

## VOTO

Historiando os fatos, o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - Dnocs e o Estado do Piauí firmaram o Convênio-PGE 158/2003 para a construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense. Os recursos do convênio foram utilizados na execução do Contrato AJ 27/99, que objetivava a construção do chamado Sistema Adutor do Sudeste do Piauí e havia sido firmado entre a Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí (posteriormente sucedida pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí – Seinfra/PI) e a Construtora Jurema Ltda., originado da Concorrência 01/98.

2. Por meio do Acórdão 948/2007 – Plenário, o TCU apreciou representação de equipe de fiscalização que versou sobre irregularidades relacionadas à obra em questão. Na oportunidade, entre outras medidas: (i) determinou à Seinfra/PI que adotasse os procedimentos cabíveis com vistas à anulação do Contrato AJ 27/99, caso o Estado tivesse interesse em dar continuidade à obra com aporte de recursos federais; e (ii) converteu o processo em tomada de contas especial para apurar os prejuízos causados na execução do Convênio Dnocs/PGE-158/2003.

3. Por meio do Acórdão 304/2020 – Plenário (Revisor Ministro Benjamin Zymler), foi julgada a referida tomada de contas especial, culminando na irregularidade das contas de Bertolino Marinho Madeira Campos, ex-Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí, e da sociedade empresária Construtora Jurema Ltda., ocasião em que lhes foi imputado o recolhimento de débitos e o pagamento de multas.

4. A deliberação foi motivada pela constatação da existência de sobrepreço, superfaturamento e outras irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense, objeto do Convênio PGE 158/2003 celebrado entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí.

5. Em seguida, a Construtora Jurema Ltda. opôs embargos de declaração em face do Acórdão 304/2020 – Plenário, que foram conhecidos e rejeitados por meio do Acórdão 741/2020 – Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

## - II -

6. Trata-se, neste momento processual, de recursos de reconsideração interpostos por Bertolino Marinho Madeira Campos e pela Construtora Jurema Ltda. contra o Acórdão 304/2020 – Plenário.

7. Em síntese, os recorrentes arguíram:

7.1. Bertolino Marinho Madeira Campos: (i) o Termo Aditivo 01 ao Contrato AJ-27/1999 foi assinado com o intuito de viabilizar a utilização dos recursos recebidos por meio do Convênio PGE 158/2003 e era a solução mais ágil para “destravar” as obras relacionadas àquele contrato, depois de cinco anos de interrupção; (ii) os preços do contrato foram examinados e aprovados pela Diretoria de Infraestrutura Hídrica do DNOCS; (iii) sua boa-fé é evidente, uma vez que se pautou no controle exercido pelo Dnocs para viabilizar as obras.

7.2. Construtora Jurema Ltda.: (i) ocorrência da prescrição, em consonância com o que assentou o tema 899 do Supremo Tribunal Federal (STF); (ii) os referenciais de preços utilizados pela recorrente foram os mesmo utilizados na orçamentação, na fase interna do processo; (iii) deveriam ter sido utilizados, como parâmetros de preços, os valores constantes da tabela Sinapi, sendo incabível excepcionar dessa tabela apenas os serviços de “escavação de vala em rocha dura”, que foram comparados com os valores da tabela Sicro-2; (iv) o preço global da recorrente ficou 15% abaixo do valor referencial utilizado pela Administração; (v) não foi realizada qualquer perícia na obra, que, se efetuada, constituiria prova de que não houve sobrepreço ou superfaturamento; (vi) é incabível a imputação de “culpa grave” à Construtora e que levou à aplicação de sua multa individual em valor elevado; (vii) o crédito que possuía a Construtora junto à Administração pela realização de serviços não pagos deveria “ser abatido da verba tida como paga a maior pela Administração”.

