

## VOTO

Nesta fase processual, são examinados recursos de reconsideração interpostos pelas empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A., bem como pelos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri, Luis Munhoz Prosel Júnior, Maurício Hasenclever Borges, Roberto Borges Furtado da Silva e Hideraldo Luiz Caron, em face do Acórdão 1.929/2019-Plenário, que apreciou tomada de contas especial constituída em atendimento ao Acórdão 1.193/2011-Plenário, em virtude de indício de superfaturamento apurado nas obras de implantação e conservação do trecho paraense da BR-163, executadas entre 1997 e 2008.

2. A complexidade dos autos em exame exige que se faça um breve histórico dos acontecimentos no empreendimento, cuja implantação foi iniciada na década de 1970 pelos 8º e 9º Batalhões de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro (BEC), por meio de delegação de competência do então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

3. No ano de 1989, o DNER e a Secretaria Executiva de Transportes do Estado do Pará (Setran) firmaram o convênio PG-015/89 em que o concedente transferiria recursos ao conveniente para serem aplicados em obras num trecho de 698,5 km de extensão da BR-163, entre a divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso e o entroncamento com a BR-230 no Estado do Pará.

4. Por meio da Concorrência 019/90, a Setran licitou quatro trechos da BR-163, resultando nos 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 S.A. e Construtora Queiroz Galvão S.A.

5. Insta salientar que as despesas decorrentes dos contratos correriam por conta de recursos federais repassados pelo DNER ao Governo do Estado do Pará, via Setran, conforme estipulava a cláusula terceira do quinto termo de sub-rogação parcial do convênio de delegação no PG 15/70-00 celebrado entre o DNER e o então Ministério do Exército.

6. Em 25/11/1997, os referidos ajustes, totalizando R\$ 220.464.302,93 (duzentos e vinte milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, trezentos e dois reais, noventa e três centavos), foram transferidos ao extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), por intermédio dos respectivos Termos de Cessão ou Sub-rogação, PG-209/97, PG-210/97, PG-211/97 e PG-212/97 conforme detalhado na tabela a seguir:

Tabela 1 – Os contratos de sub-rogação firmados com o DNER.

Contratada	Contrato	Objeto	Valor (R\$)
Construtora Norberto Odebrecht S.A.	PG-211/97-00	Pavimentação de 172 km em areia asfalto usinado a quente no lote 1 da BR-163.	41.634.305,69
Estacon Engenharia S.A.	PG-212/97-00	Pavimentação de 199,5 km em areia asfalto usinado a quente no lote 2 da BR-163.	68.312.716,24
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	PG-210/97-00	Pavimentação de 163,5 km em concreto betuminoso usinado a quente no lote 3 da BR-163.	54.116.485,96

Construtora Queiroz Galvão S.A.	PG-209/97-00	Pavimentação de 163,5 km em concreto betuminoso usinado a quente no lote 4 da BR-163.	56.400.795,04
			<b>220.464.302,93</b>

7. 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.

8. Essa última avença foi fiscalizada pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do Fiscobras/2008 (TC 015.010/2008-9), processo em que foram apontados indícios de superfaturamento na obras, decorrente do sobrepreço de itens de serviço do empreendimento. Tal fato ensejou a expedição de medida cautelar em 11/9/2008, determinando ao Dnit, órgão sucessor do DNER, a retenção de pagamentos.

9. Logo em seguida, em 30/9/2008, o ajuste foi rescindido pela referida autarquia, tendo em vista que a conclusão do projeto executivo, ocorrida 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.

10. O Acórdão 2.440/2008-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, embora tenha registrado a rescisão do mencionado ajuste, manteve os termos da medida cautelar vigente, bem como informou à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que o bloqueio orçamentário das obras de construção da BR-163/PA tornou-se desnecessário após a rescisão do Contrato PG 225/2000.

11. Cabe fazer um parêntesis para frisar que, no exercício de 2003, o Dnit publicou o Edital de Concorrência 228/2003, destinado a contratar os serviços de conservação e recuperação da BR 163/PA. No entanto, em fevereiro de 2005, em atendimento à solicitação do consórcio construtor, a autarquia revogou a licitação, sob o argumento de que haveria superposição entre os objetos do certame licitatório e do Contrato PG 225/2000.

12. Na ocasião, os quantitativos de restauração e conservação do Contrato PG 225/2000 já se encontravam inteiramente esgotados e tais serviços eram pagos com verbas destinadas aos itens contratuais de construção. Para superar tal óbice, o Dnit celebrou aditivo contratual, transferindo quantitativos de serviços de construção para as atividades de conservação da rodovia. Não havia, pois, o alegado impedimento para prosseguimento do certame, porque os quantitativos de serviços de restauração e conservação da rodovia haviam sido consumidos nos 15 anos em que vigoravam aqueles contratos.

13. Além disso, a medida foi apontada como danosa ao Erário, haja vista que, na ocasião, os preços praticados pelo consórcio superavam, em 83%, os valores registrados no Sicro para os mesmos serviços. Tal decisão impôs, à época das medições, suposto prejuízo de R\$ 4,2 milhões ao Erário, montante este que só não foi superior porque a medida cautelar concedida pelo então relator, Ministro Ubiratan Aguiar, evitou o pagamento de R\$ 15,7 milhões ao contratado.

14. Após a quantificação do débito, conduzida no âmbito do TC 015.010/2008-9, o Acórdão 1.193/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, determinou a constituição deste processo de tomada de contas especial e a citação dos responsáveis, bem como manteve os efeitos da cautelar referendada pelo Acórdão 2.440/2008-Plenário.

15. O Sr. Maurício Hasenclever Borges, ex-dirigente do DNER, e as quatro construtoras foram citados em razão da celebração dos contratos de 1997, que resultaram nos superfaturamentos apurados no período de 1997 a 2000. Segundo a decisão de mérito desta TCE, a assinatura dos Contratos PG-209/1997, PG-210/1997, PG-211/1997 e PG-212/97 teria se dado sem nenhum tipo de análise sobre a real vantagem da sub-rogação dos referidos ajustes em alternativa à realização de uma nova licitação, ou, ainda, a repactuação dos valores que haviam sido contratados no âmbito do certame realizado pela Setran/PA.

16. Por seu turno, os Srs. Roberto Borges Furtado da Silva (então Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação do DNER), Francisco Augusto Pereira Desideri (então Chefe da Divisão de Construção do DNER) e Rogério Gonzales Alves (Diretor Substituto de Engenharia Rodoviária do DNER à época dos fatos) foram citados em solidariedade com as empresas componentes do Consórcio Construtor da BR-163 em razão do débito apurado no período compreendido entre 2000 e 2003, pois teriam analisado e sugerido a aprovação da planilha de preços enviada pelo consórcio e que fundamentaria o Contrato 225/2000.

17. Por fim, os Srs. Luis Munhoz Prosel Júnior, então ocupante do cargo de Coordenador-Geral de Construção Rodoviária, e Hideraldo Luiz Caron, na condição de Diretor de Infraestrutura Terrestre, foram citados em solidariedade com as empresas componentes do Consórcio Construtor da BR-163 pelo débito decorrente da revogação do edital de licitação 228/2003, dando causa ao prosseguimento da execução do Contrato PG 225/2000, com superfaturamento, entre os anos de 2003 a 2008.

18. Segundo o relator **a quo**, o eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, a revogação do Edital 228/2003 ocorreu em atendimento à solicitação do consórcio executor, sob o argumento de que haveria superposição entre os objetos do certame e do Contrato PG 225/2000. No entanto, não haveria impedimento para prosseguimento da nova licitação, porque os quantitativos de serviços de restauração e conservação do referido ajuste haviam sido integralmente consumidos e vinham sendo pagos com verba de construção.

19. Além disso, logo após a revogação do certame licitatório, o Contrato 225/2000 foi aditivado para remanejamento das verbas. Assim, o relator da decisão recorrida considerou que os responsáveis procederam sem avaliar a economicidade do contrato frente ao edital a ser revogado e aos valores constantes dos referenciais públicos.

