar o seu *decisum*. Este relata a solicitação do consórcio de revogação do edital e que “da análise dos autos” se manifesta favoravelmente à revogação desse e conseqüente reinício do Contrato PG-225/00-00. O Sr. Hideraldo Luiz Caron destaca o parecer do Coordenador-Geral de Construção Rodoviária e manifesta a sua concordância. Em ambas manifestações, não houve a verificação dos aspectos relacionados à economicidade do contrato (peça 32, p. 21-22 do TC 015.010/2008-9).

12.36. Ressalta-se que, na sequência, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral do DNIT que deixou claro que as condutas dos gestores deveriam observar as recomendações constantes da lei (peça 32, p. 25 do TC 015.010/2008-9):

11. Importante salientar que somente a autoridade competente para aprovar a licitação tem competência para revogá-la. Quanto ao mérito, ou seja, ao juízo da conveniência pela revogação do procedimento licitatório, a decisão cabe exclusivamente à Administração, não cabendo a esta Procuradoria qualquer manifestação.

12. Em assim sendo, o entendimento desta PGE/DNIT é o de que não há óbice legal a que seja revogada a licitação em andamento, **desde que atendidas as recomendações previstas na legislação.**

12.37. Dessa forma, não há como ser acatado a alegação hipotética de que o acórdão recorrido ignorou que “*os vícios havidos nos pareceres que nortearam a atuação do recorrente, caso realmente existentes, eram de difícil detecção*”, pois somente o exame do caso concreto com a demonstração precisa dos vícios de difícil detecção permitiriam tal exame.

12.38. Os preços eram, em média 2 vezes, maiores que os de mercado calculados somente sobre as medições dos anos de 2003 a 2008. Assim, a simples comparação com o referencial Sicro 2 seria capaz de identificar o sobrepreço existente no contrato.

12.39. Nessa linha de entendimento se afasta também o argumento de que deve ser aplicada ao presente caso a técnica conhecida como *distinguish* (ou *distinguishing*), pois não restou demonstrado no caso concreto se tratar de vício de difícil detecção.

12.40. Além disso, a análise da economicidade do contrato fazia parte do *mínus* dos recorrentes e era necessária a fim de se propor a continuidade desse. Os excertos de julgado colacionados pelo recorrente à peça 220, p. 8-9, diferentemente do presente, avaliaram o caso específico trazendo inclusive o conteúdo dos pareceres, eivado de erro técnico de difícil detecção, que nortearam a atuação dos gestores para justificar o entendimento de que houve a descaracterização da conduta dolosa e culposa do agente público.

12.41. O recorrente alega que a decisão recorrida deixou de considerar que as medidas adotadas pelo recorrente se deram ante a urgente necessidade de conservação e preservação da BR-163 e, conseqüentemente, do interesse público. Entretanto, não é isso o que se observa da leitura do acórdão combatido que ponderou o fim almejado pelos gestores (peça 146, p. 31):

141. A tônica das alegações de defesa é que a manutenção do Contrato 225/2000, conseqüentemente à revogação do Edital 228/2003, seria a opção que melhor atendia ao interesse público haja vista a finalidade principal do contrato – pavimentação da rodovia, e a incerteza quanto à manutenção de trafegabilidade. **Tais preocupações são legítimas, já que por decisão ministerial o Contrato ficou parado por dois anos, todavia a avaliação da economicidade das contratações é fundamento que a administração, em todos os níveis, não pode negligenciar, ao preço de macular os Princípios da Administração Pública entalhados no art. 37 da CF/1988.**

12.42. Desse modo, a inexistência de avaliação da economicidade dos contratos e suas consequências, que contribuíram para a ocorrência do superfaturamento não há como ser acatado o argumento de que houve atendimento ao interesse público. Ademais, os arts. 20 da LINDB e art. 21 da Lei 13.655/2018 não legitimam a conduta dos gestores contrária a lei.

Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva

13. Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva trazem o histórico das contratações que resultaram no Contrato PG-225/2000 (peça 221, p. 2 e peça 222, p. 3).

13.1. Os recorrentes alegam que não aprovaram a planilha de preços unitários efetivamente utilizada no Contrato PG-225/2000, tendo seus atos sido tornados sem efeito por falta de aprovação (peça 221, p. 2 e 7 e peça 222, p. 3 e 11-12 e 14). Descrevem suas condutas:

a) Francisco Augusto Pereira Desideri:

a.1) encaminhamento da proposta de constituição de Consórcio ao Diretor de Engenharia Rodoviária para análise, consubstanciada no Relato 2247/1999, o que ocorreu em 21/7/1999 (peça 83, p. 69 do PDF) (peça 221, p. 2);

a.2) em 16/08/2000, envio das planilhas que me foram encaminhadas à Diretoria de Engenharia, para que fosse promovida a análise visando à aprovação da planilha contratual—ou sua modificação, se necessário — e assim fosse dado seguimento à consecução das obras da Rodovia, que há muito já se encontravam paralisadas (peça 83, p. 108 do PDF) (peça 221, p. 4);

b) Roberto Borges Furtado da Silva:

b.1) fl. 32 - informação ao Chefe da Divisão de Construção de que os processos já se encontram na citada Procuradoria, conforme informação ...";

b.2) fl.49 - após a aprovação do Consórcio, apresentou sugestão ao Chefe da Divisão de Construção "sugerimos evoluir o presente ao 2º DRF para conhecimento e fins" (peça 222, p. 2-3);

b.3) sugestão ao seu superior hierárquico de envio dos autos à Procuradoria Geral "a fim de que se manifeste com relação a Unificação da Planilha de Preços Unitários" (peça 222, p. 4 e 15-16).

13.2. Roberto Borges Furtado da Silva defende que o referido ato praticado pelo recorrente não foi de avaliação, análise ou aprovação de planilha ou de valores, tendo sido apenas um despacho de mero impulso processual (peça 222, p. 6-7, 13-15).

13.3. Alega que, quando atuou, todas as análises de preços já haviam sido realizadas (peça 222, p. 7 e 12).

13.4. Francisco Augusto Pereira Desideri aduz que o Regimento Interno do DNER previa funções específicas ao seu cargo, em seu art. 70 e, dentre essas, não se incluíam definições sobre critérios de orçamentação de obras. Tal seria responsabilidade dos chefes de Distrito Rodoviário Federal, junto ao Diretor de Engenharia Rodoviária — como efetivamente ocorreu neste caso (peça 221, p. 6).

13.5. Diz que houve a observância às diretrizes e funções indicadas pelo Regimento Interno do DNER, não havendo nexos de causalidade entre as condutas praticadas pelo recorrente e o alegado prejuízo causado ao erário, por força da execução do Contrato PG 225/2000 (peça 221, p. 7).

13.6. Roberto Borges Furtado da Silva afirma que cabia a Divisão de Construção o controle das medições encaminhadas, mas não dos seus valores aferidos e reajustamentos dos preços contratuais. Acrescenta que não há qualquer previsão regimental de possibilidade de ingerência do

recorrente sobre atos administrativos praticados pelos seus superiores hierárquicos e que atuou em estrita observância às diretrizes e funções indicadas pelo Regimento Interno do DNER (peça 222, p. 19).

13.7. Francisco Augusto Pereira Desideri destaca que ainda que o seu cargo tivesse a atribuição de fiscalização de preços contratuais — o que se cogita apenas pelo princípio da eventualidade — é notório que à época da celebração do Contrato PG-225/2000 o DNER passava por período de restrição no número de funcionários, de modo que o número de engenheiros lotados na Divisão de Construção era absolutamente insuficiente para o devido acompanhamento de todos os contratos vigentes, o que se comprova por meio de comunicado oficial feito pelo próprio recorrente e foi consignado na Decisão 1217/2002-Plenário (peça 221, p. 7-9).