8. A Secretaria de Recursos (Serur), de forma resumida, lançou as seguintes anotações:
- 8.1. No que concerne ao recurso de Bertolino Marinho Madeira Campos: (i) consta dos autos um ofício do DNOCS mencionando a adequação dos preços, sem qualquer comprovação das análises que teriam sido realizadas ou dos preços unitários de referência adotados; (ii) “o responsável foi, no mínimo, negligente ao reativar um contrato com vícios patentes e amparar a sua execução a partir de mera declaração da regularidade dos preços, desacompanhada de documentos e análises dos preços de referência adotados”; (iii) as alegações de dificuldades enfrentadas e de boa-fé são genéricas e desacompanhadas de evidências.
- 8.2. Relativamente ao recurso de Construtora Jurema Ltda.: (i) não ocorreu a prescrição, quer sob regime estabelecido pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999; (ii) não há vedação à utilização de sistemas diferentes de referência de preço para o exame da economicidade de contratos, sobretudo quando são utilizados dois sistemas que se consolidaram como fontes oficiais de consulta (Sicro e Sinapi); (iii) a utilização do referencial do Sicro-2 para o serviço “escavação em vala material de 3ª categoria” foi devidamente justificada, uma vez que não há composição compatível na base nacional de composições do Sinapi; (iv) os serviços em questão possuem execução similar à escavação de valas em obras rodoviárias; (v) a composição de custos defendida pela responsável possui diversas fragilidades, que foram exploradas no voto condutor do acórdão recorrido; (vi) a utilização da composição do Sinapi, com os ajustes necessários às especificidades da obra, resultaria em valor inferior ao custo de referência adotado pelo TCU, o que conduziria à conclusão de um superfaturamento ainda maior; (vii) a ausência de previsão legal, em 1999, para a utilização de referências oficiais de preços não impede que o TCU as utilize para estimar os valores de mercado de obras custeadas com recursos federais; (viii) a obra já apresentava sobrepreço desde a contratação inicial, o que desfaz o argumento de que teria ficado dentro do orçamento previsto na fase interna da licitação; (ix) não é cabível a compensação por supostas medições que não teriam sido pagas à empresa, pela ausência de evidências da existência desse direito líquido e certo e ainda porque, se existentes, corresponderiam à utilização de recursos estaduais.
9. Em conclusão, a Serur propôs o conhecimento e a negativa de provimento dos recursos.
10. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento.
11. Feito este breve esboço processual, passo à análise de mérito.
- III -
12. Rejeito, desde logo, a arguição de prescrição.
13. No que diz respeito à pretensão ressarcitória, é de ampla ciência que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário – RE 636.886, fixou, em repercussão geral, a tese de que “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em acórdão de Tribunal de Contas” (Tema 899). Nesta linha, a Excelsa Corte tem decidido reiteradamente pela aplicação da prescrição, aos processos oriundos desta Corte, segundo as regras definidas no regime da Lei 9.873/1999, aí incluídas as interrupções do prazo constantes de seu art. 2º.
14. A Serur fez detalhado exame daquelas interrupções, conforme transcrevi no Relatório, em que ficou demonstrado que todas se deram em prazo inferior aos cinco anos. Da mesma forma, restou evidenciado que o processo não ficou paralisado, por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.
15. Os votos dos Ministros Relator e Redator, por seu turno, já haviam esgotado a questão sob o prisma do regramento estabelecido pelo Código Civil.
16. Assim, ficou nitidamente demonstrada a inoccorrência de prescrição, qualquer que seja o regime aplicável.

- IV -

17. A matéria tratada nestes autos se revela bastante complexa, em face das singularidades que a distinguem. Não por outro motivo, o julgamento do processo foi permeado por divergências e o resultado foi proclamado por voto de desempate, nos termos do art. 125 do Regimento Interno.

18. O primeiro ponto a ser analisado é o aproveitamento do Contrato AJ 27/99, resultante da Concorrência Pública 001/98, celebrada pela Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí (SOSP). A referida licitação teve por objeto a “*contratação de empresa para execução das obras e serviços de engenharia de empreitada por preço unitário, para construção do Sistema Adutor do Sudeste, no Estado do Piauí*” (peça 26, p. 3). O Convênio PGE-158/2003, celebrado entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí, por seu turno, tinha por objeto a “*Construção da Adutora do Sudeste Piauiense, que atenderá as cidades (...)*”. Vê-se, em princípio, existir uma uniformidade de propósitos.