20. Em linhas gerais, os percentuais de superfaturamento observados nos ajustes em apreciação foram os indicados na tabela a seguir, conforme relatório que embasou o Acórdão 1.929/2019-Plenário:

Tabela 2 – Percentuais de superfaturamento.

Contrato/Período de Execução	Superfaturamento apontado
209/1997 - Sem considerar a 34ª medição	52,62%
210/1997	66,47%
211/1997	63,64%
212/1997	64,86%
225/2000 - 2000 a 2002	45,37%
225/2000 - 2003 a 2008 - Somente até a 55ª medição	8,02%

21. O Acórdão 1.929/2019-Plenário, além de julgar irregulares as contas dos agentes elencados acima, imputou os seguintes débitos atualizados (até o dia 24/6/2019) a cada grupo de responsáveis solidários:

Contrato	Débito Atualizado	Responsáveis Solidários
Contrato PG 209/1997	R\$ 4.814.992,30	Maurício Hasenclever Borges Construtora Queiroz Galvão S.A.
Contrato PG 210/1997	R\$ 5.737.672,39	Maurício Hasenclever Borges Construtora Andrade Gutierrez S.A.
Contrato PG 211/1997	R\$ 47.260.992,11	Maurício Hasenclever Borges Construtora Norberto Odebrecht S.A.
Contrato PG 212/1997	R\$ 5.917.176,04	Maurício Hasenclever Borges Estacon Engenharia S.A.
Contrato PG 225/2000 (22/12/2000 a 24/6/2004)	R\$ 39.402.901,78	Roberto Borges Furtado Silva Francisco Augusto Pereira Desideri Rogério Gonzales Alves empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163
Contrato PG 225/2000 (28/12/2005 a 14/8/2008)	R\$ 4.952.878,54	Luiz Munhoz Prosel Júnior Hideraldo Luiz Caron empresas integrantes do Consórcio Construtor da BR 163

22. Outrossim, o Acórdão 1.929/2019-Plenário aplicou as seguintes multas, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992:

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

23. Ao Acórdão 1.929/2019-Plenário, foram opostos embargos de declaração, os quais foram conhecidos e rejeitados pelos Acórdãos 3.044/2019-Plenário e 755/2020-Plenário.

24. Irresignados com o referido desfecho processual, os responsáveis interpuseram os recursos de reconsideração ora em apreciação.

25. Em pareceres uníssimos, a Secretária de Recursos (Serur) formulou as seguintes conclusões, **in verbis** (peça 352):

*“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 (sic), 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.”*

26. Diante das conclusões acima, a unidade técnica propõe, preliminarmente, 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 e, por conseguinte, arquivar o presente processo com fundamento no art. 212 do Regimento Interno do TCU.

27. Caso superada a preliminar, o posicionamento da unidade técnica foi no sentido de conceder provimento aos recursos dos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva, a fim de excluí-los do rol de responsáveis, e de negar provimento aos demais recursos interpostos.

28. O pronunciamento regimental do **Parquet**, na figura do Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, entendeu que, em relação à preliminar de prescrição, deveria ser observado o entendimento predominante no âmbito do TCU, no sentido de que as ações de ressarcimento ao Erário são imprescritíveis, consoante dispõe o Enunciado 282 da Súmula de Jurisprudência do TCU (Acórdãos 415/2021-Plenário, 18.604/2021-1ª Câmara, 781/2022-1ª Câmara e 1.170/2022-1ª Câmara); aplicando-se os critérios estabelecidos no Acórdão 1.441/2016-Plenário no concernente à prescrição da pretensão punitiva, cuja ocorrência não foi verificada neste caso.

29. No que tange ao mérito dos apelos, o Ministério Público de Contas acolheu integralmente o exame realizado pela unidade técnica.

## II

30. Após essa indispensável contextualização dos autos, passo a me manifestar sobre as razões recursais e sobre as propostas de encaminhamento formuladas pelas instâncias instrutivas.

31. Preliminarmente, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, entendo pertinente conhecer dos recursos de reconsideração e passo a examinar o mérito dos apelos.

32. Abordo inicialmente as alegações de prescrição ressarcitória e punitiva apresentadas pelos recorrentes. As instâncias instrutivas foram uníssonas no entendimento de que não haveria prescrição da pretensão punitiva, se aplicados os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-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.

33. No caso em discussão, é nítido o caráter continuado das irregularidades que geraram os diversos pagamentos com sobrepreço, pois foi verificado superfaturamento de todos os contratos, de 1997 até 2008. A continuidade delitiva foi interrompida somente em 2008, com a rescisão do Contrato PG 225/2000. Assim, conforme histórico dos fatos apresentados neste voto e no relatório que fundamenta esta deliberação, o termo **a quo** a ser considerado deve ser o último pagamento do Contrato PG 225/2000, ocorrido somente no exercício de 2008.

34. O relator da decisão recorrida entendeu que a aplicação da regra intertemporal prevista no artigo 2.028 do Código Civil resultaria na data limite para citação dos responsáveis, sem ocorrência da prescrição, em 11/1/2013, ao passo que o julgamento do Acórdão 1.193/2011-Plenário, que determinou as citações, ocorreu em 11/5/2011. Desse modo, não vislumbrou a ocorrência da prescrição punitiva.

35. Com base no mesmo raciocínio, é nítido que também não houve a prescrição quinquenal prevista no art. 1º da Lei 9.873/1999, pois o Acórdão 1.193/2011, proferido na Sessão Ordinária do Plenário de 11/5/2011, converteu os autos em tomada de contas especial e determinou a citação dos responsáveis, antes, portanto, de esgotado o prazo quinquenal contado do último pagamento superfaturado. Aplica-se ao caso a parte final do referido dispositivo, **in verbis**:

*“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”*

36. A Secretaria de Recursos acolheu o argumento das empresas integrantes do consórcio construtor de que teria havido a prescrição intercorrente prevista no §1º do mesmo artigo, visto que o presente processo teria ficado paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”. Para embasar tal conclusão, foi apresentada a seguinte cronologia dos fatos:

*“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).”*

37. Na cronologia acima, caberia ainda destacar a produção da instrução de mérito da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, ocorrida em 15/3/2018 (peças 132, 133 e 134), e o parecer do MP/TCU, produzido em 11/5/2018.

38. Assim, a Serur considerou que houve o transcurso de 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.

39. Ocorre que a instrução também destacou que houve a autuação de dois processos de solicitação de informações apensados ao presente processo. 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 à instrução do Inquérito Civil – IC 1.23.002.000047/2009-40, de informações sobre o TC 015.010/2008-9.

40. 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.

41. De forma diversa da unidade técnica, entendo que as solicitações mencionadas acima são causas de interrupção da prescrição, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999, pois podem ser enquadrar no conceito de “*qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*” pela Administração Pública Federal.

42. Diante do exposto, não houve o transcurso de prazo superior a três anos entre a notificação de responsável, em 19/12/2011 (peça 109), e a expedição do Ofício PRM/STM/GAB2/868/2014, de 16/12/2014, visando a instrução do Inquérito Civil – IC 1.23.002.000047/2009-40, não se operando, dessa maneira, a prescrição intercorrente do art. 1º, §1º, da Lei 9.873/1999. Ou seja, qualquer que seja o regime prescricional aplicado aos autos, seja o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil ou os dispositivos da Lei 9.873/1999, não se operou a prescrição da pretensão punitiva. Tenho idêntica conclusão acerca da prescrição ressarcitória.

43. No que se refere aos argumentos dos recorrentes de que teria havido prejuízo ao contraditório e à ampla defesa pelo transcurso de grande lapso temporal, estou alinhado com as conclusões da Serur no sentido de que essa situação não se verificou no caso em apreciação.

44. Com efeito, o art. 5º, § 4º, da IN/TCU 56/2007, vigente quando da determinação para instauração da presente tomada de contas especial, autorizava o arquivamento de processos dessa natureza quando transcorrido o interregno de mais de dez anos entre os fatos geradores do dano e a citação dos responsáveis.