13.8. Transcreve excertos de julgados do TCU no qual se entendeu que não é razoável que dificuldades de fiscalização enfrentadas pelo órgão concedente redundem em ônus excessivo para o gestor responsável pela execução do contrato (peça 221, p. 9-10). Tais decisões estão em consonância com art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei 213.655, de 2018, bem como com o art. 82 do Decreto 9.830/2019 (peça 221, p. 10). Na mesma linha estão argumentos de Roberto Borges Furtado (peça 222, p. 20).

13.9. Afirma que não houve locupletamento (peça 221, p. 11).

13.10. Requer a exclusão do rol de responsáveis e, alternativamente, seja limitada a condenação ao pagamento das quantias consideradas como ônus aos cofres públicos até fevereiro/2003, data em que foi exonerado do cargo de chefia da DCT, e não possuía mais qualquer ingerência sobre os pagamentos realizados ao Consórcio contratado para execução das obras (peça 221, p. 11).

13.11. Roberto Borges Furtado defende que devem ser considerados na delimitação da responsabilidade dois marcos temporais distintos, a saber: i) a data da superveniência e utilização da nova planilha, tal como admitido nos itens 125 a 127 da Instrução acolhida pelo acórdão recorrido; ou ii) até o dia 2/8/2001, data da exoneração do recorrente do cargo de chefia do serviço de construção e pavimentação (peça 222, p. 22).

13.12. Afirma que admitindo-se que a planilha originária tenha surtido seus efeitos (não surtiu) tais só poderiam se concretizar até a superveniência da nova planilha de preços, dita planilha aperfeiçoada, ou seja, eventual ilícito acabou superado e coarctado com a superveniência da nova planilha, a que efetivamente foi adotada no contrato, fato que impõe a limitação da condenação até esse marco temporal (peça 222, p. 22).

13.13. No que toca aos pagamentos realizados a maior, entende que somente devem ser imputados ao recorrente até a data da exoneração (peça 222, p. 23).

13.14. Questiona porque outros responsáveis que participaram do processo de aprovação dos preços não foram chamados aos autos e, como resposta, afirma que isso ocorreu em razão de não ter sido praticado qualquer ato ilícito (peça 222, p. 10).

13.15. Francisco Augusto Pereira Desideri destaca que não se mostra adequada a aplicação de multa, considerando que o recorrente não deu causa aos supostos prejuízos experimentados pelo erário (peça 221, p. 14).

13.16. Diz que o montante da multa foi desarrazoado e confiscatório e que esta Corte de Contas, em outros momentos, reconheceu a possibilidade de modulação do valor das multas aplicadas, privilegiando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (peça 221, p. 14).

13.17. Requer a realização de prova pericial (peça 221, p. 18).

Análise

13.18. O Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção, e o Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação/DNER, foram citados em razão da aprovação da planilha comparativa de preços unitários do Contrato PG 225/2000, com sobrepreço, o que resultou no superfaturamento da obra (peças 6 e 15).

13.19. Veja-se que o Acórdão que determinou a citação dos recorrentes assim descreveu a irregularidade apurada e as suas evidências (peça 2, p. 19):

Ato impugnado: pela aprovação da Planilha Comparativa de Preços Unitários com sobrepreço (fls. 137 a 143 do Anexo 2), resultando em débito de R\$ 86.118.542,51 (atualizado, com juros, até 26/01/2010), em 1998 (vide “Tabela 2”, Contrato PG-225/00, 1º Período: 2000 a 2002, a seguir);

13.20. Primeiramente, deve-se destacar que foi reconhecido que a planilha orçamentária (com desconto de 16,46% em relação ao valor agregado dos quatro contratos), que contemplou os preços unitários pactuados no Contrato 225/2000, não tramitou na Divisão de Construção ou no Serviço de Construção e Pavimentação do extinto DNER (considerações contidas no relatório da deliberação combatida à peça 146, p. 28, subitem 118).