19. O inciso I da Cláusula Terceira daquele Convênio atribuía ao Dnocs a competência para “*examinar e aprovar o procedimento licitatório que será promovido pelo Estado, (...), condicionando o repasse dos recursos (...) a essa aprovação*” (peça 2, p. 27). Embora os termos do convênio apontassem para a realização de um certame em data futura, o Dnocs realizou o exame do procedimento que já havia sido realizado e entendeu pela possibilidade de seu aproveitamento, em vista da identidade dos objetos que constavam do convênio e daquele contrato já então assinado.

20. Consta dos autos manifestação de ex-Diretor-Geral do Dnocs em que, ouvido a respeito, afirmou que aquela autarquia não participou da elaboração de procedimento vinculado à Concorrência 018/98 e que “*se deteve, sim, na análise e aprovação do certame, para efeito de celebração do convênio PGE-158/2003*” (peça 75, p. 27). Entre a documentação que ele encaminhou se encontra manifestação da Procuradoria Jurídica do Dnocs que concluiu que “*após análise das peças deste processo licitatório, constatamos que a instrução obedeceu aos ditames do vigente Estatuto e do Ato Convocatório, (...)*” (peça 75, p. 37).

21. Considerando as manifestações de aceitação do Dnocs, o Governo do Estado do Piauí assinou o 1º Termo Aditivo ao Contrato AJ 27/99, que apenas reativou aquela avença “*como ação retomada pelo Convênio PGE-158/2003*”. Observe-se que até aquele momento não havia qualquer alteração no objeto licitado.

22. Não obstante, em momento posterior foram efetuadas robustas modificações no Projeto Básico da obra licitada, a exemplo da alteração no local de captação da água, do trajeto da adutora, da substituição de alguns dos municípios que seriam beneficiados, do diâmetro máximo da tubulação e da quantidade de estações elevatórias. Na prática, licitou-se uma obra e executou-se outra.

23. Não resta dúvida de que esse procedimento configurou irregularidade porquanto descaracterizou por completo o princípio da licitação. Esse ato já foi reprovado pelo Tribunal, por meio do Acórdão 948/2007 – Plenário (TC 014.246/2005-3), que rejeitou parcialmente as razões de justificativa apresentadas por Bertolino Marinho Madeira Campos, ex-Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí, e lhe aplicou multa de R\$ 20.000,00.

24. Essas alterações na obra deram origem aos 2º e 3º Termos Aditivos.

25. A propósito, o Redator do acórdão recorrido ressaltou, em mais de uma passagem, a “*absoluta ilicitude*” do aproveitamento do certame para a execução do Convênio PGE-158/2003. Neste ponto, anoto que em minha compreensão o aproveitamento do certame não caracterizou, por si só, ato irregular. A ilicitude decorreu das alterações que foram introduzidas no Contrato AJ 27/99, desfigurando-o por meio de Termos Aditivos, porque foram eles que descaracterizaram o objeto e tornaram mera ficção a licitação que precedeu ao contrato.

26. De outra sorte, embora haja nítida irregularidade na transmutação do objeto contratual, não consigo, **data maxima venia**, vislumbrar que a introdução daquelas alterações contratuais tenha sido motivada por uma prévia intenção de beneficiar a empresa contratada. É certo que o julgamento efetuado por esta Corte se baseia na existência de responsabilidade subjetiva, caracterizada pela presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a expressão de conduta dolosa ou má-fé para que haja a necessidade de reparar o dano causado à Administração. Considero, contudo, que o conhecimento dos contornos das práticas então adotadas é importante para que se possa melhor discutir a existência, a conceituação e a quantificação do dano.