45. Todavia, a própria redação constante do parágrafo quarto do dispositivo citado põe a salvo determinação deste Tribunal em contrário, de modo que o arquivamento dos processos com base nesse dispositivo se dá enquanto não exercido juízo diverso por parte deste Tribunal.

46. A referida norma veio reconhecer a possibilidade de arquivamento de processos de tomada de contas especial nos quais o transcurso de tempo superior a dez anos entre o fato gerador e a citação dos responsáveis importassem em obstáculos intransponíveis ao exercício do seu direito à ampla defesa. Entendo que, no caso de processos já instaurados, em tramitação neste Tribunal, como na presente situação, as partes devem demonstrar o real prejuízo para suas defesas, aduzindo os elementos objetivos que conduzam a tal conclusão. A simples consideração de requisito temporal (mais de dez anos) referido na IN/TCU 56/2007 não é suficiente para o afastamento da responsabilidade pelo débito apurado.

47. Portanto, o alegado prejuízo à defesa deveria ser objetivamente demonstrado pelos responsáveis, pois, assim, genericamente argumentando, não pode ser admitido, uma vez que constam dos autos todos os elementos necessários à apuração do real custo das obras, como planilhas de cálculo do sobrepreço e a documentação relativa à contratação impugnada (despachos, pareceres técnicos e jurídicos, planilhas orçamentárias, contratos, atos de designação diversos, medições e composições de custo unitário).

48. Outrossim, a decisão que autorizou a constituição desta TCE e determinou a citação dos responsáveis é datada de maio/2011, ao passo que as medições contendo o suposto superfaturamento do Contrato PG 225/2000 prosseguiram até agosto/2008, cabendo novamente reiterar o nítido caráter continuado das irregularidades observadas nos autos.

49. Assim, verifico não existirem os alegados prejuízos ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

### III

50. Neste tópico, abordo os argumentos recursais objetivando descaracterizar o apontamento do superfaturamento nas obras em questão.

51. Os recursos das construtoras integrantes do consórcio alegam que o apontamento de suposto superfaturamento em contrato tão antigo afrontaria os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, pois as obras em tela já haviam sido fiscalizadas anteriormente pelo TCU e os relatórios de auditoria produzidos não apontaram irregularidades no empreendimento.

52. A esse respeito, não tenho reparos a fazer no exame realizado pela Serur, que considerou 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 ação de controle.

53. Já tive a oportunidade de me manifestar em outros diversos processos (v. g. 1.989/2015-Plenário) no sentido de que julgamentos pretéritos desta Corte de Contas 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.

54. Também não há de se falar em violação ao disposto no art. 24 da LINDB, o qual veda que, com base em mudança posterior de orientação geral, sejam declaradas inválidas situações plenamente constituídas, pois nenhum julgamento anterior desta Corte de Contas atestou a regularidade dos preços contratados. A economicidade dos valores contratados simplesmente não entrou no escopo das fiscalizações anteriores, de forma que não houve mudança de entendimento quando, no âmbito do TC 015.010/2008-9 (processo originador desta tomada de contas especial), foi realizada pela primeira vez a análise da justeza dos preços contratados à luz das condições praticadas no mercado.

#### III.1

55. Prosseguindo com o exame, há diversos argumentos recursais das empresas integrantes do consórcio construtor aduzindo que a metodologia utilizada pelo TCU para cálculo de suposto superfaturamento não se encontraria adequada:

- 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;
- b) e o Sicro I era extremamente falho no período em análise (tanto que veio a ser aprimorado posteriormente);
- c) 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;
- d) a responsabilização do consórcio não teria ocorrido em virtude da prática de qualquer 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 suposta usurpação de competência do administrador público, entendeu que em determinados momentos ao longo da execução contratual o gestor deveria ter rescindido a avença em comento, mas não o fez;
- e) num ambiente de controle consequencialista da administração pública – inclusive, hoje positivado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – não faria sentido que o TCU exigisse do gestor ou do consórcio construtor que previssem, à época dos fatos, a possibilidade de uma melhor solução para o caso concreto;
- f) o que é exigível daqueles que contratam com a administração pública é a sua submissão a um processo licitatório competitivo, no âmbito do qual apresente a melhor proposta de preços, bem como a correta execução dos serviços pactuados – na medida das possibilidades reais do empreendimento – e o correto cumprimento das normas contratuais, o que teria ocorrido no presente caso; e
- g) seria impossível a condenação solidária do consórcio ao suposto ressarcimento do dano, por meio da devolução de valores que recebeu em contraprestação sinalagmática pelos serviços prestados, pois todos eles foram medidos e efetivamente executados, razão pela qual não há que se falar em qualquer irregularidade na atuação do consórcio no presente caso.

55. Acolho integralmente a análise da Serur, que refutou os referidos argumentos, sem prejuízo de tecer algumas considerações adicionais que entendo pertinentes para a apreciação da matéria.

56. Primeiramente, quanto à metodologia de cálculo do superfaturamento, assiste razão aos recorrentes de que 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. Nesse sentido, cito o Acórdão 854/2016-Plenário, de minha própria relatoria.

57. Ocorre que há um **distinguishing** nestes autos, considerando que a contratação original, realizada por órgão estadual do Pará por meio da Concorrência 019/90, torna inadequada a análise da economicidade na data-base original da contratação, o que seria inclusive dificultada pelo cenário inflacionário que existia à época.

58. Somente em 25/11/1997, esses contratos firmados pelo Governo do Pará foram transferidos para o então DNER, 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). Em linha com a análise realizada pela unidade técnica especializada em obras rodoviárias, esse 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.

59. Dito de outra forma, caso fosse realizada uma licitação naquela 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.

60. Assim, é correta a utilização da primeira data-base 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.

61. O que se esperaria dos gestores federais que atuaram nesse processo de sub-rogação dos contratos é que o exame de sua vantajosidade fosse feito no ano de 1997, com base nas referências do Sicro-I, que era efetivamente o sistema utilizado à época. Não é possível questionar o uso do Sicro-I, como pretendem os recorrentes integrantes do consórcio, porque simplesmente não haveria outra referência ou parâmetro a ser utilizado pelo Dnit.

62. Posteriormente à sub-rogação citada, em 16/6/1998, as quatro empresas responsáveis pela execução desses contratos uniram-se 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.

63. Portanto, em novembro de 1999, houve 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, o que demonstra a pertinência de utilizar essa segunda data-base como parâmetro de análise para o período inicial de execução do Contrato PG 225/2000. O uso do Sicro-I como referência nessa segunda parcela do dano parece-me igualmente escoreita.

64. 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 prestados na BR-163, em decorrência dos quantitativos dos serviços necessários à sua manutenção terem se exaurido 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 contratado, o citado edital foi revogado em novembro de 2003. No entendimento da então Secob-2, esse seria o novo marco em que os gestores deveriam verificar a vantajosidade de se manter o contrato questionado, comparando-o aos preços de mercado da época, ou de se realizar a licitação proposta.

65. O Sicro-II foi o sistema referencial empregado como parâmetro de análise nessa terceira parcela do débito, pois tinha se tornado o sistema oficial de custos utilizado para a precificação de obras rodoviárias pela autarquia.

66. Toda a sistemática descrita acima, demonstra que foi realmente necessário segregar o cálculo do dano em três períodos distintos, de forma que fosse possível individualizar as condutas de cada grupo de responsáveis solidários pelo débito.

67. No tocante ao sistema de custos utilizado como referência, os recorrentes afirmaram que não seria aplicável o Sicro-I como referencial de preços para o presente caso, pois a credibilidade desse sistema teria sido questionada pelo próprio TCU.

68. Considero que não assiste razão aos responsáveis quanto à tal alegação. Desde a LDO de 2003, o Sinapi tornou-se referência oficial de preços, enquanto o Sicro foi vinculado ao controle dos

gastos públicos federais a partir da LDO de 2010. Todavia, muito antes disso, tais sistemas já eram utilizados como balizadores de preços pelo TCU, que começou a utilizar ambos os sistemas em 1999, pois o que norteia a atuação desta Corte de Contas é o princípio da economicidade, que representa, em síntese, a realização de contratações por preços compatíveis com os de mercado. Nesse aspecto, os dois sistemas de custos são considerados referências idôneas de preços de mercado e são mantidos por órgãos federais de reconhecida excelência técnica.