13.21. Desse modo, conforme afirmam os recorrentes, estes não aprovaram a planilha de preços unitários efetivamente utilizada no Contrato PG-225/2000.

13.22. Entretanto, o *decisum* combatido, considerando a oportunidade para avaliação da economicidade das contratações, entendeu que as condutas dos responsáveis contribuíram para a ocorrência do superfaturamento (peça 146, p. 28):

121. Respeitante à primeira versão da planilha, além da não efetivação no contrato, os defendentes sustentam que teriam realizado somente atos de mero expediente encaminhando o processo a quem de direito. Tal argumentação não coaduna com o consignado nos documentos constantes no processo administrativo da formação do Consórcio Construtor BR-163.

O documento acostado à fl. 142, anexo 2, TC 015.010/2008-9, consiste em resumo de relato, datado de 16/8/2000, encaminhado ao Diretor de Engenharia Rodoviária pelo Chefe da Divisão de Construção, com a seguinte redação:

(...) Após a análise e elaboração planilha comparativa de preços unitários, com base nas composições de preços unitário do SICRO, elaborado por esta Divisão de Construção /DCt encaminhamos em anexo, a minuta de Relato que, caso V.S^a. concorde, deverá ser encaminhada ao Sr. Presidente do CGI, para que o mesmo APROVE os preços unitários a serem implantados o Sistema MEDI. (grifos originais)

122. No documento à fl. 143, anexo 2, TC 015.010/2008-9, o Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação, sugere a remessa do processo à Procuradoria para fins de parecer jurídico, mas previamente consiga o seguinte: (...) Posteriormente [após a emissão do parecer jurídico], solicitamos que o processo evolua à Diretoria de Engenharia Rodoviária, a fim de que o Sr. Diretor da Dr.E.R. encaminhe o presente ao Sr. Presidente do C.G.I., para fins de Aprovação os Preços Unitários constantes da Planilha Unificada do referido Consórcio (destaques originais).

13.23. Com as vênias de estilo, discorda-se do entendimento constante da deliberação combatida no que toca à responsabilização.

13.24. Em primeiro lugar, destaca-se que para o estabelecimento do nexos de causalidade para fins de responsabilização, aplica-se no TCU a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexos causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada (Acórdão 1501/2018 – TCU – 1ª Câmara, Ministro Relator Benjamin Zymler).

13.25. Sob o prisma da teoria do dano direto e imediato, nos casos em que o dano ao erário decorre de um conjunto de causas (concausas), não se podendo apontar uma única causa para sua

ocorrência, deve-se verificar se a conduta possui relação direta e imediata com o dano, bem como se ela foi decisiva e necessária para sua ocorrência (Acórdão 2760/2018 – TCU – Plenário, Ministro Relator Bruno Dantas).

13.26. Sobre a Teoria do Dano Direto e Imediato, Gisela Sampaio da Cruz explica que:

‘ (...) embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão só os que se ligam ao dano em uma relação de necessidade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano.’ (O problema do nexa causal na responsabilidade civil. Renovar, Rio de Janeiro, 2005. p. 99-102).

13.27. A aprovação da planilha comparativa de preços unitários com sobrepreço, atribuída aos recorrentes (fls. 137 a 143 do Anexo 2) não resultou no superfaturamento, pois sequer subsidiou o Contrato PG-225/00 (peça 25, p. 17 do TC 015.010/2008-9):

Uma primeira planilha para análise foi então elaborada pela DCt/DrER: conforme proposta às fls. 65 a 68. A diferença entre o somatório dos valores remanescentes dos quatro contratos originais e do valor unificado remanescente proposto pelo Consórcio, já representava uma redução de R\$ 24.965.774,89 (vinte e quatro milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, setecentos e setenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) em relação ao montante contratado. Submetida a análise da PG/DNER, esta pronunciou-se favorável ao proposto face a economia para o DNER e o amparo legal à proposta com base no artigo 65, inciso I e parágrafo primeiro da Lei nº 8.666/93, conforme despacho à fl. 74.