27. Nessa toada, vejo que a Concorrência Pública 001/98 se fundou em um Projeto Básico de junho de 1998. Aquele certame aconteceu em 1999 e o Contrato AJ 27/99, dele decorrente, foi assinado no mês de julho do mesmo ano. A adutora licitada foi concebida sob a premissa de que ocorreria a concretização das obras de transposição do Rio São Francisco. No entanto, passados cinco anos, aquela transposição ainda se encontrava em fase de discussão, tanto técnica quanto política. Ante a frustração daquela premissa, a Secretaria de Infraestrutura Estadual considerou necessária a completa reformulação do plano então traçado. Esse foi o motivo que conduziu à alteração do Projeto Básico, materializado posteriormente nos 2º e 3º Termos Aditivos.

28. Não concebo que a contratada e a contratante já cogitassem, à época da licitação, que o contrato a ser assinado ficaria paralisado por cinco anos pela falta de aporte de recursos, que a transposição do Rio São Francisco não ocorreria nesse horizonte temporal e que, em consequência, o Projeto Básico teria de ser profundamente alterado, com a decorrente modificação dos quantitativos de itens constantes da planilha orçamentária licitada. Os elementos presentes nos autos não me conduzem a concluir que tenha havido comportamento volitivo do gestor ou da contratada no sentido de fraudar a administração pública mediante a alteração daquele contrato e de seus quantitativos.

29. Em reforço, o ex-Diretor-Geral do Dnocs, em atendimento à questão que lhe foi dirigida nestes autos, afirmou que *“o Dnocs, de forma alguma, participou da elaboração do Edital da Concorrência 01/98. Antes de celebrar o Convênio, no entanto, o orçamento foi criteriosamente analisado por técnicos do setor de custos e orçamento”*. A fim de demonstrar a efetividade daquela análise, informou que *“o BDI, referente à aquisição de tubos, conexões e assemelhados, foi reduzido de 30% para 22,16%, por recomendação do Dnocs, como pode ser constatado no Termo Aditivo 03, cópia anexa. A redução do BDI importou numa economia de R\$ 1.275.188,26, a preços iniciais”*. Acrescentou, ademais, que o BDI de 22,16% utilizado para aquele contrato (a partir da revisão efetuada pelo Dnocs) foi inferior aos BDIs de 35,61% e 35,22%, determinados pelo TCU para os preços de tubos e equipamentos dos contratos firmados para a implantação das Segundas Etapas dos Projetos de Irrigação de Baixo Acaraú e Tabuleiro de Russas. E que, ao final das revisões efetuadas pelo Dnocs, houve uma redução do valor contratual, de R\$ 26.568.405,72 para R\$ 22.914.691,96 (peça 75, pp. 27-33).

30. Veja-se, portanto, que o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 e a subsequente modificação de seu escopo, ainda que condenável porque ofensiva ao princípio da licitação, se deu em um cenário de conhecimento, análise, aprovação e controle por parte da Administração Pública.

31. De forma mais contundente, o Diretor de Infra-Estrutura Hídrica do Dnocs encaminhou ofício ao Presidente da Codevasf, datado de 3/11/2004, nos seguintes termos (peça 3, p. 50):

*“Para suprir necessidade de Vossas Senhorias, informamos que o Convênio PGE-158/2003, celebrado entre o DNOCS e o Governo do Estado do Piauí para construção da Adutora do Sudeste Piauiense, encontra-se em execução regular, nos termos fixados no próprio Convênio.*

*Ao mesmo tempo, informamos que os preços contratados foram por nós examinados, estando em tudo compatíveis com os preços da tabela do DNOCS para obras da natureza daquela.”* (grifei).