69. A título de exemplo, o Sicro-I, cujo uso é ora questionado pelos recorrentes, foi utilizado como referência pelo Tribunal na Decisão Plenária 38/1999, relatada pelo Ministro Humberto Guimarães Souto, para avaliar a compatibilidade de contratações realizadas pelo DNER no exercício de 1997.

70. Posso mencionar também auditoria realizada em 1994 no extinto DNER (TC 006.338/1994-1), a qual já revelava a prática da utilização do Sicro-I como referencial de preços de obras rodoviárias, conforme consignado no Relatório que fundamentou o Acórdão 20/1996-Plenário (abaixo transcrito), razão pela qual se rejeitam as alegações apresentadas, **in verbis**:

*“Dessa forma, ressalta a instrução, de acordo com a documentação enviada pela Ciset, as análises efetuadas pela Comissão de Inquérito Administrativo do Ministério dos Transportes demonstraram que apenas o Contrato PG 114/93, firmado com a empresa Queiroz Galvão, apresentou preços acima dos constantes das planilhas do SICRO. Em razão disso, foi determinada pelo Sr. Ministro dos Transportes a rescisão do referido contrato, considerando o estágio inicial das obras, os prejuízos que adviriam de sua execução e a futura concessão à iniciativa privada do trecho objeto do mencionado termo. Quanto ao PG 154/93, firmado com a empresa TRATEX S.A., foi verificada a compatibilidade dos preços com os constantes do Sistema de Custos, havendo sido determinada pelo Sr. Ministro dos Transportes, no entanto, a sua renegociação, uma vez que os reajustes efetuados pelos índices de obras rodoviárias encontravam-se muito acima daqueles realizados pelo SICRO.”*

71. O próprio Acórdão 50/1996, mencionado pelos recorrentes como fonte da falta de confiabilidade do Sicro-I, atesta que tal sistema na verdade seria uma fonte conservadora para a análise de economicidade dos contratos:

*"5. Autorizar a inclusão do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem no Plano de Auditorias do Tribunal, com vistas a verificar a estrutura de formação de custos rodoviários adotados por aquela Autarquia e a execução dos contratos, haja vista os indícios de superdimensionamento dos custos e as irregularidades na execução dos contratos, conforme consta do TC-006.338/94-2 e deste Relatório de Auditoria" (grifo acrescido).*

72. Assim, o Tribunal vem utilizando rotineiramente o Sicro como paradigma de preços para obras rodoviárias. Conforme jurisprudência do TCU, os sistemas referenciais oficiais da Administração, como todo documento público, gozam de presunção de veracidade e de legitimidade até prova em contrário, ou seja, refletem os preços de mercado, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento. Compete aos responsáveis comprovarem alegações em contrário a partir de elementos fáticos que demonstrem a inadequação ou a necessidade de adequação dos preços extraídos de sistemas de custos.

73. A utilização do Sicro-I e de outros sistemas oficiais de custos como parâmetro de verificação por este Tribunal afigura-se dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, autorizados pelo art. 70, **caput**, da Constituição Federal. Eventuais ajustes considerados necessários pelos interessados em contestar os valores ali dispostos, somente são

possíveis de serem aceitos mediante justificativas técnicas adequadas e fundamentadas que respaldem a adoção de outros preços, superiores aos apontados nos referidos sistemas, seja pelas peculiaridades da obra ou de seu projeto, seja diante de outras razões técnicas não consideradas no contexto de execução.

74. Nesse aspecto, diversos argumentos apresentados pelo Dnit em etapas processuais anteriores foram acolhidos e considerados no último comparativo de preços realizado pela então Secob-2 (instrução compreendida entre a peça 13, fl. 32, e a peça 14, fl. 3, do TC-015.010/2008-9, em apenso). Por exemplo, foram parcialmente acolhidas as alegações quanto ao tráfego intenso no trecho das obras, consoante trecho do relatório do Acórdão 1.193/2011-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 ( $50/60 = 0,833$ ).”*

75. Porém, foi ressalvado que nem todos os equipamentos sofreriam 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.”*

76. Assim, fica demonstrado que, ao contrário do alegado, a utilização pelo TCU do Sicro para avaliar os preços dos serviços contratados foi pautada pelo conservadorismo e considerou diversas particularidades da obra.

77. Concluo minha apreciação dos argumentos dos recorrentes acerca das supostas inconsistências no Sicro-I observando que, tanto o então DNER, quanto o Dnit, entidade sucessora, utilizaram tal sistema em centenas de outros certames de obras rodoviárias, denotando que as alegações apresentadas pelos recorrentes são desprovidas de fundamento. Afinal, o próprio órgão responsável pela implantação, conservação e realização de melhorias em toda a malha rodoviária federal, com todo o seu quadro técnico e experiência acumulada, é o gestor do sistema e tem promovido melhorias nos seus conceitos e composições de custo unitário há décadas.

### III.2

78. Em acréscimo ao exame realizado pela Serur, é necessário tecer algumas considerações com relação aos argumentos recursais de que não seria possível a condenação solidária das empresas integrantes do consórcio ao ressarcimento ao Erário, por meio da devolução de valores que receberam em contraprestação pelos serviços prestados, bem como não haveria qualquer irregularidade na atuação do consórcio, cuja contratação resultou de processo licitatório competitivo.

79. Em diversas oportunidades já enfatizei que o texto constitucional, em especial o art. 70, parágrafo único, e o inciso II do art. 71, não fez distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição do débito, bastando que qualquer um deles tenha dado causa à irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. Em verdade, tampouco é necessária a comprovação da coparticipação de agentes públicos na irregularidade para que seja fixada a responsabilidade da pessoa jurídica privada por danos cometidos aos cofres públicos, conforme decidiu o Tribunal nos Acórdãos 946/2013-Plenário, 1.680/2013-Plenário, 2.056/2013-Plenário, 2.448/2013-Plenário, 2.677/2013-Plenário e 7.778/2015-2ª Câmara, dentre outros. Sendo assim, o particular que tenha dado causa a um dano ao Erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com algum gestor público.

80. A jurisdição do TCU sobre as empresas contratadas pela Administração também se encontra bem assentada na Lei 8.443/1992, sendo que o seu art. 5º, praticamente reproduzindo as disposições constitucionais, estabelece que:

*“Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:*

*I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumira obrigações de natureza pecuniária;*

*II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;”*

81. Ressalto que a inclusão do terceiro contratado no rol de responsáveis dos processos de contas visa, ainda, a evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e da probidade administrativa. A condenação ao ressarcimento do dano, do ponto de vista do Direito Civil, não pode ser considerada propriamente uma sanção.

82. Apesar de o agente privado contratado pela Administração não ter a incumbência direta de gerir os recursos públicos, ele participa do ato jurídico de formação da vontade contratual, especificamente com relação à definição do preço final do ajuste. Nessa perspectiva, é legítima a inclusão das empresas Andrade Gutierrez Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A. como responsáveis solidárias neste processo, na medida em que concorreram para a prática do dano apurado, ao deixar de ofertar preços compatíveis com os de mercado.

83. Friso que tal conduta não foi apurada na licitação original da obra, conduzida pelo Governo do Pará, mas em dois momentos posteriores distintos, sendo o primeiro deles quando as citadas empresas celebraram os 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) com o DNER, os quais continham preços acima dos parâmetros de mercado.

84. Em um segundo momento, as quatro construtoras participaram da celebração do Contrato PG 225/2000, também com preços pactuados expressivamente superiores aos parâmetros de mercado.

85. Ademais, a conduta das construtoras foi determinante para que o prejuízo ao Erário se consumasse e fosse incrementado, pois as mencionadas empresas atuaram decisivamente para que o Edital 228/2003-02 fosse revogado, ainda que os quantitativos de vários serviços estivessem exauridos no Contrato PG 225/2000.

86. Não se pode olvidar que, em um contrato administrativo, a vontade do contratado é relevante para a formação do vínculo. Apesar de ele se submeter ao poder estatal no que concerne às cláusulas de serviço e às disposições formais do ajuste, a vontade do contratado se faz plena na decisão de participar da licitação e na oferta da proposta de preço.

87. Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexecutabilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento.

88. Em síntese, o que gostaria de ressaltar é que a proposta de preço da empresa é ato voluntário e gera exatamente por isso a incidência do controle administrativo exercido por esta corte. Na estrita palavra do art. 16, §2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, *“fixará a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”*. Sendo assim, se a empresa “concorre” para a prática de superfaturamento, estará, por conseguinte, sujeita às consequências jurídicas impostas pelo regime jurídico-administrativo, dentre as quais se inclui o dever de ressarcir.

89. Seria incoerente afastar a condenação das construtoras – que de fato foram as grandes beneficiárias dos pagamentos dos serviços com sobrepreço – e manter a condenação apenas dos demais agentes públicos envolvidos, que também deram causa ao prejuízo observado, mas que dele supostamente não se beneficiaram.

90. A responsabilidade do terceiro contratante, nos termos do §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, decorre da chamada culpa contra a legalidade. Considerando que o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, é destinado não apenas à Administração, mas também aos particulares que atuam em colaboração com o Estado, quando das contratações públicas, compreendo que o agente privado incorre em culpa presumida ao deixar de seguir a regra posta e ofertar preços acima dos parâmetros de mercado.

91. Cabia à licitante cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado. Nesse sentido, é oportuno colacionar diversos dispositivos legais que caracterizam como ilícita a contratação pela Administração Pública por preço superior ao de mercado, a exemplo do art. 10, inciso V, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), ou do art. 4º da Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, a qual considera nulos os atos ou contratos celebrados por entes públicos, nos quais ocorre a compra de bens por preço “superior ao corrente no mercado”, ou com “desobediência a normas legais” ou “regulamentares” (inciso V, alíneas “a” e “b”).

92. A conduta praticada pelas empreiteiras nos ajustes ora em apreciação é agravada pelo expressivo percentual de sobrepreço apontado nos valores contratados, consoante já exposto neste voto.

### III.3

93. Os recorrentes apresentaram várias alegações no sentido de que o local de execução do empreendimento é caracterizado por altos índices pluviométricos, o que tornaria inadequadas as referências utilizadas pelo TCU.

94. Em particular, os recorrentes apresentam fotografias para ilustrar as imprevisíveis consequências das chuvas no local de execução dos serviços, bem como fazem remissão aos estudos elaborados pelas consultorias Skill e Pini na etapa anterior desta tomada de contas especial.

95. Em consonância com o que foi concluído pela unidade técnica, considero que tais argumentos não merecem prosperar. Há vários julgados desta Corte de Contas em que se refutou a inclusão do “fator chuva” nos orçamentos de obras rodoviárias, pois a precipitação de chuvas ordinárias não repercute de modo significativo sobre os custos dos empreendimentos, além de ser contrabalanceada por fatores não considerados pelo Sicro na formação do preço de referência, como fator de barganha, economia de escala, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, entre outros.

96. Como exemplo, cito os Acórdãos 2.514/2015-Plenário e 1.637/2016-Plenário, de minha relatoria, em que assinaei que “*desde a prolação do Acórdão 2.061/2006-Plenário, em 8/11/2006, o Tribunal passou a rejeitar a inclusão do ‘fator chuva’ nos orçamentos de obras rodoviárias*”. Esse entendimento baseou-se no fato de que a mera ocorrência de chuvas ordinárias não deveria repercutir sobre os custos consignados no Sicro, “*porque a influência das precipitações seria pouca sobre o total contratado e seria contrabalançada por outros fatores não considerados pelo sistema orçamentário (fator de barganha e fator de escala para compra dos insumos, valor residual subestimado no cálculo das depreciações dos equipamentos, produtividades ultrapassadas, etc.)*”.

97. Ainda que fosse admitida a aplicação de tal fator, é indiscutível que a sua incidência não poderia ocorrer como fora realizado pelos estudos apresentados pela Skill e pela Pini. O estudo produzido pela Pini Serviços de Engenharia (peça 101) preconiza o emprego de um fator de eficiência de apenas 0,46 (peça 101, fl. 56), ao passo que o mesmo fator adotado nas obras de construção rodoviária é de 0,83, o que equivale a 50 minutos de trabalho em uma hora. Segundo o Manual de Custos Rodoviários, os demais 10 minutos seriam utilizados para atividades diversas, tais como ajustes nos equipamentos ou deslocamentos destes para as frentes de serviço.

98. As chuvas não podem repercutir sobre o custo horário produtivo das equipes mecânicas, o qual seria o efeito matemático de reduzir o fator de eficiência. As precipitações, se consideradas de forma correta na estimativa de custo da obra, causam aumento apenas dos custos improdutivos dos equipamentos em virtude dos períodos ociosos.

99. Nos processos de controle externo, com frequência é refutado o argumento de aplicação de um coeficiente redutor (ou “fator chuva”) nos fatores de eficiência, para fins de compensação das horas paradas em virtude de clima adverso. A admissão de tal redutor significa remunerar os períodos em que os equipamentos estão parados em virtude de chuvas pelos seus custos operativos, que consideram gastos integrais com combustíveis, com manutenção e com operação dos equipamentos, o que foge à realidade, visto que as máquinas se encontram paradas durante os períodos chuvosos, aguardando melhores condições de trabalho. Nesse sentido, cito trecho do relatório que fundamentou o Acórdão 1.537/2010-Plenário, cuja relatoria foi conduzida pelo Ministro José Múcio Monteiro (destaques do original):

*“Em relação à ocorrência de chuvas recorreremos novamente ao volume 1 do manual do DNIT: ‘Os conceitos e o modelo matemático adotados no cálculo dos preços unitários consideram dois períodos de tempo diferentes na atuação dos equipamentos: a hora operativa e a hora improdutiva.*

*Durante a hora operativa, o equipamento está operando 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.*

*Em consequência desses conceitos, o custo horário operativo é calculado somando-se os custos horários de depreciação, operação, manutenção e mão de obra. O custo horário improdutivo é igual ao custo horário da mão de obra. Não se consideram os outros custos, pois se admite que estes ocorram somente ao longo da vida útil, expressa em horas operativas.*

*(...)*

*Na fase de orçamento, há ainda que considerar, na composição dos custos dos itens de serviço, a incidência dos tempos improdutivos devidos as condições climáticas, notadamente a ocorrência de chuvas.*

*Pelo que foi exposto até aqui, com relação aos tempos improdutivos dos equipamentos, pode-se depreender que sua quantificação só é possível quando se estuda caso a caso, pois ela é inteiramente condicionada pela maneira como se pretende conduzir cada frente de serviço. Assim sendo, as Composições de Serviços contidas no SICRO2 incluem somente o tempo improdutivo correspondente ao dimensionamento das patrulhas. A outra parcela poderá ser acrescentada na fase do orçamento pelo Engenheiro de Custos, ao compor os custos dos itens de serviço, diante das condições particulares de cada obra.' (grifo nosso)*

*Especificamente em relação aos serviços de terraplenagem, temos ainda:*

#### *'2.1.2 Chuvas*

*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.' (grifo nosso)*

*Da leitura dos excertos fica claro que **o SICRO2 não considera, nas composições de custos dos diversos serviços, acréscimos devido às paralisações ocorridas pelas chuvas.** Em contrapartida, considera que no caso de ocorrência de chuvas que impossibilitem a produção da equipe, **há de se verificar apenas a verificação de horas improdutivas**, visto que como a máquina está parada, a produção é nula e a utilização produtiva não existe. Neste caso, devem ser incluídas a previsão das horas improdutivas e a introdução dos respectivos custos no orçamento, por serviço.*

*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. **Aí está o equívoco na interpretação da EGESA e de dois artigos apresentados (fls. 67/70 e 71/74, anexo 5). 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**”.*

100. No mesmo sentido, cito os Acórdãos 859/2009, 1.922/2011, 278/2008 e 396/2011, todos do Plenário. Portanto, fica claro que as chuvas influenciam apenas no custo improdutivo da patrulha mecânica, e de maneira alguma no custo operativo.