Reestudando o assunto a DCt, tendo por base para cada item os preços médios ponderados dos 4 contratos, comparando-os com os preços propostos pelo Consórcio e adotando para cada um deles o menor dos dois valores, elaborou as planilhas constantes às folhas 92 a 94. Os novos preços unitários propostos reduzem o montante dos quantitativos remanescentes dos quatro contratos unificados para R\$ 177.541.685,40 aumentando a diferença mencionada no item anterior para R\$ 34.984.389,94 (trinta e quatro milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, trezentos e oitenta e nove reais e noventa e quatro centavos). Submetido a apreciação do 2º DRF, este se manifestou favorável aos preços propostos conforme despacho de fls. 96 e planilhas às fls. 97 a 99.

10 Assim sendo, considerando a vantagem de, a par a economia que poderá ser proporcionada ao DNER, não estarmos propondo a pactuação de nenhum preço unitário maior do que o da média ponderada dos quatro contratos hoje existentes, propomos:

Sejam adotados como preços unitários-base para a pactuação do contrato a ser celebrado com o Consórcio, os preços resultantes da divisão dos valores mínimos constantes da última coluna das planilhas às fls. 92 a 94 (quadro 06, fls. 1/3 a 3/3) pelas respectivas quantidades remanescentes, feitos os devidos arredondamentos conforme normas legais;

Que, com base nos preços unitários assim aprovados, seja promovida a lavratura do contrato com o Consórcio a fim de que se possa dar andamento às obras contratadas.

13.28. Do relato acima, bem como da leitura dos documentos mencionados como evidência do achado (fls. 137 a 143 do Anexo 2 – peça 24, p. 37-43, TC 015.010/2008-9), destacando-se o documento constante da peça 24, p. 142-143 do TC 015.010/2008-9, se observa que sequer ocorreu a “aprovação da Planilha Comparativa de Preços Unitários”, pois não houve manifestação Presidente do CGI. Conforme afirmado, houve reanálise da matéria e elaboração de outra planilha.

13.29. Desse modo, entende-se que a conduta atribuída aos recorrentes no ofício citatório (perante a qual apresentaram defesa comprovando a sua não ocorrência) não tem o condão de

estender a sua condenação solidária, também por este motivo, ao superfaturamento. A imputação de débito exige a correta correlação de causas e efeitos.

13.30. Nessa linha de entendimento, destaca-se que o ofício citatório deve, sob pena de nulidade, apresentar os fatos e as condutas em relação aos quais os responsáveis devem se defender, com vistas a atender a sua função de chamar a parte aos autos e fornecer-lhe os elementos para o exercício da ampla defesa (Acórdão 9438/2020 – TCU – 2ª Câmara, Ministro Relator Raimundo Carreiro).

13.31. Conforme se observa do processo, a aprovação final da planilha de preços unitários com sobrepreço (fls. 147 a 167 do Anexo 2), é que resultou no débito de R\$ 86.118.542,51 (atualizado, com juros, até 26/01/2010), em 1998 (vide “Tabela 2”, Contrato PG-225/00, 1º Período: 2000 a 2002, a seguir). Foi responsabilizado por este ato Rogério Gonzales Alves, Substituto do Diretor de Engenharia Rodoviária/DNER, que aprovou os preços unitários base para a pactuação do contrato (peça 25, p. 17 do TC 015.010/2008-9).

13.32. Desse modo, conclui-se que Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva devem ter as suas responsabilidades excluídas da ocorrência do superfaturamento no Contrato PG-225/00.

Maurício Hasenclever Borges

14. Maurício Hasenclever Borges afirma que todos os contratos firmados entre o extinto DNER e a Secretaria de Transportes de Estado Pará foram iniciados antes da gestão do defendente (peça 268, p. 5).

14.1. Alega que a sua condenação não foi técnica e invoca o princípio da presunção de inocência (peça 268, p. 3-4).

14.2. Diz ser grave a tentativa de fazer com que o estado-administração queira se locupletar ilicitamente, em detrimento do ora recorrente, para lhe atribuir a responsabilidade de ato ou fato da administração, que estava fora do âmbito da sua competência regimental (peça 268, p. 5).

14.3. Nessa linha, também alega não poder ser responsabilizado por atos praticados por terceiros e que sua conduta foi escorreita (peça 268, p. 5).

Análise

14.4. Consoante se verifica dos autos, Maurício Hasenclever Borges, Diretor Geral do DNER, foi citado solidariamente com as empresas executoras das obras em decorrência celebração dos Contratos PG-209/97, PG-210/97, PG-211/97 e PG 212/97 com sobrepreços, que resultaram no superfaturamento da obra (peças 10-12 e 17).

14.5. O recorrente alega que os contratos firmados entre o extinto DNER e a Secretaria de Transportes de Estado Pará foram iniciados antes da gestão do defendente.

14.6. Consoante já relatado nos autos, em maio de 1990, a Secretaria de Transportes do Pará (SETRAN/PA) publicou o Edital 19/1990, que deu origem à assinatura dos contratos AJUR 055/91 (Lote 1), AJUR 056/91 (Lote 2), AJUR 057/91 (Lote 3) e AJUR 054/91 (Lote 4), em 13/8/1991, destinados à contratação dos serviços de terraplanagem, pavimentação, drenagem, obras de arte correntes, obras complementares e obras de arte especiais na Rodovia BR-163/PA, no trecho km 770 (divisa MT/PA) ao km 1468,5 (entrada BR-230). Assim, esses contratos encontravam-se sob responsabilidade da Secretaria de Estado do Pará. Somente após seis anos, em 25/11/1997, esses contratos foram transferidos para o DNER, órgão antecessor do atual Dnit, por meio dos Termos de Cessão ou de Sub-rogação Parcial PG-211/97-00 (Lote 01), PG-212/97-00 (Lote 02), PG 210/97-00 (Lote 03) e PG-209/97-00 (Lote 04) (peça 2, p. 7).

14.7. Independentemente de as licitações terem sido iniciadas antes da sua gestão, as contratações questionadas foram subscritas pelo responsável, na condição de Diretor Geral do DNER (peça 22, p. 4-7, 21, p. 24, 35 a 38 e peça 24, p. 1-4, do TC 015.010/2008-9) e este seria o momento em que o gestor federal deveria verificar a adequação dos preços contratuais com relação aos de mercado, em contraponto a uma nova licitação para os mesmos serviços.

14.8. O gestor público não está autorizado a promover contrato que se mostre economicamente desvantajoso ao Erário, para não subverter o princípio basilar da licitação, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

14.9. Diante da conduta do responsável, que violou os princípios da administração pública consignados no art. 37 da Constituição e no art. 3º da Lei 8.666/1993 e foi fundamental para a ocorrência do superfaturamento, não há como ser acatada a argumentação de que está sendo responsabilizado por conduta de terceiros e que a condenação não foi baseada em elementos técnicos.

14.10. Em razão da materialidade da irregularidade (superfaturamento nos contratos) e da evidenciada responsabilidade do recorrente, também deve ser afastada a alegação de locupletamento da administração, tendo-se em vista que, em ocorrendo débito deve haver o seu ressarcimento na forma legal.

14.11. Por fim, no que toca ao responsável, o Ministro Relator destacou reiteradas irregularidades ocorridas no âmbito da sua gestão (peça 145, p. 5):

Os fatos retratados nos autos são extremamente graves. Verifico que o sr. Maurício Hasenclever Borges já foi condenado por fraudes no órgão em talvez mais de uma centena de processos, responsáveis pela análise de desvios no órgão. Não teria dúvidas em apontar a existência inequívoca de atos de corrupção da sua parte, com a perpetração de fraudes de variado naipe.

Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A

15. Dizem que a responsabilização do Consórcio, no presente caso, não se deu por qualquer hipotético ato ilegal que tivesse cometido no âmbito das obras da BR-163/PA, ou mesmo em razão de suposto descumprimento do contrato, mas sim porque o TCU, em usurpação de competência do administrador público, entendeu que, em determinados momentos ao longo da execução contratual, o gestor deveria ter rescindido o contrato em comento, mas não o fez (peça 223, p. 17).

15.1. Defendem que não faz sentido que o TCU exija nem do gestor, nem do Consórcio, que tivessem como prever à época dos fatos, a possibilidade de uma melhor solução para o caso concreto, pois os recursos eram escassos a 20 anos atrás e não haveria obrigação jurídica nesse sentido (peça 223, p. 18).

Análise

15.2. A argumentação não deve ser acatada.

15.3. O Consórcio e as empresas dele participantes foram condenados em razão de terem se beneficiado financeiramente do superfaturamento verificado no âmbito dos Contratos PG 209/1997, 210/1997, 211/1997, 212/1997 e PG 225/2000 (peças 5, 8, 9, 14, 16). A responsabilidade se deu, portanto, por ação e não omissão quanto a rescisão contratual.

15.4. Na medida em que os recorrentes não obtiveram êxito em desconstituir a ocorrência do superfaturamento demonstrando a regularidade dos valores recebidos, não há como ser acatado o argumento de que a contratação observou a legalidade.

15.5. Além do débito verificado, ocorreu violação aos Princípios da Administração Pública consignados no art. 37 da Constituição, Lei 8.666/1993, art. 3º, Lei 10.524/2002, devendo ser afastado o argumento de que houve usurpação de competência do administrador público.

15.6. Conforme se observa dos autos, o sobrepreço apurado foi de grande monta, sendo que os preços eram, em média 2 vezes, maiores que os de mercado calculados somente sobre as medições dos anos de 2003 a 2008. Houve, portanto, descumprimento da legislação, em vista da ilícita majoração de seus ganhos indevidos.

CONCLUSÃO

16. Preliminarmente, se observa que houve a ocorrência da prescrição, consoante a Lei 9.873/1999. Entende-se que, no caso de tomada de contas especiais, se a prescrição alcançar a totalidade do objeto do processo não subsistirão condições para o desenvolvimento válido e regular do feito, que deverá ser arquivado, nos termos do art. 212 do regimento interno do Tribunal, consoante parecer emitido pelo Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé nos autos do TC 011.246/2016-2. Ademais, tal entendimento está em consonância com recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que determinou o trancamento de tomada de contas especial, ao constatar a ocorrência da prescrição (Reclamação 39497, DJe 02/07/2020).

16.1. Não se verifica a impossibilidade de exercício pleno de contraditório e ampla defesa pelo transcurso de grande lapso temporal desde a data do dano. Considerando-se os últimos débitos atribuídos aos responsáveis (irregularidade que se deu em caráter continuado), a apuração do achado por meio de fiscalização em 2008 e a citação recorrentes, não há que se falar extrapolação do prazo de 10 anos para a instauração da TCE, tampouco em longo lapso temporal que prejudique a defesa.

16.2. Não se concluiu pela existência de irregularidade na metodologia do cálculo do superfaturamento utilizada pelo TCU. O sobrepreço apurado nesta TCE decorreu de utilização de metodologia própria de unidade técnica especializada do Tribunal, mediante a comparação dos preços contratados com preços referenciais de mercado constantes do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro), elaborado e mantido, à época, pelo próprio DNER, atual DNIT.

16.3. Além disso, a regularidade dos preços contratuais não foi demonstrada. Os recorrentes não agregam aos autos provas de que a realidade da obra evidenciou condições de tráfego e climáticas mais adversas e fora de qualquer previsibilidade, a fim de justificar a redução do fator de eficiência.

16.4. Não houve desconsideração de provas constantes dos autos e cerceamento de defesa. Os documentos apresentados foram analisados, destacando-se que a substituição das composições indicadas nos sistemas referenciais de preços de obras públicas por outras, elaboradas a partir das peculiaridades do empreendimento, somente pode ser admitida nos casos específicos em que a obra ou o serviço, por suas características únicas, em muito se diferencia da situação padrão, considerada na elaboração do sistema referencial, devidamente comprovadas. Por fim, a realização de prova pericial incumbe aos responsáveis.

16.5. É entendimento desta Corte de Contas que, em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à responsabilização pelo TCU (Acórdão 1001/2015 – TCU – Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler).

16.6. Além disso, devem avaliar os fundamentos, a consistência e a completude das matérias submetidas a sua apreciação, realizando a conferência dos valores propostos e contratados, entre si, e com o referencial vigente à época da contratação, a fim de identificar o sobrepreço existente.

16.7. Entende-se que não há motivos para a revisão do cálculo dos juros, a contar a partir da citação, pois não restou verificado prejuízo ao contraditório e ampla defesa, bem como em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

16.8. No que toca à responsabilização dos recorrentes, conclui-se:

a) Luis Munhoz Prosel Júnior, Coordenador Geral de Construção Rodoviária, e Hideraldo Luiz Caron, então Diretor de Infraestrutura de Rodoviária contribuíram para a ocorrência do superfaturamento. O Contrato PG-225/2000 foi firmado irregularmente e com sobrepreço e a revogação do Edital 228/2003 (conduta atribuída aos responsáveis) importou em continuidade do mencionado contrato até 2008, sem o cotejo dos preços contratuais com o referencial de mercado (Sicro 2), o que deveriam ter sido realizado, considerando-se as suas competências regimentais;

b) Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção, e Roberto Borges Furtado da Silva, Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação/DNER não aprovaram a planilha de preços unitários efetivamente utilizada no Contrato PG-225/2000. A aprovação da planilha comparativa de preços unitários com sobrepreço, atribuída aos recorrentes, não se efetivou e não resultou no superfaturamento, pois sequer subsidiou o Contrato PG-225/2000. Desse modo, não se entende que os responsáveis devem ter as suas responsabilidades excluídas da ocorrência do superfaturamento no Contrato PG-225/2000;

c) Maurício Hasenclever Borges, Diretor Geral do DNER subscreveu contratações questionadas e este seria o momento em que o gestor federal deveria verificar a adequação dos preços contratuais com relação aos de mercado, em contraponto a uma nova licitação para os mesmos serviços. O gestor público não está autorizado a promover contrato que se mostre economicamente desvantajoso ao Erário, para não subverter o princípio basilar da licitação, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração;

d) Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A não obtiveram êxito em desconstituir a ocorrência do superfaturamento demonstrando a regularidade dos valores recebidos. Desse modo, auferiram benefício indevido, o que gera o dever de indenizar.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Andrade Gutierrez Engenharia S.A. Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; Francisco Augusto Pereira Desideri; Luis Munhoz Prosel Junior; Maurício Hasenclever Borges; Roberto Borges Furtado da Silva, e Hideraldo Luiz Caron, contra o Acórdão 1929/2019-TCU-Plenário, propondo-se com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

I – conhecer do recurso:

a) em sede preliminar, reconhecer a prescrição de ressarcimento ao Erário bem como a prescrição punitiva, com fundamento na Lei 9.873/1999, a fim de tornar insubsistente o acórdão recorrido arquivando-se o processo, com fundamento no art. 212 do regimento interno do TCU;

II) no mérito, caso superada a preliminar;

a) dar provimento aos recursos de Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva, a fim de excluí-los do rol de responsáveis constante dos subitens 9.2.5 e 9.3;

b) negar provimento aos demais recursos interpostos;

III) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada aos recorrentes e aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 13 de agosto de 2021.

(assinado eletronicamente)
Andréa Rabelo de Castro



Auditora Federal de Controle Externo

Matrícula 5655-3