32. Aqui, saliento que é imprópria a desqualificação da confirmação da compatibilidade de preços efetuada pelo Dnocs, tal qual feito pela Serur sob o argumento de que não constavam dos autos os documentos relacionados àquela análise e aos preços unitários por ela utilizados. Nesse aspecto, vejo que não competiria aos recorrentes, estranhos à Administração Pública Federal, a apresentação de documentos internos do Dnocs, intrinsecamente relacionados a seus procedimentos administrativos. O Tribunal, por outro lado, poderia ter requisitado tais documentos diretamente ao Dnocs, caso os tivesse considerado como relevantes para a confirmação ou negação do eventual sobrepreço. Entretanto, não o fez no tempo certo, não se podendo cogitar da adoção de tal providência neste momento processual, ante o longo interregno existente.

33. Considero, então, que aquelas declarações, prestadas por agentes públicos federais no legítimo exercício de suas funções, passam a gozar de presunção de veracidade. Admito, portanto, que efetivamente existiu uma análise de preços realizada no âmbito do Dnocs e que ela concluiu que os

preços contratados se encontravam em conformidade com aqueles constantes da tabela utilizada pela autarquia.

34. De tudo isso, concluo que as providências anunciadas pelo Dnocs foram ao encontro do entendimento deste Tribunal sintetizado na ementa do Acórdão 1252/2016-Plenário (Relator Ministro Raimundo Carreiro), colhida da jurisprudência sistematizada desta Corte:

*“Quando o convênio com outro ente da Federação for celebrado após a realização da licitação pelo conveniente, o órgão concedente deve se certificar antecipadamente da adequação dos preços contratados, confrontando-os com os preços do Sinapi ou com outros sistemas oficiais de preços.”*

35. Recordo, mais uma vez, que estamos tratando de uma obra com orçamento elaborado em 1998, quando o Sinapi ainda não era considerado referencial oficial de preços de uso obrigatório. Sob esse prisma, a utilização da tabela Dnocs bem atenderia ao princípio insculpido no referido enunciado, uma vez que era considerada como uma referência oficial. É desnecessário rememorar que àquela época os mecanismos que balizavam os custos das obras públicas eram, ainda, incipientes. Aliás, somente com o advento da Lei 9.811/1999 (LDO 2000) houve a primeira positivação do assunto, com a previsão de que:

*“os custos unitários de obras executadas com recursos dos orçamentos da União, relativas à construção de prédios públicos, saneamento básico e pavimentação, não poderão ser superiores ao valor do Custo Unitário Básico - CUB - por m<sup>2</sup>, divulgado pelo Sindicato da Indústria da Construção, por Unidade da Federação, acrescido de até trinta por cento para cobrir custos não previstos no CUB.”*

36. As referências ao Sinapi e ao Sicro somente despontaram com o advento das Leis 10.524/2002 (LDO 2003) e Lei 12.017/2009 (LDO 2010), respectivamente. E ressalto, por oportuno, que a Lei 11.768/2008 (LDO 2009) introduziu a viabilidade da utilização de outros parâmetros de análise de preços, disponíveis em tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da administração pública federal. Aliás, a Lei 10.524/2002 – e as LDOs que a sucederam – trouxe comando específico para que a Caixa Econômica Federal promovesse a *“ampliação dos tipos de empreendimentos atualmente abrangidos pelo sistema, de modo a contemplar os principais tipos de obras públicas contratadas, em especial as obras de edificações, saneamento, rodoviárias, ferroviárias, barragens, irrigação e linhas de transmissão”*. (grifei).

37. Sem embargo, as ocorrências descritas me conduzem à convicção de que os preços originalmente pactuados no Contrato AJ 27/99 foram validados pelo Dnocs, a partir da utilização de sua tabela de preços, que parecia ser, à época, o paradigma mais adequado para qualquer comparação.

38. Não desconheço que o TCU já se utilizava do Sinapi e do Sicro como referenciais de preços antes mesmo que a primeira das LDOs estabelecesse sua obrigatoriedade. Na verdade, os Acórdãos 20/1996-Plenário e a Decisão 38/1999-Plenário constituem precedentes exemplificativos da utilização do Sicro como referência oficial de preços em obras públicas executadas em momentos mais longínquos.