101. Além da jurisprudência colacionada acima, faço menção à recente discussão havida na apreciação do TC 027.712/2006-8, na qual a Ministra Ana Arraes proferiu o voto vencedor do Acórdão 528/2020-Plenário, refutando a aceitação de qualquer margem de tolerância em orçamentos de obras rodoviárias em virtude da ocorrência de chuvas ordinárias.

102. Outro fato a se ressaltar, concernente a contratos de obras rodoviárias da região Norte, é que, normalmente, na estação chuvosa, o órgão gestor emite um termo de paralisação das obras, suspendendo o contrato e seus efeitos, de forma que não se desenvolvem atividades no canteiro de obras durante as chuvas, minorando os custos com as horas improdutivas dos construtores.

103. Ainda quanto ao suposto impacto das chuvas, as diversas fotografias colacionadas pelos recorrentes para ilustrar as imprevisíveis consequências do clima no local de execução dos serviços não podem ser entendidas como um fato a justificar o aumento dos custos incorridos. As fotos de erosões observadas nas obras (peça 223, fls. 22 a 24) podem ser explicadas pelo fato de os serviços de terraplanagem terem sido executados sem que as atividades subsequentes (imprimação e pavimentação) fossem concluídas em tempo hábil. Além disso, visualiza-se em tais fotografias que o corpo estradal está totalmente desprotegido, pois não foram executados os diversos dispositivos de drenagem superficial, tais como valetas de proteção de corte e aterro ou descidas d'água.

104. Portanto, tais ocorrências podem ser atribuídas à execução deficiente de serviços pelo consórcio construtor, não cabendo onerar a administração pública pelas falhas no gerenciamento das obras por parte dos empreiteiros.

105. Explico melhor: algumas das erosões ilustradas nas referidas fotografias deixam a impressão de que a situação somente chegou naquele estado devido a longos períodos em que os serviços de terraplanagem ficaram desprotegidos, o que não se coaduna com a execução esperada de uma típica obra linear como uma rodovia, na qual é possível que uma frente avançada de serviços vá realizando as atividades de movimentação de terra, enquanto outras frentes concluem as etapas de pavimentação e de obras complementares destinados a proteger a integridade do corpo estradal.

106. Ao supostamente deixarem os serviços concluídos de terraplanagem desprotegidos por longos períodos de intempéries, as empresas integrantes do consórcio assumiram o risco decorrente, cabendo assumirem o ônus de custear os reparos necessários.

107. Eu ainda teria diversos outros comentários sobre o estudo elaborado pela Pini Serviços de Engenharia, tais como a conclusão de que o BDI da obra deveria ser de 53% (peça 101, fl. 90), ao passo que as taxas referenciais do Sicro seriam de 35,80% ou de 32,68%, conforme período de análise.

108. Deixo de tecer tais considerações neste momento, pois entendo que os exames realizados nas etapas processuais anteriores pela unidade técnica especializada em obras rodoviárias analisaram adequadamente todos os argumentos técnicos questionando as referências adotadas pelo TCU para avaliar os valores contratuais.

#### III.4

109. Trato nesse subtópico da alegação das empresas construtoras aduzindo que nenhum dos votos condutores dos acórdãos proferidos no presente processo adentraram as particularidades, por exemplo, dos cálculos sobre a vida útil dos equipamentos, ou a irregularidade dos seus preços de aquisição no Sicro-I. As empreiteiras se referiram em particular ao parecer acerca da vida útil dos equipamentos elaborado pela empresa Aldo Mattos Consultoria (peça 102, p.151-182), que objetivou evidenciar que o referido sistema teria se tornado um referencial inadequado para fundamentar sobrepreço/superfaturamento.

110. Os recorrentes afirmam que o parecer do professor Aldo Dórea Mattos, especialista em engenharia de custos, sequer foi mencionado (peça 223, p. 36), o que não é verdade, pois o documento foi citado em diversas passagens do relatório que embasou a decisão recorrida (peça 146). 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. “

111. Em acréscimo ao exame realizado pela Serur, que rejeitou os aludidos argumentos recursais, entendo que as conclusões do citado parecer não se sustentam. É forçoso reconhecer que são históricos os apontamentos feitos pelo TCU detectando inconsistências nos parâmetros utilizados para o cálculo dos valores horários dos equipamentos pelo Sicro, mas essas supostas inconsistências têm o viés de tornar os custos horários produtivos e improdutivos superestimados, tornando a análise realizada mais favorável aos recorrentes.

112. Cito a auditoria operacional apreciada pelos Acórdãos Plenários 98/2011 e 1.692/2007 (relator: Ministro Augusto Nardes) que tratou, dentre outras questões, dos valores residuais, da vida útil e das taxas de depreciação do maquinário utilizado em obras rodoviárias, cujos parâmetros foram definidos pelo Dnit em 1996 e não tinham passado por nenhuma atualização significativa desde então. Por meio do Acórdão 534/2003-2ª Câmara, o TCU já havia determinado que o Dnit realizasse estudos nesse sentido, o que foi reiterado pelo Acórdão 98/2011-Plenário.

113. Pela sua pertinência ao tema, convém salientar que o Acórdão 534/2003-2ª Câmara apreciou representação formulada pela Secex/MT para averiguar indícios de superestimação do custo de aquisição de máquinas e equipamentos pelo Sistema Sicro-II. No aludido trabalho, foi deliberado que:

- a) custos de aquisição de máquinas segundo o sistema Sicro-II, utilizados como referência de preços para a estimação do custo de obras rodoviárias, encontravam-se superestimados.
- b) os valores residuais (os valores de revenda de máquinas usadas) adotados pelo mesmo sistema encontram-se subestimados.

114. Como decorrência dessas constatações, que são diametralmente opostas às apresentadas no parecer do consultor Aldo Dórea Mattos, os custos horários de depreciação de máquinas encontravam-se superestimados, necessitando serem revistos, o que ensejou a expedição das determinações realizadas pelo Acórdão 534/2003-2ª Câmara e reiteradas pelo Acórdão 98/2011-Plenário.

115. Corroborando com as conclusões do TCU, o novo Sicro, sistema implementado em 2017 em substituição ao Sicro-II, alterou de fato a sistemática de cálculo dos custos horários dos equipamentos, realizando a revisão de diferentes parâmetros, tais como vida útil, horas trabalhadas por ano, valor residual, custos de manutenção e consumo de combustível.

116. Faço alusão ao voto condutor do Acórdão 971/2020-Plenário, de minha relatoria, que exemplificou algumas das mudanças ocorridas no novo Sicro. Utilizei como exemplo equipamento E9579 - Caminhão basculante com capacidade de 10 m<sup>3</sup>, equipamento amplamente empregado em obras rodoviárias e de maior representatividade nos seus orçamentos, cujo custo horário calculado pelo novo Sicro se dá a partir do emprego dos seguintes parâmetros (Manual de Custos de Infraestrutura de Transportes, volume 3, página 48):

- Vida útil (anos): 6,00
- Valor residual (%): 40,00
- HTA (h/ano): 2.000,00

117. No antigo sistema Sicro-II, o equipamento semelhante tinha o custo horário de depreciação apropriado com base nos seguintes fatores (Manual de Custos Rodoviários, volume 1, páginas 57 e 62):

- Vida útil: 6,00 anos (condições leves de operação); 5,3 anos (condições médias); ou 4 anos (condições pesadas)
- Valor residual (%): 20,00
- HTA (h/ano): 2.000,00

118. O que se percebe é que o valor de horas trabalhadas por ano ficou inalterado para esse equipamento, assim como a vida útil, no caso de condições leves de operação, que eram predominantes em obras rodoviárias. O valor residual do equipamento utilizado como exemplo sofreu alteração de 20% para 40%, o que implica diminuição do custo horário de depreciação.

119. Dito de outra forma, o novo Sicro adota premissas que resultam em custos horários dos equipamentos em patamares inferiores aos existentes no Sicro-II, o que mostra que não houve prejuízo algum para os recorrentes na utilização deste sistema.

120. Ao relatar o Acórdão 971/2020-Plenário, também solicitei que minha assessoria técnica avaliasse o caso específico do exemplo citado acima, a partir da idade média da frota de caminhões em circulação no Brasil. Segundo dados compilados pela ANTT, a idade média deste tipo de veículo é de 12 anos, conforme indicado na tabela a seguir (disponível em [http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/20272/Idade\\_Media\\_dos\\_Veiculos.html](http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/20272/Idade_Media_dos_Veiculos.html)):

Tipo de Veículo	Idade Média dos Veículos				Total
	Autônomo	Empresa	Cooperativa		
CAMINHÃO LEVE (3,5T A 7,99T)	21,6	10,9	9,1		13,9
CAMINHÃO SIMPLES (8T A 29T)	25,3	8,7	11,8		15,3
CAMINHÃO TRATOR	20,0	5,8	10,7		12,2
CAMINHÃO TRATOR ESPECIAL	17,9	7,6	9,0		11,5
CAMINHONETA	19,1	10,5	13,9		14,5
CAMINHONETE / FURGÃO (1,5T A 3,49T)	11,7	6,2	8,8		8,9
REB/MIMADO IRM NB	9,3	5,6	0,0		5,0
REBOQUE	21,0	8,7	12,0		13,9
SEMI-REBOQUE	17,1	9,0	8,7		11,6
SEMI-REBOQUE COM 5ª RODA / BITREM	13,2	8,2	6,9		9,4
SEMI-REBOQUE ESPECIAL	14,9	14,4	10,8		13,4
UTILITÁRIO LEVE (0,5T A 1,49T)	15,5	8,0	11,3		11,6
VEÍCULO OPERACIONAL DE APOIO	26,8	20,2	24,9		24,0
	<b>Total</b>	<b>18,0</b>	<b>9,5</b>	<b>10,6</b>	<b>12,</b>

121. Os dados acima demonstram que o valor da depreciação horária do caminhão pode continuar superestimado pelo novo Sicro em virtude do parâmetro de vida útil aparentemente reduzido em relação à realidade brasileira. Ressalto que este tipo de equipamento pode muitas vezes representar isoladamente percentuais extremamente relevantes do custo global de uma obra rodoviária.

122. Portanto, o argumento ora em análise deve ser refutado.

123. Concluindo o exame dos argumentos recursais visando a elidir o apontamento de superfaturamento na obra, faço alusão ao fato de que o próprio Dnit reconheceu 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).

124. Conforme registrei anteriormente, o Contrato PG 225/2000 fora rescindido pela referida autarquia, tendo em vista que a conclusão do projeto executivo, ocorrida 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.

125. Diante de todas as considerações feitas neste tópico do voto, entendo que o superfaturamento apontado pela decisão recorrida não foi elidido pelos argumentos recursais.

#### IV

126. Neste momento, inicio os argumentos tratando da responsabilização dos agentes do DNER/Dnit que tiveram as contas julgadas irregulares pela decisão recorrida.

127. Considero que todos os elementos de fato e de direito apresentados pelos expedientes recursais dos Srs. Luis Munhoz Prosel Júnior, Maurício Hasenclever Borges e Hideraldo Luiz Caron foram exaustivamente analisados pela Serur, cujo exame foi corroborado pelo **Parquet**. Assim, adoto como razões de decidir os exames transcritos no relatório que fundamenta essa deliberação e rejeito os argumentos opostos por esses responsáveis contra o Acórdão 1.929/2019-Plenário.

128. Quanto aos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva tenho entendimento diverso ao da unidade técnica e antecipo que negarei provimento aos recursos de reconsideração de ambos os responsáveis.

129. A Serur fundamentou sua proposta de prover os referidos recursos entendendo que não haveria nexo de causalidade entre a conduta dos dois recorrentes e a parcela do dano que lhes foi imputada. Isso porque a aprovação da planilha comparativa de preços unitários com sobrepreço, atribuída aos recorrentes, não resultou no superfaturamento, pois sequer subsidiou o Contrato PG-225/00.

130. Com as vênias de estilo, perfilho-me ao exame que foi realizado pela então Secob-2 por ocasião do julgamento de mérito deste processo, a qual foi transcrito no relatório que embasou o Acórdão 1.929/2019-Plenário, **in verbis** (grifos acrescidos):

*“110. Argumentos apresentados pelo Sr. Francisco Augusto Pereira Desideri, citado na condição de Chefe da Divisão de Construção/DNER (peça 83) e pelo Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, na condição de Chefe do Serviço de Construção e Pavimentação/DNER (peça 82).*

*111. Segundo os responsáveis não existiria nexo de causalidade entre a imputação que lhes foi atribuída (aprovação da planilha comparativa de preços unitários do Contrato 225/2000, com sobrepreço) e o suposto dano a erário em questão. Isso por que não teriam participado da elaboração, análise ou aprovação da planilha que fixou os preços unitários efetivamente adotados naquela avença.*

*112. Em síntese, explicam que durante o processo de formalização do consórcio teriam existido duas versões de planilhas de preços para o Consórcio, em função da*

necessária unificação dos serviços remanescentes nos quatros contratos em apenas uma planilha orçamentária.

113. A primeira planilha de preços seria aquela proposta pelas empresas formadoras do Consórcio, a qual apresenta uma redução pouco superior a 11% em relação ao somatório dos valores dos serviços remanescentes em cada contrato (peça 82, p. 91-95 e peça 83, p. 93-101). Essa planilha tramitou no âmbito da Divisão de Construção e do Serviço de Construção e Pavimentação, e, embora tenha sido objeto apenas de meros atos de expediente, a sua aprovação constitui o ato impugnado que fundamenta a citação dos responsáveis consoante o item 9.3.5 do Acórdão 1.193/2011-TCU- Plenário (Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues).

114. *Todavia, antes que essa planilha fosse submetida à aprovação final pelo Comitê de Gestão Interna (CGI), por sugestão dos Srs. Roberto Borges Furtado da Silva e Francisco Augusto Pereira Desideri, o processo teria sido encaminhado a Procuradoria Geral para nova análise jurídica (peça 82, p. 100 e peça 83, p. 108). Após parecer favorável da Procuradoria (peça 82, p. 101 e peça 83, p. 109), o então Substituto do Diretor de Engenharia Rodoviária teria elaborado uma segunda versão da planilha de preços (peça 82, p. 118-121 e peça 83, p. 130-132), aumentando o desconto inicial de 11,75% para 16,46%, bem como encaminhado essa segunda versão da planilha orçamentária à apreciação do Chefe do 2º Distrito Rodoviário Federal nos seguintes termos, (peça 82, p. e peça 83, p. 4):*

1. Sejam ratificados ou retificados os valores constantes dos Quadros 1,2,3,4,5 e 6.
2. Seja informado se as quantidades remanescentes são as necessárias e suficientes para a conclusão das obras e serviços de acordo com os projetos aprovados;
3. Analisar e, se for o caso, manifestar a sua concordância na adoção dos preços unitários resultantes da divisão dos valores da última coluna do Quadro 6 pelas respectivas quantidades remanescentes de cada item, o que implicará num valor global para a soma dos quatro contratos de R\$ 177.541.685,40, com uma redução de pouco mais de 16,46% (dezesseis virgula quarenta e seis por cento) em relação ao valor remanescente dos quatro contratos. (destaques originais)

115. *Em resposta à Diretoria de Engenharia Rodoviária, o Chefe do 2º DRF teria ratificado os preços, informado que as quantidades estriam adequadas à execução do empreendimento e, que o custo por quilômetro da rodovia estaria compatível com a realidade local (peça 82, p. 123 e peça 83, p. 134).*

116. *Na sequência, sustentam que, sem tramitação pela Divisão de Construção ou pelo Serviço de Construção e Pavimentação, o Substituto do Diretor de Engenharia Rodoviária teria elaborado o Relato ao CGI 410 DNER/2000 (peça 82, p. 127-128 e peça 83, p. 138-139) propondo formalização do contrato com o Consórcio Construtor BR-163, com os preços unitários da segunda versão da planilha orçamentária. Em 5/10/2000, com base no referido relato, o CGI do DNER teria aprovado o prosseguimento do processo, conseqüentemente, dos preços unitários em questão (peça 82, p. 129 e peça 83, p. 140).*

117. *Depois dessa aprovação, teriam sido desencadeados os procedimentos necessários à formalização do contrato com o Consórcio Construtor BR-163 no qual foram adotados os preços unitários da segunda planilha orçamentária. Asseveram que tal planilha sequer teria tramitado na esfera da Divisão de Construção ou do Serviço de Construção e Pavimentação antes da aprovação pelo CGI evidenciando que não teriam participado do ato inquinado do qual decorreria o suposto prejuízo ao erário.*

#### IV.2. Análise

118. De fato, a planilha orçamentária (com desconto de 16,46% em relação ao valor agregado dos quatro contratos) que contempla os preços unitários pactuados no Contrato 225/2000, não tramitou na Divisão de Construção ou no Serviço de Construção e Pavimentação do extinto DNER.