39. A questão tratada nestes autos, no entanto, possui a singularidade de os preços terem sido aferidos e validados pelo Dnocs, em consonância com sua própria tabela de preços, conforme se extrai das declarações constantes dos autos. Não me parece razoável que agora, decorridos mais de vinte anos da assinatura do Contrato AJ 27/99 e mais de dezesseis anos da proclamação, pelo Dnocs, da justeza do preço praticado, venha esta Corte a apontar sua incorreção.

40. Abro parêntese para frisar que caso houvesse o sobrepreço apontado teríamos, como consequência natural, a responsabilização solidária dos gestores do Dnocs, uma vez que foram eles que permitiram o aproveitamento e a continuidade do Contrato AJ 27/99, mesmo de posse de todos os documentos informativos que lhes foram disponibilizados e após a realização de suas análises. No entanto, o Acórdão 948/2007 – Plenário, que determinou a conversão daqueles autos nesta tomada de contas especial, deixou de apontar qualquer sanção aos agentes do Dnocs. Vê-se aqui, em meu juízo, contradição naquele **decisum**.

41. Não desconheço a existência de linha jurisprudencial nesta Corte que defende que a caracterização de jogo de planilha prescinde da intenção de conferir vantagem indevida por parte dos agentes administrativos ou dos prepostos da pessoa jurídica contratada. (Acórdãos 167/2017-Plenário

e 17231/2016-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler). O que se busca, na essência, é manter o equilíbrio geral do contrato, não tornar imutável a equação econômico-financeira. Neste particular entendo que possa existir situação que conduza à alteração na equação financeira original sem a tipificação daquela prática condenável. É nesta vertente, aliás, o Acórdão 8366/2010-1ª Câmara (Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira), que teve o seguinte enunciado extraído da jurisprudência selecionada deste Tribunal: *“Há presunção relativa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato na alteração contratual sem caracterização do ‘jogo de planilha’”*. No voto condutor daquele aresto, o Relator consignou que *“o jogo de planilha se concretiza por meio de aditivos contratuais em que se verifique a ocorrência de ato culposos ou dolosos do agente público prejudicial ao erário”*, mas que *“há situações em que as modificações contratuais são tecnicamente justificáveis e necessárias, realizadas para promover o interesse público e não para proporcionar ganhos ilegítimos para a contratada”*. Em tais situações, ainda que reste evidenciado que as modificações procedidas possam ter favorecido a contratada, não estaria evidenciada prática condenável.

42. Como destaquei anteriormente, os preços foram aferidos e atestados pelo Dnocs, encontrando-se em conformidade com os referenciais constantes de sua tabela de preços. Assim, com todo respeito às opiniões em contrário, não verifico a existência de erro grosseiro ou da culpa grave aludida no voto condutor da deliberação recorrida. Ainda que sob o risco de me tornar repetitivo, volto a frisar que o certame e o posterior aproveitamento do Contrato AJ 27/99 ocorreram em momento significativamente distinto desse em que agora os examinamos, quando as balizas orientadoras dos custos de obras públicas se encontravam em incipiente momento de posituação e assimilação pelos órgãos públicos.

43. Esse tipo de situação deve nos conduzir a ponderar sobre a regra insculpida no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de que na interpretação de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

44. Reafirmo que não estou a considerar legal o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 mesmo depois de ocorridas as alterações do Projeto Básico, como já frisei no item 23 deste voto. Ocorre que aquele erro não é, em minha visão, suficiente para conduzir à conclusão da existência de superfaturamento e, por conseguinte, à necessidade de reparação, sobretudo pela comprovação de avaliação dos preços com base na tabela Dnocs.

45. Por evidente que não se pode admitir como normal a existência de sobrepreço nas contratações promovidas pela Administração Pública. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal é farta em reafirmar que inexistente um patamar que possa ser pacificamente aceito como reflexo de variações normais de mercado.

46. No caso em tela, após a realização de exaustivos cálculos que se valeram da utilização de empréstimos de composições de custos de diferentes sistemas referenciais – e ainda assim com a necessidade de ajustamento em suas composições unitárias de custos para melhor se adequarem às peculiaridades dos serviços contratados -, chegou-se a um possível sobrepreço da ordem de 13,3%, segundo o Ministro Redator, ou de 10,4%, caso fossem considerados os preços de referência acolhidos pelo Relator.

47. Por óbvio que esses números são cercados de incertezas e imprecisões, em que pese os meritórios esforços realizados pelas diversas unidades técnicas que atuaram nestes autos e pelos Ministros Relator e Revisor que se debruçaram sobre os autos antes de mim. À toda a dificuldade inerente à obtenção dos melhores paradigmas referenciais para cada item de serviço especificado – sobejamente caracterizada pelas discussões travadas no processo -, se somam as imprecisões inerentes ao longo tempo decorrido, uma vez que, repito, estamos a discutir preços licitados em 1998.

48. Devo ponderar que são atributos de um adequado orçamento de obras a temporalidade, a especificidade e a aproximação, consoante indicado pela doutrina afeta ao tema e referenciado em diversos processos deste Tribunal. É forçoso admitir que um orçamento elaborado tempos antes da

licitação ou da execução pode não refletir as condições efetivamente enfrentadas. As flutuações de preço, alterações de cenários de mercado e mesmo mudanças tecnológicas afetam a precisão de um orçamento. Tanto é assim que a jurisprudência do TCU vê com cautela a necessidade de reajustamento de preços antigos ou mesmo de retroação de preços atuais para aferir a regularidade dos empreendimentos que fiscaliza.

49. Considero, portanto, imprópria a imputação de débitos nestes autos.

50. Não obstante, reputo adequado o juízo quanto à irregularidade das contas de Bertolino Marinho Madeira Campos em face da descaracterização do objeto licitado por meio da Concorrência 001/98, a partir das alterações introduzidas no Contrato AJ 27/99 mediante a celebração de seus 2º e 3º Termos Aditivos, conforme já destaquei neste voto, com ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

51. Por derradeiro, a respeito do longo lapso temporal existente entre a ocorrência dos fatos e o julgamento de mérito efetuado por esta Corte, reflito que é impróprio arguirmos que a delonga processual tenha decorrido da litigância de má-fé ou da deslealdade processual dos responsáveis, que apresentaram repetidas alegações de defesa adicionais e memoriais. As partes são, sempre, hipossuficientes em relação a este Tribunal. Compete à Corte, e não às partes, a última palavra em relação à aceitação de novos documentos extemporâneos e à inclusão do processo em pauta para votação. Observo, aliás, que o art. 160 e respectivos parágrafos do Regimento Interno já disciplinou adequadamente a questão, facultando às partes a juntada de documentos novos somente até o término da etapa de instrução. Após esse prazo, lhes é permitida apenas a distribuição de memoriais aos gabinetes e, ainda assim, após a inclusão do processo em pauta. Esse dispositivo encontra-se perfeitamente alinhado ao princípio da duração razoável do processo.

- V -

52. A despeito de toda a análise da matéria até aqui realizada, registro que, em 23/6/2022, os advogados da Construtora Jurema Ltda. juntaram aos autos sentença proferida na Ação Penal 0001636-10.2013.4.01.4000, que tramitou na 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Piauí, absolutória dos réus Bertolino Marinho Madeira Campos e Humberto Costa e Castro (sócio da Construtora Jurema Ltda.) em relação às condutas tipificadas nos arts. 89 da Lei 8.666/1993 (exclusivamente em relação ao primeiro acusado) e 312 do Código Penal (ambos os réus). Tais dispositivos versam, respectivamente, sobre os crimes de dispensa e/ou inexigibilidade ilegal de licitação e peculato.

53. A respeito do crime relacionado à licitação, imputado exclusivamente a Bertolino Marinho Madeira Campos, assinalou aquele Juízo, após discorrer sobre as circunstâncias em que se deu o aproveitamento do contrato originalmente assinado para execução das obras conveniadas, que:

*“(…), a despeito de não haver contemporaneidade do certame, vislumbro o enquadramento do objeto conveniado com o efetivamente licitado. O fato de que a execução do objeto conveniado decorrer de uma contratação anterior não trouxe prejuízo ao erário, caso analisado por esse exclusivo motivo, porquanto a referida obra só teve início após a celebração do respectivo convênio e a consequente liberação dos recursos federais para tal fim.*

*(…)*

*Observo que a grande controvérsia pertinente à suposta irregularidade na dispensa de licitação diz respeito não à alteração, em si, do projeto básico original, mas, sim, se se poderia aproveitar a Concorrência nº 01/98 e o Contrato AJ 27/99 para a execução do objeto do Convênio nº 158/2003.*

*(…)*

*Assim sendo, não há por que inferir que todas estas circunstâncias impossibilitariam o aproveitamento do contrato, mormente quando, posteriormente, o convênio celebrado (Convênio 158/2003) passou a prever os recursos necessários para a execução da obra, após a introdução da modificação no projeto básico.”*

54. No que se refere ao “exame da materialidade e autoria quanto ao aludido delito de peculato imputado aos réus”, transcrevo:

*“E, quanto ao dano, friso novamente, apontado pela existência de superfaturamento, a divergência entre os valores executados e os respectivos referenciais (SINAPI e SICRO) não se revelam elementos hábeis a essa demonstração, mormente quando, à época da licitação não eram exigidos.*

(...)

*Pelo exposto, tenho que a acusação de sobrepreço tem que ser analisada sobre um prisma mercadológico, atento que, friso, à época da contratação os referidos índices referenciais não eram de utilização obrigatória. Por este ponto de vista lógico, de mercado, não havia nem mesmo descompasso com princípios éticos que uma empresa, a vencedora, apresentasse o preço que entendesse pertinente à execução de determinado objeto. Assim concluo, pois o preço é ditado pela concorrência pela exposição ao mercado. É este que, em regra, dita o preço 'justo'. No caso presente, essa situação se deu pela ausência de outra empresa com condições melhores no certame licitatório."*

55. Vê-se, portanto, que a sentença concluiu pela inexistência de materialidade em relação às mesmas questões debatidas nestes autos.

56. Ainda que se possa, hipoteticamente e de forma acadêmica, divergir da abordagem conduzida na esfera penal e entender que a análise efetuada naquele Juízo foi equivocada, não há como ignorar a existência da sentença penal absolutória e de suas consequências no mundo jurídico.

57. No caso em tela, a sentença criminal afastou a existência dos fatos (aproveitamento do contrato anteriormente assinado sem realização de nova licitação e superfaturamento), fazendo incidir, na espécie, as disposições do art. 935 do Código Civil, que apregoa que *"a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal"*.

58. Ainda que sob fundamentos diferentes, o deliberado no juízo penal vai ao encontro de minha proposta no que se refere à inexistência de débito a ser tratado neste processo.

59. Contudo, aquela absolvição colide com minhas conclusões relativamente ao aproveitamento, por Bertolino Marinho Madeira Campos, da Concorrência 001/98, a partir das alterações introduzidas no Contrato AJ 27/99 mediante a celebração de seus 2º e 3º Termos Aditivos. Em face da força daquela sentença absolutória, revejo minhas conclusões e me manifesto no sentido de que seja provido o recurso de Bertolino Marinho Madeira Campos.

- VI -

60. Em conclusão e à luz de todo o exposto: (i) dou provimento ao recurso apresentado por Bertolino Marinho Madeira Campos, para julgar suas contas regulares com ressalvas e excluir o débito que lhe foi imputado e a multa que lhe foi aplicada; e (ii) dou provimento ao recurso impetrado por Construtora Jurema Ltda. e julgo suas contas regulares com ressalva, excluindo o débito e multa que lhe foram imputados.

Ante todo o exposto, peço escusas por divergir dos pareceres e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a minuta de deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 3 de agosto de 2022.

JORGE OLIVEIRA  
Relator