119. *Mesmo assim, tendo em vista o critério adotado desde o Relatório de Levantamento do TC 015.010/2008-9, processo originador desta TCE – oportunidade para avaliação da economicidade das contratações, avalia-se que o fato de a planilha em questão não ter sido efetivada no contrato não implica a inexistência de nexo de causalidade como advogam os responsáveis.*

120. *Nesse contexto, as funções exercidas pelos responsáveis (Chefia da Divisão de Construção e do Serviço de Construção e Pavimentação) impõem aos gestores o dever de aferir a economicidade das contratações afetas às suas áreas de atuação, em deferência aos Princípios da Administração Pública, constantes no art. 37 da CF/1988.*

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.<sup>a</sup> 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).*

123. *Segundo os documentos em tela, a planilha comparativa de preços unitários mencionada nos excertos dos documentos transcritos, não foi objeto de mero ato de expediente conforme defendem os responsáveis. De acordo com suas esferas de atribuição, a planilha foi analisada e encaminhada à instância imediatamente superior (Diretoria de Engenharia Rodoviária) com proposta favorável à sua aprovação. Pesa em desfavor dos responsáveis essa análise e a conseqüente proposta de aprovação exarada. Isso porque os preços cuja aprovação foi endossada encontravam-se superiores à referência de mercado, na época o Sicro I. Tal circunstância não foi identificada, possibilitando a continuidade da execução de serviços com sobrepreço.*

124. *O Regimento Interno do DNER (peça 120, p. 5 e 7), em seus art. 70 e 79, relaciona as atribuições do Chefe da Divisão de Construção e dos Chefes de Serviço. Por evidenciar que a análise de preços, de fato, estava na alçada dos responsáveis, apresenta-se a transcrição parcial dos citados dispositivos regimentais:*

*Art. 70. São atribuições do Chefe da Divisão de Construção*

[...]

*II - orientar e supervisionar a execução de atividades relativas a obras a cargo dos órgãos regionais e àquelas objeto de convênios de delegação;*

*III – examinar os orçamentos de obras e serviços elaborados pelos órgãos regionais;*

*IV – examinar orçamentos de obras e serviços elaborados por firmas contratadas;*

*Art. 79. São atribuições dos Chefes de Serviço e dos Chefes de Seção:*

[...]

IV – fiscalizar e orientar a execução de serviços prestados por terceiros, avaliando e acompanhado o andamento dos trabalhos, visando o controle de qualidade e de custos;

[...]

VII - assessorar e fornecer subsídios à tomada de decisões da chefia imediata;

(...)

XI - zelar pela adequada programação e aplicação dos recursos e administração do patrimônio público;

[...]

125. Após a emissão do parecer jurídico favorável, o processo retornou à Diretoria de Engenharia Rodoviária. Reestudando o assunto, a Diretoria de Engenharia Rodoviária, tendo por base para cada item os preços médios ponderados dos quatro contratos, comparando-os com os preços propostos pelo Consórcio e adotando para cada um deles o menor dos dois valores, elaborou o que se denomina segunda versão da planilha. Os novos preços unitários propostos reduzem o valor total dos serviços remanescentes dos quatro contratos unificados aumentando o desconto de 11,75% para 16,46%, conforme o demonstrativo abaixo:

Quadro 6 – Valores atinentes a formação do Consórcio Construtor BR-163, Contrato PG 225/2000 (ref. março/1994)

Valor unificado dos contratos (R\$)	Valor unificado 1ª planilha (R\$)	Desconto (%)	Valor unificado 2ª planilha (R\$)	Desconto (%)
212.526.075,34	187.560.300,45	11,75	177.541.685,40	16,46

Fonte: elaboração própria

126. Com isso, verifica-se que a planilha ao final efetivada no contrato, corresponde a uma versão com aperfeiçoamentos, embora insuficientes, haja vista o não confronto dos preços com o referencial de mercado, da 1ª planilha de preços, cuja aprovação foi proposta pelos responsáveis. Saliente-se, caso a Diretoria de Engenharia Rodoviária não procedesse ao aperfeiçoamento da primeira versão da planilha, o dano ao erário verificado nesta TCE seria maior.

127. Por esses motivos, embora a planilha efetivada no Contrato PG 225/2000 não corresponda exatamente aquela cuja aprovação foi proposta pelos então titulares do Serviço de Construção e Pavimentação e da Divisão de Construção, avalia-se que a responsabilidade desses agentes não pode ser afastada, pois no momento em que tiveram oportunidade de identificar o sobrepreço existente nas contratações analisadas não o fizeram. Essa falha caracteriza inobservância aos Princípios da Administração Pública e concorre para o dano ao erário verificado na execução do contrato assinado com o Consórcio Construtor BR-163.”

131. O Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator da decisão recorrida, verificou, ainda, que a planilha efetivamente adotada na avença correspondia àquela analisada pela Divisão de Construção, após manifestação favorável do setor jurídico e com alterações propostas pela Diretoria de Engenharia Rodoviária, que levaram à redução dos preços aprovados pela Divisão de Construção, na qual os dois recorrentes estavam lotados. Nesse sentido, reproduziu o seguinte trecho do Relato ao CGI 410/DrER/2000, de 4/10/2000 (destaque no original):

**“Reestudando o assunto, a DCt [Divisão de Construção], 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). ”*

132. É forçoso concordar com as ponderações do relator **a quo**, pois a assinatura do Contrato PG 225/2000 pode ser entendida como o resultado de um procedimento administrativo, do qual participaram diversas áreas do antigo DNER. Tal procedimento, composto por um conjunto de atos administrativos, sucessivos e concatenados, foi praticado pela gestão da referida autarquia com o objetivo de satisfazer determinadas finalidades. Assim, a primeira versão da planilha analisada pelos dois recorrentes, acabou por embasar os atos administrativos posteriormente praticados, estando vinculada ao resultado observado, qual seja, a celebração do Contrato PG 225/2000 com expressivo percentual de sobrepreço.

133. A conduta imputada a ambos os recorrentes não pode ser entendida como a prática de atos de mero expediente. Se assim fosse, seria absolutamente desprovida de finalidade prática a tramitação do processo que resultou na celebração do Contrato PG 225/2000 pela Divisão de Construção e a instância competente teria decidido pela assinatura do referido ajuste sem embasamento em qualquer manifestação técnica do DNER.

134. Entendo que, à luz da atribuição dos seus cargos, conforme reproduzido no trecho transcrito do relatório do Acórdão 1.929/2019-Plenário, os recorrentes tinham o dever de analisar a planilha orçamentária que resultou no Contrato PG 225/2000, bem como de apontar a superestimativa dos valores propostos. O déficit na atuação de ambos os recorrentes só não resultou em prejuízo ainda maior porque a Diretoria de Engenharia Rodoviária buscou obter um desconto adicional ao valor que havia sido analisado pelos Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Roberto Borges Furtado da Silva.

135. Assim, julgo que os recursos de reconsideração ora em apreciação não devam ser providos, mantendo-se integralmente o teor do acórdão recorrido, que julgou irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os ao pagamento solidário do débito apurado e da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 11 de maio de 2022.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator