GRUPO II – CLASSE II – 2ª CÂMARA
TC-041.556/2012-7
Natureza: Tomada de Contas Especial
Unidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e Superintendência Regional do Dnit no Estado do Maranhão (Dnit/MA)
Responsáveis: Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges, Planor Construções e Comércio Ltda., Pedro Deodato de Amorim Nascimento e Wolney Wagner de Siqueira

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROCESSO INSTAURADO POR DETERMINAÇÃO DO ACÓRDÃO 2.948/2011-TCU-PLENÁRIO (TC-005.741/2002-0). OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO EM RODOVIA FEDERAL NO ESTADO DO MARANHÃO. INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO. CITAÇÕES. VERIFICAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PREVISTA NO ART. 8º DA RESOLUÇÃO TCU 344/2022. ARQUIVAMENTO.
A data de início da contagem do prazo prescricional na hipótese em que os fatos foram constatados em fiscalização do TCU (Resolução TCU 344/2022, art. 4º, IV) deve ser a da juntada do relatório de fiscalização aos autos do processo.

RELATÓRIO

Este processo trata de tomada de contas especial instaurada por determinação deste Tribunal por meio do item 9.1 do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, relator Ministro José Múcio Monteiro (TC-005.741/2002-0), que tratou de diversas obras de restauração e conservação rodoviária no Estado do Maranhão.

2. Por meio da instrução de peça 81, ratificada pelo dirigente da unidade (peça 82) e pelo Ministério Público (peça 88), a então Secex/MA examinou as alegações de defesa dos responsáveis e propôs julgar irregulares as contas de sete deles com a imputação de débito e aplicação de multa, nestes termos:

"***INTRODUÇÃO***

1. Cuida-se de tomada de contas especial instaurada em observância ao item 9.1 do acórdão 2.948/2011 (peças 1, p.8, a 2, p.38), por meio do qual, no julgamento de dispensas de licitação conduzidas pelo 15.° Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.° DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (Dnit/MA), o Plenário do Tribunal de Contas da União, orientando-se por pareceres da Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e da Secretaria de Controle no Maranhão (Secex/MA), identificou, no curso do TC 005.741/2002-0, sobrepreço em faturas liquidadas e pagas sob o contrato PG 233/96.

HISTÓRICO

2. O contrato PG 233/96 (peça 9, p. 20-23), pactuado no dia 17/12/1996, objetivava a execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, do entroncamento BR-316/343(B), divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, ao entroncamento MA-275,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

e teve por contratada a sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), que o 15.° DRF escolhera com base nos arts. 24, IV, e 26 da Lei 8.666/1993, conforme documentação reunida no processo administrativo DNER 51250.001.408/96-11 (peça 6, p. 3-4).

3. As obras e serviços foram definitivamente recebidos mediante termo datado de 7/7/1998 e assinado por servidores da administração contratante e por preposto da empreiteira (peça 10, p. 13-14, 15-16 e 28-29).

4. Do total de pagamentos realizados, estimaram-se diferenças positivas (débito por sobrepreço) na execução do contrato PG 233/96 (peça 11), ao final assimiladas e acatadas pelo acórdão 2.948/2011-Plenário.

EXAME TÉCNICO

5. Conforme itens 10 a 16, 129 a 138 e 185.2 e anexo XIII da última instrução da Secob (peça 3, p. 1-4, 40-43 e 59, e peça 4, p. 2-31) e 10.7 da segunda instrução da Secex/MA (peça 5, p. 10-11), mais documentos relativos à despesa adunados nas peças 9, p.29, a 10, p.7, e peça 11, alvitrou-se, em instrução de 22/11/2012 (peça 13), citar em solidariedade a pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. e os agentes públicos federais Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges, Pedro Deodato de Amorim Nascimento e Wolney Wagner de Siqueira.

6. Considerando depois disso os diversos atos da unidade técnica e dos responsáveis, logrou-se tabular o quadro a seguir:

nome	***finalidade***	***instrumento***	***AR, recibo ou DOU***	***manifestação***	***procuradores***
Francisco Augusto Pereira Desideri	*citação*	*ofício 504/2013 (peça 18)*	*AR recebido em 18/4/2013 (peça 45).*	*Solicita dilação de sessenta dias para defesa (peças 35 e 37), mas não apresenta alegações defensivas.*	*nihil*
Gerardo de Freitas Fernandes		*ofício 505/2013 (peça 19)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 26).*	*Protocola defesa no dia 3/5/2013 (peças 49 a 51 e 69 a 70).*	*André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 52)*
José Ribamar Tavares		*ofício 506/2013 (peça 20)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 30).*	*Autua alegações defensivas no dia 20/5/2013 (peça 56) e pedido adicional em 18/6/2013 (peça 63).*	*nihil*
Maurício Hasenclever Borges		*ofício 507/2013 (peça 21)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 33).*	*nihil*	*nihil*
Planor Construções e Comércio Ltda.		*ofício 508/2013 (peça 22)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 27).*	*Defende-se mediante razões autuadas no dia 3/6/2013 (peças 60 e 61).*	*Pedro Albino de Paiva, administrador, contador, auditor, CI 012.434/0-2, CRC-D (peças 59, 60, p.22, e 61)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

nome	*finalidade*	*instrumento*	*AR, recibo ou DOU*	*manifestação*	*procuradores*
Pedro Deodato de Amorim Nascimento		*ofício 509/2013 (peça 23)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 38).*	*Autua defesa no dia 3/5/2013 (peças 49 a 51 e 69 a 70).*	*André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 51, p.2)*
Wolney Wagner de Siqueira		*ofício 510/2013 (peça 24)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 39).*	*Defende-se mediante petição à peça 65.*	*Regis Antônio Caetano, advogado, OAB/TO 1.863, e José Gabriel de Castro, administrador, CPF 084.391.091-72 (peça 41)*

7. Embora ultimados os ciclos citatório e responsivo, certa a ausência de contestação por parte dos codevedores Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, instrução de 6/9/2013 (peça 67), merecedora de anuência da subunidade técnica (peça 68), propôs checagem de integridade e/ou ordenação da documentação contestatória (petição e, quando o caso, anexos) de Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento, José de Ribamar Tavares e Wolney Wagner de Siqueira.

8. Por meio de despacho com data de 18/9/2013 (peça 71), certificou-se o pleno saneamento dos autos, o que possibilitou avançar na direção do mérito. É o que se passa a fazer.

9. Abaixo, pontuam-se a irregularidade, as razões defensivas e o confronto analítico entre aquela e estas. Relembra-se, por necessário, que se caíram em inércia Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges. Os dois, por tal motivo, incorreram em revelia, podendo, no entanto, beneficiar-se, se couber, da argumentação de resistência dos outros, ex vi do art. 161 do Regimento Interno do TCU.

9.1. ***Irregularidade e débito apontados*** *(peças 18 usque 24)*

- ocorrência*:*

Existência de sobrepreço, conforme metodologia (critérios, composição de preços e preços unitários ajustados do Sicro) apresentada pela Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e referendada pelo acórdão 2948/2011/TCU/Plenário, em medições liquidadas e pagas sob o contrato PG-233/96-00, pactuado no dia 17/12/1996 entre o DNIT e a Planor Construções e Comércio Ltda. com o objetivo de executar serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316/343(B), divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, ao entroncamento MA/275.

- débito*:*

origem	*data da ocorrência*	*cifra (R$)*
97OB00141	*9/1/1997*	*102.213,69*
97OB00141	*9/1/1997*	*90.123,86*
97OB03737	*5/6/1997*	*61.675,32*
98OB00186	*6/1/1998*	*38.559,42*
1999OB0011	*12/3/1999*	*7.333,83*

9.2. ***Defesa dos responsáveis***

Seguem alegações dos responsáveis não atingidos pela contumácia e respectivo exame técnico.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

9.2.1. ***Da sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda.*** *(peças 60 e 61)*

A empreiteira contratada sem licitação pelo Dnit assim se posiciona na contestação:

a) a metodologia utilizada baseou-se nos trabalhos realizados nos TCs 003.028/2001-3 e TC 004.034/2001-5, os quais priorizaram o exame do indício de irregularidade relativo à diferença entre os valores contratados e as composições de custo unitário do Sicro;

b) houve reclassificação e ajuste de itens orçamentários Sicro no relatório da Secob/TCU;

c) com relação ao item 10.2 desse relatório, não se esclareceu se devia ser considerada a tabela de construção ou de restauração rodoviária, se o Sicro 1 ou o Sicro 2;

d) esse impasse de reclassificação técnica gerou problema atinente à aplicação do BDI, fazendo-o oscilar entre 35,8% e 40,5%, de resto não compensado pelo fator de redução 0,90;

e) a taxa de BDI foi reduzida de 35,8% para 33,18%, ao argumento de que a empreiteira estaria nas proximidades do local da obra, justificando a glosa de 2,62% concernente a mobilização/desmobilização;

f) com isso, o relatório deixou de considerar o caso particular, jogando-o numa vala comum da literatura especializada;

g) mobilização e desmobilização existem mesmo quando a construtora se situa perto da obra, pois envolvem, entre outros, custo de transporte, jamais significado despesa zero;

h) segundo o manual de custos rodoviários do Dnit, esses dois itens representam um conjunto de providências e operações visando a levar os recursos (material, pessoal e equipamentos) da empreiteira até a obra, e vice-versa;

i) o relatório da Secob, sem analisar individualizadamente as particularidades do contrato, retirou do BDI essas parcelas, numa atitude temerária a lume da justa contratação preconizada na Lei 8.666/1993;

j) com relação ao item 10.3 do citado relatório de auditoria, a aplicação do redutor de 0,90 sobre as produtividades consistiu na utilização de percentual de 10% sem qualquer embasamento técnico, além de só alcançar alguns serviços (terraplenagem, regularização do subleito e reforço);

k) semelhante redutor de 0,90 alcançou apenas 49,5% do contrato, sem previsão legal e técnica, malferindo o equilíbrio econômico-financeiro da avença, a qual se dera em adversas condições (dificultosa trafegabilidade, perda de material, produtividade, difícil acesso etc.);

l) quanto aos preços, o relatório teria sido precipitado, vez que o Sicro era apenas referencial, não absoluto, e aludia somente ao mercado de Fortaleza e Recife;

m) o Sicro/DNER não leva em conta particularidades, circunstâncias e outras variáveis associadas à obra;

n) se o preço Sicro/DNER fosse de aplicação linear e indistinta, funcionaria como uma tabela oficial com valores máximos. E, nesse contexto, cumpria indagar se o BDI seria de 33,18% (construção) ou de 40,5% (conservação);

o) segundo a própria auditoria do TCU, o Sicro 2 introduziu uma tabela específica para os serviços de restauração, com decréscimo de produtividade em relação aos de construção, razão para os ajustes de produtividade nos cálculos efetuados;

p) em obras emergenciais, dadas as condições do terreno, caem as produções do equipamento, mas isso não está corretamente refletido na singela diminuição de 10% proposta pelo TCU;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

q) vislumbra-se a incoerência disso nos agregados de concreto e nos materiais pétreos utilizados nas camadas drenantes da pavimentação, considerados sempre produzidos pela contratada, visto como no Maranhão só existem duas jazidas de brita, chegando a quatro vezes o preço da tabela Sicro;

r) é irresponsável o entendimento de irregularidade ante preços unitários maiores que os do Sicro;

s) mesmo diante de 10,10% a mais que a cotação Sicro, mereceu a proposta da arguente o beneplácito de servidores do Dnit;

t) os serviços contratados tiveram regular execução, tendo-os recebido definitivamente membros de comissão do próprio Dnit;

u) o fato de os preços não estarem alinhados com os do Sicro, uns acima e outros abaixo, não é segredo ou novidade, questão superada pela aceitação e contratação da defendente pela administração federal, após análise criteriosa do DNER e em razão da situação emergencial e de calamidade pública decretada;

v) essas flutuações de preço eram perfeitamente admissíveis, levando em consideração o traçado do segmento rodoviário a recuperar e as especiais condições de execução dos serviços;

w) agentes públicos do DNER, homenageando o interesse público e a continuidade da trafegabilidade naquele trecho da BR-226/MA, e sopesando a conveniência e oportunidade, agiram discricionariamente ao aceitar a proposta da alegante;

x) a proposição econômica da defendente foi justa, não tendo sofrido qualquer aumento durante o processo de contratação por dispensa ou ao longo da execução;

y) decorridos mais de dez anos da emergência/calamidade pública, finalização da contratação e ultimação dos serviços contratados, o assunto volta à baila com indicativo de diferença de 10,10%, à guisa de utilização de preços superiores aos do Sicro, conclusão que já constava do processo administrativo promovido no âmbito do DNER. E, mais importante, estaria justificada pelos escalões decisórios da autarquia, não se cuidando verdadeiramente de um achado de auditoria.

9.2.2. ***De Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento*** *(peças 49 a 51 e 69 a 70)*

Averbam defensivamente:

a) decretada a emergência, dispensou-se a licitação e promoveu-se a convocação da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda., cuja proposta fora analisada e, com valor global compatível com os preços regionais, aceita;

b) na ocasião, utilizaram-se os referenciais do Sicro 1, que só previa serviços de construção rodoviária, de modo que para os de restauração se usaram também aquelas composições de preço;

c) não obstante isso, os cálculos do TCU basearam-se no Sicro 2 com ajustes, sendo apontado que os preços do contrato não estariam alinhados com os do Sicro;

d) por outro lado, a análise do TCU considerou que os preços do Sicro seriam os máximos e, no caso de extrapolação, haveria de existir motivação para o valor excedente;

e) o Sicro 1 fora concebido para ser um sistema referencial, ainda que bastante simplificado e caracterizado por graves distorções, cenário, aliás, atestado pelo TCU no acórdão 0050-15/96-Plenário, contemporâneo ao contrato PG 233/96, período em que as pesquisas que alimentavam aquele sistema de preços eram concentradas nas praças de Fortaleza, Recife e Salvador;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

f) o Sicro 1 e o Sicro 2 representam singelo balizamento ideal de preços, sem qualquer vinculação com cada obra executada;

g) inexistia, quando da contratação, norma jurídica que determinasse a obrigação de usar o Sicro 1 no orçamento do DNER, sistema cujos preços eram tomados sempre de modo referencial e não impositivo;

h) após o acórdão 0050-15/96-Plenário, o DNER revisou o Sicro e, no ano de 1999, expediu novo lineamento quanto à elaboração de estudos e projetos rodoviários, mesmo assim tal sistema continuou facultativo, não ditando os valores máximos a respeitar na orçamentação ou contratação de obras rodoviárias;

i) a obrigatoriedade só se consolidaria sob o Sicro 2, a partir do acórdão 267/2003-Plenário, o que se refletiria na Lei 12.017/2009 (LDO de 2009);

j) por conseguinte, é ilegal a manutenção de solidariedade de servidores por ausência de norma legal que determinasse a adoção do Sicro como teto para o orçamento do contrato PG 233/96;

k) ainda que forçosa a observância do Sicro, a decretação de emergência no trecho objeto do contrato PG 233/96 fazia os serviços escaparem à normalidade, tornando, por isso, descabido o uso dos preços de um sistema no qual, de um lado, os custos horários de equipamento eram considerados para atividades em condições médias e, de outro, não levavam em conta a queda de produtividade decorrente do tempo pluvioso, ainda mais no Maranhão, segundo estudo publicado em revista especializada;

l) o próprio TCU reconhece que, em situações especiais e específicas, os preços podem apresentar valores diferentes (maiores) que os do Sicro, desde que devidamente explicitados;

m) mostrar-se-ia, assim, totalmente pertinente e correto o exposto anteriormente quando da tramitação do TC 005.741/2002-0, no sentido de que a produtividade tivera que ser reduzida em função de o solo estar saturado quando da realização da obra;

n) a CGU realizou auditoria no mesmo período, mas nada apontou de irregular, do que deriva a ausência de dano ao erário e de responsabilidade dos defendentes;

o) é impossível aplicar retroativamente entendimento que o TCU firmaria acerca dos fatos sob exame, pois acarretaria para o servidor responsável severa penalidade, ainda mais ante decisões com força de título executivo extrajudicial, aptas a afetar os bens daquele antes de discussão judicial sobre a matéria;

p) embora de crime não se cuide nos autos, é vedada também a retroeficácia de jurisprudência do TCU (notadamente do acórdão 267/2003), quando dotada de caráter normativo, relativamente a ato administrativo anterior, que deve ser avaliado pelo entendimento vigorante à data própria do quadro fático;

q) tal situação colhe paralelo nos princípios da legalidade e anterioridade tributárias, inserindo-se num contexto normativo que assegura a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, sempre com base em padrões preconcebidos;

r) apenar e responsabilizar os arguentes caracterizaria, por outro lado, ofensa aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica, essenciais na demonstração de que os atos administrativos hão de nortear-se por normas e comportamentos preexistentes, como o TCU mesmo deliberou no acórdão 1.484/2003-Plenário;

s) intelecção adotada pelo Poder Judiciário em ação civil pública isentou da pecha de ímprobo o servidor José Orlando Sá de Araújo quanto aos preços de outro contrato, à compreensão de que outros agentes públicos do DNER concordaram com os valores unitários ali aceitos;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

t) seria impossível infligir multa aos defendentes, dado o transcurso de mais de cinco anos entre os fatos (1996) e o início da auditoria (2002), assunto regido pela Lei 9.873/1999, assim como de dez anos entre aqueles e a instauração da TCE (2011);

u) a pretensão punitiva, em qualquer dos casos, já estaria prescrita, pois a instauração da auditoria se dera em 2002, a notificação dos responsáveis em 2013 e ainda não sucedeu o édito condenatório; e

v) o STJ, no REsp 894539/PI, haveria estabelecido inteligência segundo a qual prescreve em cinco anos a multa do TCU.

9.2.3. ***Defesa de José Ribamar Tavares*** *(peças 56 e 57)*

Assim se manifesta o defendente:

a) o próprio TCU, por meio do acórdão 0050-15/96-P, sessão de 17/4/1996, publicado no DOU de 29/4/96, p. 7.321, teria reconhecido que o Sicro não espelhava a realidade dos preços em cada município;

b) infere-se, de acordo com o manual de custos de obras rodoviários, que uma mesma tabela não pode ser adequada para preparação de orçamentos que reflitam, precisamente, os custos incorridos em todos os cenários e circunstâncias;

c) também com apoio naquele compêndio institucional, seria permitido aos orçamentistas selecionar as condições de trabalho dos equipamentos, segundo as características dos serviços que estivessem a compor, ressaltando-se, no entanto, que sob o Sicro os custos horários se guiariam por condições médias;

d) a metodologia inerente ao Sicro 2 difere da do Sicro de 1996, vez que aquele se apresenta por estado e este por região, apresentando distorções e lacunas que o TCU já teria acusado nos acórdãos 1.088/2001 e 1.484/2003-Plenário;

e) o Sicro é um sistema que se prestaria à confecção de tabelas referenciais, desvinculadas dos projetos específicos das obras, sem constituir instrumento único, inflexível;

f) não configura boa técnica auditorial comparar preços da rodovia objeto do contrato PG 233/96 com os do Sicro, sem levar em consideração características da obra;

g) se as peculiaridades de determinada obra conduzirem a preços diversos dos que figuram no Sicro, tal diferença de preços há de ser justificada e a possível lacuna na coleta de preços, explicitada;

h) na Decisão 417/2002-Plenário, o TCU teria admitido revelar-se o Sicro uma ótima fonte de referência de preços, mas sem isso significar que seja absoluto;

i) o analista do TCU, conforme se lê em trecho que fundamentaria o acórdão 2.948, ignorou que os serviços não se executaram sob condições normais, tendo decorrido a contratação emergencial de chuvas no trecho, o que, por acarretar perda de material e ocasionar modificação na produtividade dos equipamentos, deveria, até como preconizava o manual de custos do Dnit, ser levado em consideração;

j) outro equívoco do analista do TCU teria sido a comparação direta dos preços do PG 233/96 com os do Sicro, vez que estes, simplesmente referenciais e não obrigatórios, não se estabeleciam como limite superior de nenhuma contratação, algo que só veio a ser imposto pelo acórdão 267/2003;

k) os preços unitários da obra teriam sido submetidos a criteriosa avaliação da engenharia do 15.° DRF/DNER e da diretoria do órgão em Brasília;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

l) a composição do orçamento dos serviços teria observado o art. 3.° da Norma CA/DNER 264/91, para a qual o Sicro fornecia os preços referenciais e primários, os quais, por isso mesmo, não se caracterizavam inflexíveis;

m) inexistiria, à época, norma que tornasse compulsória a observância de preços unitários do Sicro nas contratações ou na elaboração de orçamentos;

n) é difícil a sustentação de sobrepreço e de dano ao erário com base em divergências apontadas em relação ao Sicro, cuja fragilidade naquela ocasião o TCU reconhecia, tanto que lhe determinou a revisão.

Requer, outrossim, a realização de perícia, em moldes muito peculiares que entende cabíveis nesta TCE, assim como antecipada uma espécie de quesitação sobre pontos (por ele qualificados de nevrálgicos) da relação processual e do débito.

9.2.4. ***Defesa de Wolney Wagner de Siqueira*** *(peça 65)*

No tocante à irregularidade que funda o débito, aduz:

I) preliminarmente:

a) a celebração do contrato dera-se há cerca de dezesseis anos;

b) débito não se confunde com valor financeiro em TCE, vez que aquele só existe após o trânsito em julgado da decisão do TCU, momento em que ganha a característica da imprescritibilidade; para os demais débitos, isso vale quando da inscrição na dívida ativa;

c) mesmo que a Lei Orgânica do TCU não imponha limite temporal para imputação de débito e multa, mister instaurar o competente processo antes de consumada a prescrição ou decadência;

d) na legislação existem várias situações em que o lapso prescricional/decadencial é de cinco anos, tais como ação disciplinar (Lei 8.112/1990, art. 142, I, a), constituição e cobrança de crédito tributário (lei 5.172/1966, arts. 173 e 174), anulação de atos administrativos (Lei 9.784/1999, art. 54) e pedido de revisão no TCU (Lei 8.443/1992, art. 35);

e) a TCE visa a uma tentativa de recebimento de suposto direito, o qual, porém, se sujeita à prescrição ou decadência, não podendo o agente público responder eternamente por atos de gestão, sob pena de solapar o princípio da segurança jurídica administrativa e, assim, jogar por terra a Constituição Federal;

h) o lapso entre a exoneração do DNER e a data atual vai além do prazo quinquenal marcado no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, cumprindo observar que a Carta Magna adotou a prescrição como regra, excepcionando-a para os crimes descritos no art. 5.°, XLII e XLIV;

i) também o previu no art. 37, § 5.°, como excepcionalidade, para as ações de ressarcimento – estas, porém, condicionadas à formação do título executivo (acórdão condenatório do TCU);

j) incidem, em apoio à não possibilidade de responsabilização do arguente, os arts. 6.°, II, e 19 da Instrução Normativa TCU 71/2012;

k) existem decisões do TCU (acórdãos 1.835/2008 e 368/2009-2.ª Câmara, acórdão 5.105/2010-1.ª Câmara e acórdão 1.816/2008-Plenário), lavradas com fulcro na Instrução Normativa 56/2007, que, reconhecendo iliquidáveis contas cujos débitos superavam os dez anos, mandaram arquivá-las;

l) ademais, não era ele competente pelo regimento interno do DNER para aprovar preços e realizar contratações;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

II) no mérito:

a) o total contratado, de R$ 2.914.050,53, ficou aquém do total orçado, de R$ 2.931.148,23 (preços de novembro de 1996);

b) a contratação baseou-se em orçamento oriundo de criteriosa vistoria feita por engenheiros do DNER, levando em consideração particulares e especiais dificuldades (acesso a jazidas, material saturado, operação de equipamentos etc.) inerentes aos serviços então sob demanda;

c) inexistia obrigatoriedade de utilização do Sicro como base de cálculo, por ser um sistema de pouca confiabilidade e não divulgado, o que só veio a acontecer a partir do acórdão 267/2003-Plenário/TCU;

d) antes, no acórdão 50/96-Plenário, o TCU determinara que se reestudasse o Sicro, sistema frágil que facultava aos órgãos executivos do DNER elaborar orçamentos condizentes com as singularidades locais;

e) a CGU, ao promover em 2003 auditoria em vários contratos, nada encontrou de anômalo;

f) a exemplo do que se decidiu nos acórdãos 136/95 e 941/2010-Plenário, o débito encontra-se em patamares aceitáveis, pois representa cerca de 10,23% do preço global.

9.3. ***Análise da defesa dos responsáveis*** *(rejeição)*

Analisar-se-ão, daqui por diante, as manifestações contestatórias.

Comece-se pelas arguições de perda do poder de cobrar o débito e a multa imputados, que se poderiam agrupar da seguinte forma:

i) ocorreu prescrição da pretensão ressarcitória, em virtude do decurso de mais de dez anos entre os fatos geradores do débito e a data de citação do devedor solidário, com base nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil (insinuação esboçada pela sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda.);

ii) sucedeu prescrição da pretensão punitiva (multa), pelo transcurso de mais de cinco anos entre os eventos e o início da auditoria, nos termos da Lei 9.873/1999 e de entendimento do STJ no REsp 894539/PI (tese de Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento);

iii) verificou-se prescrição da pretensão ressarcitória, dado o fluir de mais de cinco anos dos acontecimentos, nos termos das Leis 8.112/1990, 9.847/1999, 5.172/1966, 9.784/1999, 8.443/1992 e 8.429/1992 (tese de Wolney Wagner de Siqueira);

iv) a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5.°, da Constituição Federal de 1988 somente se aplica depois de formado o título executivo extrajudicial pelo TCU (tese de Wolney Wagner de Siqueira).

A alegação de prescrição da pretensão ressarcitória levada a efeito por meio desta TCE esbarra na jurisprudência consolidada no TCU.

Tem-se sobre o assunto uma genuína miríade de precedentes (ad exemplum, os acórdãos 153/2006, 863/2006, 870/2004, 1.715/2006, 1.757/2005, 705/2008, 2.199/2008 e 2.709/2008-Plenário; 175/2002, 346/2000, 2.260/2006, 3.116/2006, 3.229/2006, 3.455/2006, 2.154/2007, 2.358/2007, 3.244/2007, 547/2008, 2.634/2008 e 2.811/2008-Primeira Câmara; 82/2003, 2.912/2006, 3.044/2006, 3.050/2006, 3.280/2006, 3.519/2006, 285/2007, 1.310/2007, 2.364/2007, 1.104/2008, 1.805/2008 e 4.945/2008-Segunda Câmara) que, após oscilação ora em prol da prescrição de direito comum (vintenária ou decenal), ora da imprescritibilidade, culminou com a prolação pelo Pleno do TCU, ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

examinar incidente de uniformização de jurisprudência no bojo do TC-005.378/2000-2, do acórdão 2.709/2008, ata 50/2008, em cujo subitem 9.1 se lê:

> *'Deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no §4.º do art. 5.º da IN TCU n.º 56/2007.'*

Já antes disso, o próprio Supremo Tribunal Federal assentara, no julgamento do MS 26210/DF, relator o ministro Ricardo Lewandowski, intelecção no sentido da imprescritibilidade em casos como os de que cuidam os presentes autos:

> *'MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.'*

Seguiram-se àquela deliberação do Tribunal de Contas inúmeros outros julgados (verbi gratia, acórdãos 4.874/2010, 1.926/2011, 4.633/2012 e 5.171/2013-Primeira Câmara, 4.014/2010, 4.856/2010, 1.564/2011 e 7.858/2012-Segunda Câmara, 276/2010, 771/2010, 1.241/2010, 1.549/2011 e 143/2013-Plenário).

Finalmente, no acórdão 2.166/2012 o Plenário conduziu votação que, lastreando-se em posicionamento então amplamente majoritário (cuja indicação se torna ociosa diante do art. 90 do Regimento Interno), redundou na Súmula 282, vazada nos termos seguintes: 'As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis'.

Logo, se são imprescritíveis ações de ressarcimento, de que a tomada de contas especial é qualificada espécie administrativa, inadequado reputar atingidos pela força paralisante ou elisiva da 'praescriptio' extintiva o curso e a utilidade jurídica desta demanda.

Lado outro, caracteriza desarrazoada inversão imaginar, como o fez Wolney Wagner de Siqueira, que existiria imprescritibilidade para execução de acórdão condenatório, mas atingiria a pretensão de formá-lo a prescrição ou a decadência. Na verdade, essa modalidade de título executivo extrajudicial (CF/1988, art. 71, § 3.°; Lei 8.443/1992, arts. 19, caput, parte final, 23, III, b, e 24; Regimento Interno do TCU, arts. 214, III, b, e 215; Código de Processo Civil, art. 585, VIII) nasce de ação de ressarcimento que a Carta Magna (CF/1988, art. 37, § 5.°) considera imprescritível. Já a pretensão executória do título originado dessa actio é que seria prescritível, independentemente de ser inscrito (procedimento essencial na opinião de alguns, facultativo ou dispensável na de outros) em dívida ativa não tributária da União, bem como de ser o prazo extintivo quinquenal ou decenal.

Ainda que, somente por amor ao debate, se aceitasse mesmo a prescrição decenal (levemente insinuada, ainda que sob outras vestes e de modo residual, na defesa da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda.), adotando linha francamente minoritária no TCU, o resultado continuaria a ser a incolumidade da pretensão de ressarcimento dos danos causados à União por sobrepreço havido no contrato DNER PG 233/96. É que nessa hipótese, como talvez não se consiga perceber, embora o lapso prescricional de dez anos, segundo a melhor exegese dos arts. 2.028 e 2.044 da Lei 10.406/2002, começasse a fluir do dia 11/1/2003 em diante, ou seja, um ano após a publicação do chamado Código Reale, assumiria contornos de essencialidade a definição correta do dies ad quo da interrupção provocada pela citação válida.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

E, justo nesse sentido, há de ver que, tendo-se consumado a citação dessa pessoa jurídica com a aposição em 5/4/2013 de rubrica no AR (peça 38) do ofício 508/2013 (art. 183, I, a, do Regimento Interno c/c arts. 3.°, III, e 4.°, II, e 19, III, da Resolução TCU 170/2004), o dies a quo interruptivo da prescrição retroagira a 22/10/2012, data de autuação desta tomada de contas especial na Secex-MA (ver capa dos autos eletrônicos), à vista do art. 219, caput (in fine) e § 1.°, do Código de Processo Civil, a incidir nesta relação processual debaixo do selo da subsidiariedade ou complementaridade normativa (Súmula TCU 103). Assim, entre 11/1/2003 (início da vigência do CC/2002) e 22/10/2012 (dia de instauração desta TCE), haveria transcorrido menos de um decênio, pondo abaixo, também por essa senda alternativa, a sutil referência do arguente.

Igual raciocínio, pela absoluta similitude fático-jurídica, se aplica aos demais devedores solidários.

Além disso, a invocada prescrição quinquenal para multa administrativa em processos de contas, que se sublinha apenas para rechaço de acordo com o princípio da eventualidade, tem sido sistematicamente afastada pelo TCU, ao raciocínio da inaplicabilidade em feitos desta corte quer da Lei 8.429/1992, quer da Lei 9.783/1999, ou, ainda, de regras ou principiologia típicas da seara tributária. Nesses casos, a ratio decidendi dá a compreender que os prazos prescricionais em questão não interferem na atividade judicante do Tribunal, cujo fundamento tem escopo no exercício do controle externo, que a CRFB/1988 e a Lei 8.443/1992 expressamente lhe atribuem. Exemplificam essa linha hegemônica os acórdãos 612/2007, 2.073/2011, 3.765/2011 e 5.865/13-Primeira Câmara, 517/2011, 545/2011, 670/2013, 7.534/2013 e 825/2014-Segunda Câmara, 1.286/2010, 86/2013, 709/2013 e 828/2013-Plenário.

Outrossim, admitindo-se para argumentar, nem mesmo a regra geral de prescrição (CC/2002, art. 205) representaria óbice à aplicação de sanctio iuris monetária, pois o tempo que medeia entre a instauração da TCE (22/10/2012) e o início de vigência do Codex Reale (11/1/2003) é menor que dez anos, valendo nessa contagem, como se vislumbrou parágrafos atrás para a universalidade de codemandados, o regramento do art. 219, caput (in fine) e § 1.°, do CPC c/c a Súmula TCU 103.

Por fim, a argumentação elisiva relacionada à incidência dos arts. 6.°, II, e 19 da IN TCU 71/2012 não socorre os respondentes, porque, afora a imprescritibilidade há pouco delineada, a dispensa de TCE constitui uma faculdade do TCU, nunca um obstáculo inexpugnável, vale dizer, pressuposto negativo do exercício do controle externo, ou, por outra angulação, direito subjetivo dos responsáveis. Não bastassem tais ressalvas, acresça-se que o acórdão 2.948/2011-Plenário age, no caso debatido, exatamente como determinação contrária à dispensa.

Diante da exposição, deixam de vingar as alegações observáveis nos itens 9.2.1, y; 9.2.2, t a v; e 9.2.4, I, todos desta instrução.

Provado inexistir óbice à instauração e desenvolvimento válido desta TCE por não ocorrência de prescrição extintiva, analisa-se questão invocada exclusivamente por Wolney Wagner de Siqueira, no sentido de ser parte passiva ilegítima ad causam, ao argumento de ausência de comprovação de sua participação no rito licitatório e/ou de existência de vulneração a princípios administrativos.

Semelhante ilegitimidade, todavia, não pode ser afastada a priori, pois, de acordo com o que se apurou no caderno processual, o respondente, então diretor de engenharia do DNER, averbava acerca da contratação direta em 9/12/1996 (peça 9, p.12):

> *'Trata o presente processo da contratação emergencial, com base no Art. 26 e no Inciso IV do Art. 24 da Lei 8.666193, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., para realização dos serviços na Rodovia BR-226/MA, trecho: Entr. BR-3161343 (B) - Div. PI/MA (Teresina - Timon) - Div. MATO - Entr. MA-275, subtrecho: Entr. MA-006 (Grajaú) - Entr. MA-275, com extensão de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

63,3 Km em vista do elevado número de erosões em estado progressivo, na eminência de colapso do corpo estradal em tomo de 35 segmentos críticos da ocorrência e interdições causadas pela interferência dos índios Guajajarás (sic).

A convocação da CONSTRUTORA foi feita pelo Engenheiro Chefe do 15° DRF/DNER, através do ofício n° 315196, datado de 04/11/96, em virtude da mesma encontrar-se instalada nas proximidades do segmento rodoviário sinistrado, em condições de mobilizar, de imediato, pessoal e equipamentos para o atendimento necessário.

Consta do presente processo a comunicação ao Sr. Diretor-Geral do Ato da Dispensa da Licitação, assim como a ratificação do mesmo e a publicação no D.O.U., conforme determina o Art. 26 da Lei 8.666193.

A proposta apresentada pela construtora, num total de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos 10,10 % acima dos calculados com base no SICRO, sendo estes num montante de R$ 2.646.768,93 (Dois Milhões, Seiscentos e Quarenta e Seis Mil, Setecentos e Sessenta e Oito Reais e Noventa e Três Centavos).

Porém, diante da pequena diferença percentual encontrada, da natureza dos serviços de caráter emergencial, do fato de ter sido levado em consideração, na análise de preços, um B.D.I. de 35,8% e mediante o teor do despacho do Engenheiro Chefe do 15° D.R.F., em anexo às fls. 35 à 36 do presente processo, o qual ratificamos, podemos considerar os preços unitários propostos pela empresa como aceitáveis.

Sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos a contar da data da ordem de início, com valor global de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos), conforme planilha de preços unitários, em anexo ao presente processo, visando a execução dos serviços emergenciais.'

Por conseguinte, dúvida alguma persiste de que, considere-se tudo uma cadeia procedimental ou genuíno ato administrativo composto – ou, se se quiser, complexo –, a intervenção do agora postulante foi, lógica e causalmente, decisiva para a deliberação administrativa, motivo por que configurada está sua responsabilidade no débito que se apurou sob a refinada metodologia adotada pelas unidades técnicas (Secob e Secex-MA) do TCU.

Dessarte, malsucedida a linha defensiva abrigada no item 9.2.4, I, l, desta instrução.

Vencidas, portanto, as questões preliminares, evolui-se para o mérito da causa, o qual comporta o reagrupamento temático a seguir:

i) o Sicro 1 era um sistema meramente referencial do DNER, sem adoção obrigatória ou vinculativa na ocasião em que se celebrara o contrato PG 233/96, além de frágil e baseado em condições gerais abstratas, o mais das vezes divorciadas das atinentes aos reais serviços e obras rodoviários que então se contratavam (tese da globalidade dos defendentes);

ii) o caráter vinculativo e obrigatório só se consolidaria sob o Sicro 2, conforme acórdão 267/2003-Plenário, refletindo-se na Lei 12.017/2009 (LDO de 2009), vedando-se a retroeficácia desse entendimento, ainda mais por ausência de norma legal nesse sentido, sob pena de rompedura de princípios como a boa-fé, a confiança e a segurança jurídica ou, por analogia, da legalidade e anterioridade tributárias (tese de Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento);

iii) não se levaram em conta, na determinação do sobrepreço mercê do qual se imputa o débito, as singularidades da obra e serviços contratados emergencialmente (tese da globalidade dos responsáveis);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

iv) o Sicro, sem estabelecer máximos para análise dos preços de contratações emergenciais, não exigia preços unitários ou individuais menores na contratação (tese da sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda., de Gerardo de Freitas Fernandes, Pedro Deodato de Amorim Nascimento e José Ribamar Tavares);

v) houve equívoco nos cálculos, que partiram da falsa premissa de que o contrato PG 233/96 diria respeito a serviços de construção, conservação e restauração rodoviária, e não de natureza marcadamente emergencial, refletindo-se, ademais, em insegurança na quantificação do débito, máxime quando se verifica divergência entre os números da Secob e da Secex-MA (tese da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda. e de Wolney Wagner de Siqueira);

vi) em especial, falhou a metodologia do TCU ao priorizar diferenças entre os valores contratados e as composições de custo unitário do Sicro, tanto quanto por reclassificar e ajustar preços dos serviços contratuais, suprimindo do BDI os custos de mobilização e desmobilização, o que fez essa bonificação variar entre 35,8% e 40,5%, sem adequada compensação pela redução de 10% na produtividade (tese da pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda.);

vii) concretizou-se o objeto contratual, nada em contrário tendo sido levantando pelo TCU (tese da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda.);

viii) não se teria caracterizado má-fé ou outro pressuposto de incidência da Lei 8.429/1992, de sorte que débito algum poderia ser decretado ou arbitrado pelo TCU (tese de Pedro Deodato de Amorim e Gerardo de Freitas Fernandes);

ix) a dívida, representando cerca de 10,23% do montante negocial, situa-se em valor aceitável, conforme, ilustrativamente, decidira o pleno do TCU nos acórdãos 136/95 e 941/2010 (tese de Wolney Wagner de Siqueira).

Esse arrazoado defensivo, como se minudenciará na sequência, é por completo insubsistente.

Em primeiro lugar, repila-se que inexistiria débito em virtude de 10,23% de sobrepreço no confronto com a soma contratual, máxime porque os precedentes invocados dizem respeito a contratação resultante de procedimento licitatório, não, como sucedeu no caso sob análise, de dispensa, em que uma só oblação, longe de ser representativa da média de preços do mercado de serviços e obras rodoviários, fora cotejada exclusivamente com o sistema referencial do DNER (Sicro). Ademais, em que pese à aparente modicidade ou razoabilidade da porcentagem assinalada pelo responsável, a ninguém, especialmente quando se lida com recursos públicos, seria dado admitir que uma dívida hoje estimada, apenas com correção monetária, em R$ 826.713,29 (peça 75) ou, com atualização e juros legais, em R$ 2.305.347,95 (peça 76) pudesse qualificar-se como insignificante. Noutras palavras, admitir inexpressiva essa diferença e, por análoga razão, infactível a presente TCE corresponderia a subentender, entre outras consequências, a ineficácia da alçada (R$ 75.000,00) estabelecida nos arts. 6.°, I, e 7.°, III, da IN TCU 71/2012, tanto quanto da ordem intrínseca ao próprio acórdão 2.948/2011, que, no subitem 9.1, reconhecera débito por sobrepreço no contrato PG 233/96 e determinara a abertura de tomada de contas especial. Ou seja, livraria de responsabilização, conquanto haja o TCU determinado o contrário, intranei e extraneus concernentemente a lesão econômica aos cofres da União que alcança na atualidade cerca de 11,02 vezes ou, contabilizando-se juros moratórios, 30,74 vezes aquele piso.

Em segundo lugar, afaste-se a relevância, que de fato e de direito não há nestes autos, da plena execução dos serviços emergenciais alvo do contrato PG 233/96. É matéria sem nenhuma pertinência, porquanto o cerne do debate reside em sobrepreço que as unidades técnicas (Secob e Secex-MA) do TCU identificaram quando do cotejo entre, de um lado, os valores de alguns dos serviços efetivamente pagos à sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda. e, de outro, os respectivos custos unitários sob o Sicro/DNER/Dnit. E, nesse rumo, cabe esclarecimento: a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

parte física considerada na apuração correspondeu a R$ 2.901.198,40, ou 99,55% da soma contratual, de acordo com itens 134 a 137 da última instrução da Secob (peça 3, p. 41-43), cujas conclusões se basearam em termo de recebimento datado de 7/7/1998 (peça 10, p. 13-16 e 28-29) e nas ordens bancárias emitidas pela autarquia contratante (peças 9, p.29, a 10, p.7, e peça 11, p. 7-9).

Em terceiro, a par de comentários lançados parágrafos atrás, exclua-se, também, a alegação de incidência in casu da Lei de Improbidade, pois, no âmbito do Tribunal de Contas da União, se firmou entendimento acerca da independência entre as instâncias administrativa, de controle externo – por ele cumprida sob imutável outorga constitucional – e a que exerce o Poder Judiciário. Não são, desse modo, redundantes nem reciprocamente ensejadoras de prejudicialidade, cada qual atuando em campo legal e jurídico próprio. Vivificam essa jurisprudência predominante os acórdãos 41/2007-Primeira Câmara, 70/2007 e 193/2007-Segunda Câmara, 33/2004, 52/2011 e 3.218/2013-Plenário.

Em quarto lugar, rechace-se argumento quanto a suposto equívoco cometido pela Secob na classificação dos serviços contratuais, bem como crítica sobre imaginada incerteza na quantificação do débito por aquela unidade técnica e pela regional do TCU no Maranhão. Com efeito, engano classificatório algum houve no que diz respeito a serviços e obras vinculados ao contrato PG 233/96, tanto que a Secretaria de Obras, indexando-os sob a rubrica 'metodologia para confirmação da existência de sobrepreço e cálculo do débito', explicitamente consignara em seu primeiro relatório (peça 3, p. 2-3):

> *'8.Os contratos constantes nos autos englobam serviços de construção, conservação e restauração rodoviária. Porém, à época das contratações, encontrava-se em vigor o Sicro 1, o qual possuía tabelas de referência apenas para serviços de construção e conservação rodoviária — para serviços de restauração, utilizavam-se as mesmas composições de preço unitário dos serviços de construção rodoviária. Quando o Sicro 2 entrou em vigor, entre outras inovações, ele introduziu uma tabela específica para os serviços de restauração rodoviária que, por ocorrerem em locais com maior tráfego de veículos e menor área para operação de equipamentos, mostram decréscimos de produtividade em relação aos serviços de construção. Assim, decidimos por realizar ajustes nas composições de preço unitário dos serviços de construção rodoviária de referência por meio da adoção de um fator de redução da produtividade sobre as produções horárias, visando à compensação das condições adversas na execução desse tipo de atividade.*
>
> *(...)*
>
> *10. Assim, para se verificar a existência de débito em um contrato, os seguintes passos foram seguidos:*
>
> *10.1 Análise das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, com o objetivo de buscar elementos que proporcionassem o atingimento dos objetivos propostos à Secob;*
>
> *10.2 Determinação dos serviços de restauração rodoviária: inicialmente, com base nas tabelas do Sicro 1, classificação dos serviços da planilha orçamentária como sendo de construção ou conservação rodoviária; em seguida, tomando por base as informações do Sicro 2, classificação dos serviços de construção rodoviária como sendo de construção ou de restauração rodoviária;*
>
> *(...)*
>
> *10.4 Lançamento dos preços unitários de referência resultantes das composições de preço unitário do Sicro 1 ajustadas (restauração rodoviária) e dos preços dos serviços de construção rodoviária obtidos diretamente das tabelas desse sistema (construção e conservação rodoviária) em uma planilha comparativa para a confirmação da existência de sobrepreço no contrato. É importante esclarecer que todos os preços de referência superiores aos contratados foram considerados com sinal negativo no cálculo do sobrepreço, de modo que fossem considerados como crédito no valor final encontrado;*
>
> *(...)'*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

E fê-lo porque utilizou o Sicro 2 como mecanismo de correção de distorções oriundas da circunstância de que as obras emergenciais subjacentes ao contrato PG 233/96 perfaziam a tríade construção, conservação e restauração rodoviárias, mas o sistema referencial de preços à época (Sicro 1) só considerava construção e conservação. Essa opção, nem arbitrária nem aleatória, visou, acima de tudo, a contemplar a execução de serviços de restauração de rodovias em locais e condições mais dificultosos, com maior trânsito e menor produtividade dos equipamentos. Acresce que a Secob, apesar de manter os preços do Sicro 1 para os serviços de construção e conservação rodoviárias, ajustou os do Sicro 2 concernentes a restauração rodoviária, reduzindo, mediante a adoção do fator 0,90 sobre as produções horárias, a produtividade das equipes das composições de preço unitário.

Com relação ao BDI usado nos cálculos, foi a Secob de uma clareza e de um aprumo técnico singulares (peça 3, p. 3-4):

> *'13. A taxa de Bonificação e Despesas Indiretas- BDI – é um percentual que incide sobre os custos diretos de um produto ou serviço para a formação do seu preço de venda. Essa taxa deve ser calculada de modo a englobar a bonificação, remuneração ou lucro almejado pela construtora, além de todas as despesas indiretas, isto é, aquelas não relacionadas diretamente aos serviços executados e as incorridas na sustentação do negócio da empresa: administração central, despesas financeiras, tributos (ISS, COFINS, PIS e CPMF), seguros e imprevistos, mobilização e desmobilização. Por ser composta de todas essas variáveis, a taxa de BDI pode se alterar de empresa para empresa, de empreendimento para empreendimento, dependendo dos objetivos da construtora e da situação específica de cada obra.*
>
> *14. É importante ressaltar que, como as empresas foram escolhidas por já estarem prestando serviços ao antigo DNER e encontrarem-se instaladas nas proximidades do trecho em que a obra seria realizada, as taxas de BDI não deveriam incluir a parcela referente às despesas de mobilização e desmobilização, a qual se refere aos gastos envolvidos com as 'providências e operações que o executor dos serviços tem que efetivar para transportar pessoal e equipamentos até o local da obra e, ao final dos trabalhos, retorná-los ao ponto de origem'. Segundo Mendes e Bastos, considera-se uma taxa de 2,62% como sendo adequada para gastos com mobilização e desmobilização. 15. Desta forma, como este TC trata de quinze contratos diferentes, optamos por utilizar, para serviços de construção e conservação rodoviária, uma taxa única de BDI em todas as análises no valor de 33,18%, que corresponde à taxa de BDI do Sicro 1 para serviços de construção rodoviária (35,8%), descontado o percentual referente às despesas de mobilização e desmobilização (2,62%). Para os serviços de conservação rodoviária, mantivemos a taxa de BDI do Sicro 1, isto é, 40,5%.'*

Quanto ao assunto, a crítica da Planor Construções e Comércio Ltda. faz pouco sentido, uma vez que, para além de adequada reclassificação dos itens, o orçamento de valores elaborado pela Secob admitiu para, itens do contrato PG 233/96, assim a substituição (vantajosa para os devedores solidários) de brita produzida por brita comercial como a incidência de BDI (bônus e despesas indiretas) de 40,5%, quando esse plus na composição de custos unitários do Sicro 1 não chegava a 36% e, na oblação da empreiteira, fora linear e unilateralmente calculado em 35%. Mesmo subtraindo 2,62% do BDI na memória comparativa, dada a inadequação de conservar mobilização/desmobilização nos custos contratados, a unidade técnica do TCU alcançou 33,18% sobre o custo direto para a maioria dos serviços, 1,82% só aquém da bonificação que integrara os preços da contratada (peças 3, p. 41-42, e 7, p. 1-33).

Tudo isso, pois, contribuiu para tornar os valores referenciais mais elevados e com isso mais próximos das singulares condições de execução da mencionada avença. Deu-se, se se insiste numa categoria jurídica plenamente operativa e válida dentro de similar contexto, incidência de interpretação 'in bonam partem'.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

De conseguinte, essa aplicação temperada do Sicro 2, longe de prejudicar os defendentes, acabou por retratar mais fielmente as especificidades da contratação emergencial e, reflexo benévolo, suavizar cifras que, de outro modo, calcadas no comparativo simples e puro entre Sicro 1 e preços contratuais (tal qual concebera a Secex-MA), aumentaria substancialmente o quantum debeatur.

Ademais, a construtora defendente, à qual incumbia contrastar tecnicamente os números da Secob, cingiu-se a expor argumentos vagos, não fundamentando, sequer do ponto de vista da matemática ou lógica de custos, o que alega ter sido o desacerto do TCU nessa parte.

Assim, indefensável a linha seguida para tentar desqualificar o trabalho técnico realizado pela Secob, que soube, mediante correções necessárias e inadiáveis, fazer a adequação de serviços e itens relacionados à contratação emergencial do DNER/Dnit.

Ainda sobre isso, agora oferecendo o outro lado indulgente da medida, impende reconhecer que foi exatamente essa modificação de intelecção, primando por não distorcer os valores comparáveis, mormente quanto aos itens de custo encartáveis no Sicro 1 e no Sicro 2, que permitiu ao TCU afastar cálculos – elaborados de início pela Secretaria do TCU no Maranhão à base de imediato e direto confronto entre o Sicro 1 e a planilha da Planor Construções e Comércio Ltda. – os quais redundariam em débito de R$ 710.397,15 (peça 10, p.30), adotando-se, final e solidariamente imputada aos responsáveis, a quantia (bastante mitigada) de R$ 298.297,29 (peça 11, p.10). E não só: aceitou-se repercussão subtrativo-aritmética, igualmente sob o fundamento de maior justeza metodológica e critério de equidade no caso concreto, de rubricas com preços negociais menores que os do Sicro, a exemplo, entre outros, de regularização de subleito (código 02.000.00) e revestimento primário (código 01.401.00), tudo de acordo com itens 131 usque 138 do primeiro relatório da Secob (peça 3, p. 41-43).

Logo, não vicejam, também por esse lado, as teses de defesa ora examinadas.

Em quinto e último lugar, cabe repulsar 'in totum' a série impugnativa concernente ao Sicro.

De fato, rememore-se que a adoção do Sicro 1, inocultavelmente vinculatória tanto para o DNER/Dnit quanto para a virtual contratada (Planor Construções e Comércio Ltda.), era de suceder nos exatos termos de ofício assinado em 10/11/1996 por José Ribamar Tavares (peça 6, p. 47-48):

> *'(...)*
>
> *Na formulação da PROPOSTA DE PREÇOS devem ser tomadas como referenciais os preços adotados au praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação contratada (SICRO), para cada serviço a realizar deverá ser apresentada a correspondente planilha de composição de preço unitário. Deverão ser relacionados os equipamentos disponíveis (tratores, carregadores frontais, motoniveladoras, caminhões, compactadores, etc. de forma a atender as exigências do DNER contidas no quadro anexo.*
>
> *(...)*
>
> *Anexo o orçamento referencial estimativo, cujo valor global não pode ser ultrapassado.'*

A planilha orçamentária a que aludia o (naquela época) chefe do 15.° DRF/DNER fora, a seu turno, elaborada por Pedro Deodato de Amorim Nascimento e compunha-se de serviços com valores 'fechados' – id est, não analíticos – inequivocamente associados ao Sicro (peça 6, p. 43-46). Insta frisar que, na oportunidade, tal servidor público tinha realizado vistoria nos trechos rodoviários considerados em colapso (peça 6, p.42).

Na sequência, a empreiteira convocada apresentaria, já de forma agregada e detalhada, proposta para execução dos serviços emergenciais, orçando-os em R$ 2.914.051,11 (peça 7, p. 1-33).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Em Brasília, depois de comparação entre as tabelas orçamentárias do 15.° DRF/DNER e da pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda., malgrado distorções desvantajosas para a administração contratante na maioria dos itens – no agregado atingindo 10,10% e, no serviço de compactação de aterros a 95% P.N., quase 51% a mais que os números de referência –, houve aceitação da oferta porque estaria com preços unitários e global compatíveis com os do Sicro (peça 9, p. 10-11).

E não obstante essa análise, que em si já encerrava descumprimento, porque superior em 10,10% o orçamento interno, à ordem imposta pela autoridade administrativa regional, a qual impusera respeito ao limite máximo do Sicro, o diretor de engenharia do DNER na ocasião (Wolney Wagner de Siqueira) consignaria em despacho de 9/12/1996 (peça 9, p.12):

> *'A proposta apresentada pela construtora, num total de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos 10,10 % acima dos calculados com base no SICRO, sendo estes num montante de R$ 2.646.768,93 (Dois Milhões, Seiscentos e Quarenta e Seis Mil, Setecentos e Sessenta e Oito Reais e Noventa e Três Centavos). Porém, diante da pequena diferença percentual encontrada, da natureza dos serviços de caráter emergencial, do fato de ter sido levado em consideração, na análise de preços, um B.D.I. de 35,8% e mediante o teor do despacho do Engenheiro Chefe do 15° D.R.F., em anexo às fls. 35 à 36 do presente processo, o qual ratificamos, podemos considerar os preços unitários propostos pela empresa como aceitáveis.*
>
> *Sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos a contar da data da ordem de início, com valor global de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos), conforme planilha de preços unitários, em anexo ao presente processo, visando a execução dos serviços emergenciais.*
>
> *Com isso em mente, inferem-se distintas angulações e implicações.'*

A uma, o Sicro 1, quer no âmbito do departamento regional, quer no da diretoria geral do DNER, fora largamente invocado – sem possibilidade de que alguém o negue agora ou em qualquer tempo – como sistema referencial para apuração dos custos unitários e global dos serviços orçados por agente público a serviço do 15.° DRF/DNER, de um lado, e da compatibilidade da proposta que a sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda. formularia visando à execução dos trabalhos emergenciais, de outro. Mesmo, portanto, que não se tratasse de sistema obrigatório (tese que se rechaça, porém), teve o Sicro utilização, nesse e noutros tantos casos de contratação mediante dispensa de licitação pelo 15.° DRF/DNER, de maneira vinculatória, quer sob o ponto de vista unitário, quer global, para aquela autarquia federal e para a pessoa jurídica que esta viria a contratar mercê de dispensa de licitação.

A duas, não impressiona o arrazoado de que, somente a partir do acórdão 267/2003 e de seus reflexos na Lei 12.017/2009, o Sicro 2 se tornaria obrigatório, pois, se assim o fosse, instaurar-se-iam opulentas perplexidades:

a) a despeito de pretensamente facultativo para o DNER, fora invocado e usado como parâmetro nas análises conduzidas, regional ou centralmente, pela autarquia, funcionando, tirante isso, como adequado limitador dos preços unitários e globais constantes da policitação da sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda.;

b) quem o invocara àquele tempo quereria, nesta fase de contraditório de TCE aberta em decorrência de sobrepreço, simplesmente renegá-lo, esquecendo-se de que existira, de fato e de direito, vinculação para os agentes públicos da contratante e para a contratada, de modo que, aceitando-se a defesa, ensejar-se-ia menoscabo, de um lado, aos motivos determinantes que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

nortearam as ações e escolhas no âmago dessa autarquia federal e, de outro, à vedação inspirada na parêmia 'nemo auditur propriam turpitudinem allegans';

c) se inexistisse um sistema referencial como o Sicro, o DNER, a não ser que se socorresse de algum diferente repositório de custos de obras e serviços rodoviários (que, querendo ou não, só podia ser o próprio Sicro, à míngua de qualquer outro conhecido), jamais teria condições, minimamente objetivas e concretas, de apreciar a racionalidade e adequação dos preços que lhe ofertava, àquela altura dos acontecimentos, a empreiteira convocada para executar os serviços emergenciais; de sorte que, bem ao contrário do que se alegou, faleceria qualquer marco a justificar, quando menos, o preço proposto pelo executante escolhido mediante dispensa de licitação (Lei 8.666/1993, arts. 24, IV, e 26, III). Em palavras mais contundentes: desvalendo o Sicro como referencial, de que jeito, ou segundo quais parâmetros técnico-econômico-legais, os servidores do DNER/Dnit se capacitariam ou habilitariam para analisar os valores oferecidos pela empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda.? Ou, antes até, como fundamentariam um orçamento da magnitude de R$ 2.646.768,93 (peça 9, p.10), depois contrastado com o daquela pessoa jurídica da construção civil? Quiçá uma inescrutável ciência, intuição ou achismo do orçamentista e/ou, ulteriormente, dos agentes postados em escalões maiores da autarquia? Quanto a isso, pois, de nula juridicidade alegar que o Sicro só passou a ser exigível com a edição da Lei 12.017/2009, porquanto, fosse por um instante abandonado nas circunstâncias em que se selara o contrato PG 233/96, avultariam, absolutamente irrespondíveis, todas as indagações acima deduzidas.

A três, e malgrado essa invocação, os valores adotados no âmbito da autarquia federal, e que serviram de guia para a comparação com os preços da construtora convocada, deixaram, como provaria a Secex-MA e, com metodologia mais acurada, a Secob, de observar estritamente os valores do Sicro, quer individualmente, quer globalmente. Descabendo, a propósito, falar em singularidades e especificidades da obra, afinal de contas não esmiuçadas ou explicadas onde quer que fosse – no orçamento do 15.° DRF/DNER ou nos pareceres em Brasília –, hábeis a explicar o porquê do distanciamento econômico, ao fim e cabo, descoberto pelo TCU. Além do mais, seria extremamente indispensável e natural que, à época do cenário fático desencadeador da contratação direta, e não 'ex post facto' como agora, houvesse estudos e ponderações, com pertinente detalhamento de custos unitários, produtividades e outras variáveis, a demonstrar a necessidade de ajuste dos valores referenciais do Sicro a condições anormais ou extraordinárias de execução daqueles serviços rodoviários.

A quatro, se o Sicro era um sistema tão pouco confiável, flexível ou adaptável às condições concretas, há de perguntar: padecia desses reveses apenas quando o preço contratual era maior (e, via de consequência, o desse sistema de referência do DNER/Dnit era menor), ou também se mostrava vulnerável e pouco aceitável quando o custo negocial era menor (e, por consectário, o do Sicro era maior)? Se essa fosse realmente a lógica, aceitá-lo naquela hipótese e recusá-lo nesta fecundaria um inadmissível cindir in malam partem para a administração pública. Veja-se que, com relação a isso, o método de cálculo proposto pela Secretaria de Obras do TCU soube adequadamente contemporizar a dual face do Sicro, admitindo tanto variações positivas quanto negativas, a fim de estimar o sobrepreço pelo jogo aritmético de umas e outras. Ou seja, valeu-se do caráter 'pro et' contra do Sicro e, à falta de justificativas técnicas contemporâneas aos fatos para ignorar as oscilações a maior dos custos pactícios, tabulou quadro (peça 3, p.42) em que se visualizam itens com saldos a menor (dedutíveis, nessa condição, do importe de sobrepreço):

- compactação aterros 100% do proctor normal (código 01.511.00): -R$ 960,00;

- regularização do subleito (código 02.000.00): -R$ 2.532,00;

- reforço do subleito (código 02.100.00): -R$ 7.596,00;

- revestimento primário (código 01.401.00): -R$ 107.863,20;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

- escavação manual em material de 1.ª categoria (código 04.000.00): -R$ 48,34;

- meio-fio de concreto MFC 02 (código 04.910.02): -R$ 1.892,44.

Não à toa, acresça-se, a Secob mandou detrair aquilo que, no pagamento dos serviços medidos e pagos sob as ordens bancárias 97OB00141, 97OB03737, 98OB00186 e 1999OB0011, entendera como preço menor que o do Sicro, gerando uma espécie de crédito a bem dos responsáveis solidários (peça 11).

A cinco, não se tratou de aplicação 'ex tunc' ou 'ex nunc' de qualquer entendimento do TCU, mas sim da prevalência do princípio 'tempus regit actum', de maneira que, acertadamente, se pugna nesta TCE pela incidência, com modificações necessárias para satisfazer peculiaridades do caso sob análise, dos preços do Sicro vigentes à data da contratação da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda. Pensar de outro modo lançaria a pecha da invalidade 'ex radice' sobre, entre outras coisas, a idoneidade do orçamento do 15.° DRF/MA, da análise ulterior por toda a hierarquia daquele ente da administração federal indireta e, por fim, dos valores brutos e percentuais do exame comparativo realizado na diretoria do ente, em Brasília. É de lançar mão, outra vez mais, destas incisivas indagações: o que então valia? Que sistema de médias de custos, regional ou nacional, prevaleceria? Por que, se o Sicro não se aplicava, fora, do início ao final da cadeia administrativo-procedimental do DNER/Dnit, inconcussamente adotado, sem vacilações ou incertezas, predominando sempre como verdadeiro e irrecusável norte na comparação com os preços da empreiteira convocada e, para muito além, justificando-os como aceitáveis dentro de um contexto específico de dispensa por calamidade pública?

Continuando o debate, calha lembrança, entre os que acolheram o Sicro no balizamento de preços em contratações diretas mais antigas (por consequência, antes do contrato PG 233/96), o acórdão 133/2000-Plenário (ata 27/2000, DOU de 28/7/2000), proferido no TC 017.789/1996-6, no qual o TCU, ao deliberar sobre denúncia relacionada a preços admitidos pelo DNER/PI divorciados desse sistema oficial, assentara:

> *'8.7 fixar o prazo de 120 (cento e vinte dias) dias à Secretaria de Controle Interno no Ministério dos Transportes - CISET/MT, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei n. 8.443/92, para que adote as providências necessárias à instauração e envio a esta Corte de Contas de processos de Tomada de Contas Especial, devidamente formalizados, em razão da prática de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos concernentes à contratação direta da Construtora Sucesso S. A, pelo DNER, sem a presença dos pressupostos legais e com preços excessivos, para a execução das obras/serviços atinentes ao Anel Viário de Teresina - PI; e relativos à restauração na BR-222/PI e à recuperação da Avenida Raul Lopes (Teresina - PI), situada sob a ponte sobre o Rio Poti - BR-343/PI, tratados no presente feito;*
>
> *(...)'*

Reforçando a ideia de que o Sicro era inteiramente cabível em fase anterior à prolação do acórdão 267/2003-Plenário e da Lei 12.017/2009, divergindo assim dos que o julgam inaplicável a casos pregressos, podem-se, outrossim, trazer à baila os acórdãos 105/2001, 67/2002 e 1.928/2004-Plenário.

A seis, e 'ad argumentandum tantum', mesmo que a CGU-MA houvesse declarado a inexistência de sobrepreço no contrato PG 233/96 (algo, porém, inidentificável nestes autos eletrônicos), necessário frisar que as conclusões desse órgão não vinculariam o Tribunal de Contas da União, dotado que é este do poder constitucional e legal de julgar, com caráter de definitividade no âmbito administrativo, quem, de qualquer modo, causar danos aos cofres da União (CF/1988, art. 71, II; Lei 8.443/1992, arts. 1.°, I, 4.° e 5.°, I e II; RITCU, arts. 1.°, I, 4.° e 5.°, I e II). Ademais, A CGU tem como uma de suas missões institucionais prestar subsídios ao TCU (CF/1988, art. 74, IV), auxiliando-o no controle da atividade administrativa federal, de sorte que relatórios, pareceres ou conclusões técnicas dessa procedência jamais poderão manietá-lo ou obrigá-lo. Ressalte-se, por fim,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

que, dada a suficiência do levantamento a que procederam Secob e Secex-MA, o próprio Tribunal chegou a dispensar, por meio do subitem 9.5 do acórdão 2.948/2011-Plenário (TC 005.74 1/2002-0, ata 49/2011), o órgão central do sistema de controle interno (SFCI) de cumprir determinação, inscrita no subitem de 8.3 da decisão 710/2001- Plenário (TC 003.028/2001-3, ata 37/2001), para fiscalizar a execução dos contratos de PG 164/95, PG 165/95, PG 076/96, PG 078/96, PG 080/96, PG 083/96, PG 140/97, PG 146/96, PG 233/96, PG 233/96, PG 249/96, PG 257/96, PG 258/96 e PG 141/99.

Um derradeiro tópico, incrustrado na defesa de José Ribamar Tavares, respeita a pedido de perícia. No entanto o TCU, acerca desse meio probatório, vem reafirmando (acórdãos 579/2002, 39/2007-1.ª Câmara, 275/2009 e 1122/2014-2.ª Segunda Câmara, verbi gratia):

i) nos processos de contas cabe ao responsável provar a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais geridos, visto que o dever constitucional de prestar contas inverte o ônus da prova;

ii) o 'onus probandi' é daquele que se beneficiou do recurso público, ou que deu causa a qualquer espécie de lesão ao erário federal, pois litiga-se na esfera do Direito Público;

iii) não compete ao Tribunal realizar perícias contábeis, ouvir testemunhas, quebrar sigilo bancário ou qualquer outra medida tendente a produzir prova do nexo de causalidade entre a conduta do gestor e eventuais prejuízos causados aos cofres públicos.

Ante tudo o que se contra-argumentou, não logram sucesso as razões de defesa localizáveis nos itens 9.2.1, a a x; 9.2.2, a a s; 9.2.3; e 9.2.4, II, desta instrução.

CONCLUSÃO

10. A imputação atribuída aos responsáveis (subitem 9.1) não foi elidida/ilidida pela resposta das pessoas naturais Gerardo de Freitas Fernandes, Pedro Deodato de Amorim Nascimento, José Ribamar Tavares e Wolney Wagner de Siqueira, tampouco pela pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. (subitens 9.2.1 usque 9.2.4), conforme detida análise no subitem 9.3, ante o que se rejeitam as alegações de defesa apresentadas.

11. Dessa maneira enjeitadas, carecem de eficácia transcendente (rectius: extensiva) a beneficiar Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, os quais, em silêncio após ordinariamente citados, reputam-se, para todos os fins, revéis.

12. Goradas as respostas, aquilata-se tirante isso, em homenagem ao que ordena a Decisão Normativa TCU 35/2000 tanto quanto o art. 202, § 2.°, do Regimento Interno do TCU, não se distinguir, por ângulo objetivo ou subjetivo que seja, boa-fé dos responsáveis. Seja como for, esteja ou não revestida de má-fé a conduta deles, assoma nos autos realidade que, subsumindo-se a uma ou mais das 'fattispecies' inscritas no art. 16, III, da Lei Orgânica do TCU, implica, desde logo, o julgamento definitivo das contas, segundo as normas dos arts. 3.° da Decisão Normativa TCU 35/2000 e 202, § 6.°, do RITCU.

13. Diante disso, de alvitrar sejam as contas julgadas irregulares e os responsáveis condenados em débito, aplicando-se-lhes por igual a multa cominada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

(...)

16. No que tange às comunicações processuais, e para as finalidades do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004, impende sublinhar quanto aos procuradores:

a) Régis Antônio Caetano (OAB/TO 1.863) e José Gabriel de Castro (CPF 084.391.091-72) estão habilitados, consoante peça 41, '(...) a responder a quaisquer outras solicitações ou chamamentos nos autos relacionados aos interesses do outorgante', que vem a ser Wolney Wagner de Siqueira;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

b) Pedro Albino de Paiva (CPF 288.093.861-91) não está expressamente habilitado, segundo peças 59, 60, p. 22, e 61, a receber comunicação processual em nome da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda., da qual é legítimo mandatário;

c) André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021), Frederico Gomes Dares (OAB/MG 119.889) e Lucas de Castro Bregunci (OAB/MG 126.040) também não foram explicitamente credenciados, de acordo com peças 51, p. 2, e 52, a receber notificação ou intimação em nome de Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento, de quem são procuradores comuns.

16. Caso, todavia, haja prevalência, por entenderem-no derrogatório da norma em destaque, do comando insculpido no art. 179, § 7.°, do RITCU, cumprirá endereçar a comunicação a cada representante legalmente constituído nos autos.

17. Deve o Tribunal, ainda, encaminhar cópia da deliberação e dos elementos que a secundarem ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão (LOTCU, art. 16, § 3.°; RITCU, art. 209, § 7.°) e, por injunção dos subitens 8.3 da decisão 693/2001-Plenário (TC 010.381/2001-7, ata 37/2001) e 9.7.1 do acórdão 2.948/2011-Plenário (TC 005. 741/2002-0, ata 49/2011), à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.

18. No que concerne ao pagamento da dívida e da sanção pecuniária, propor-se-á:

i) no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, que o Tribunal, independentemente da cifra, determine, desde logo, caso balde a notificação, o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observando-se os limites fixados na legislação pertinente (LOTCU, art. 28, I; RITCU, art. 219, I; Decisão Normativa TCU 19/1998, art. 2.°, II, a);

ii) para os demais devedores solidários, ou se inviável a proposta antecedente, que o Tribunal ou o relator autorize em qualquer fase administrativa, havendo pedido, o pagamento da quantia devida em até 36 parcelas, desde que o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial (LOTCU, art. 26; RITCU, art. 217).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

19. Ex positis, formula-se a proposta abaixo:

I) declarar, com fulcro nos arts. 12, § 3.°, da Lei 8.443/1992 e 202, § 8.°, do Regimento Interno, a revelia de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34);

II) com fundamento nos arts. 1.º, I, e 16, III, 'b' e 'c', e § 2.°, e no art. 19, caput, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 1.°, I, e 209, II e III, e §§ 5.° e 6.°, e no art. 210, caput, do Regimento Interno do TCU, bem como do que se consignou no subitem 9.3 desta instrução, conhecer das alegações de defesa apresentadas para, no mérito, rejeitá-las e julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34), Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), condenando-os, em solidariedade com a sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), a recolher a dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora da data de ocorrência de cada parcela até a da efetiva quitação, abatendo-se, na oportunidade, a(s) quantia(s) eventualmente ressarcida(s):

origem	***data da ocorrência***	***cifra*** *(R$)*
97OB00141	*9/1/1997*	*102.213,69*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

97OB00141	*9/1/1997*	*90.123,86*
97OB03737	*5/6/1997*	*61.675,32*
98OB00186	*6/1/1998*	*38.559,42*
1999OB0011	*12/3/1999*	*7.333,83*
valor com atualização monetária até 1.°/10/2014 (peça 75): R$ 826.713,29		
valor com atualização monetária e juros de mora até 1.°/10/2014 (peça 76): R$ 2.305.347,95		

III) aplicar, individualmente, a Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34), Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), bem como à pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), a multa cominada nos arts. 19, caput, e 57 da LOTCU e 210, caput, e 267 do RITCU;

IV) assinar o prazo de 15 (quinze) dias para a comprovação do recolhimento do débito e das multas aos cofres do Tesouro Nacional, com supedâneo no art. 23, III, 'a', da LOTCU e no art. 214, III, 'a', do RITCU;

V) notificar:

a) à luz do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004:

a.1) na pessoa dos respectivos procuradores, o responsável Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

a.2) pessoalmente os demais codevedores, vez que, mesmo os que chegaram a constituir patronos, a eles não concederam poderes para recebimento desse tipo de comunicação processual;

b) ou a lume do art. 179, § 7.°, do RITCU:

b.1) por meio dos respectivos advogados, a pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02) e as pessoas naturais Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

b.2) de modo pessoal, José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34);

VI) havendo inobservância da notificação, autorizar:

a) no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, o desconto integral ou parcelado da dívida (débito e/ou multa) nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990 (LOTCU, art. 28, I; RITCU, art. 219, I; Decisão Normativa TCU 19/1998, art. 2.°, II, a);

b) se inviável ou sem efeito o previsto na alínea anterior, e também no que respeita aos demais devedores solidários, o pagamento parcelado em qualquer fase administrativa, havendo pedido, da cifra devida em até 36 vezes, desde que não se tenha remetido o processo para cobrança judicial (LOTCU, art. 26; RITCU, art. 217);

VII) promover, inexequíveis as propostas a e b retro, a cobrança do débito e das multas por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, conforme dispõem os arts. 28, II, da Lei Orgânica e 219, II, do Regimento Interno;

VIII) encaminhar cópia da deliberação a ser proferida, acompanhada do relatório e do voto que a orientarem, tanto quanto de elementos probatórios considerados essenciais, ao Ministério

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

dos Transportes, ao Dnit, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados."

3. Em seguida, mediante a instrução de peça 104 (transcrita parcialmente a seguir), ratificada pelos dirigentes da unidade (peças 105 e 106), a então Secex/MA examinou novos elementos de defesa e reiterou sua proposta inicial de julgar irregulares as contas de sete responsáveis com a imputação de débito e aplicação de multa:

"*11. A seu turno, o ministro José Múcio, em despacho de 17/3/2015 (peça 90), ordenou voltasse a TCE à origem para exame, como novos elementos, da peça 89, subscrita pelo representante legal de Wolney Wagner de Siqueira.*

EXAME TÉCNICO

12. Considerando os diversos atos da unidade operacional e dos responsáveis, tem-se o quadro sinóptico abaixo:

nome	***finalidade***	***instrumento***	***AR, recibo ou DOU***	***manifestação***	***procuradores***
Francisco Augusto Pereira Desideri	*citação*	*ofício 504/2013 (peça 18)*	*AR recebido em 18/4/2013 (peça 45).*	*Solicita dilação de sessenta dias para defesa (peças 35 e 37), mas não apresenta alegações defensivas.*	*nihil*
Gerardo de Freitas Fernandes		*ofício 505/2013 (peça 19)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 26).*	*Protocola defesa no dia 3/5/2013 (peças 49 a 51, 69 e 70).*	*André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 52)*
José Ribamar Tavares		*ofício 506/2013 (peça 20)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 30).*	*Protocola alegações defensivas no dia 20/5/2013 (peça 56) e pedido adicional em 18/6/2013 (peça 63).*	*nihil*
Maurício Hasenclever Borges		*ofício 507/2013 (peça 21)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 33).*	*nihil*	*nihil*
Planor Construções e Comércio Ltda.		*ofício 508/2013 (peça 22)*	*AR recebido em 3/4/2013 (peça 27).*	*Defende-se mediante razões autuadas no dia 3/6/2013 (peça 60).*	*Pedro Albino de Paiva, administrador, contador, auditor, CI 012.434/0-2, CRC-D (peça 59, peça 60, p.22, e peça 61)*
Pedro Deodato de Amorim Nascimento		*ofício 509/2013 (peça 23)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 40).*	*Protocola defesa no dia 3/5/2013 (peças 49, 50, 69 e 70).*	*André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 51)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

nome	*finalidade*	*instrumento*	*AR, recibo ou DOU*	*manifestação*	*procuradores*
Wolney Wagner de Siqueira		*ofício 510/2013 (peça 24)*	*AR recebido em 5/4/2013 (peça 39).*	*Defende-se mediante petições consubstanciadas nas peças 65 e 89.*	*Regis Antônio Caetano, advogado, OAB/TO 1.863, José Gabriel de Castro, administrador, CPF 084.391.091-72, David Levistone da Silva e Souza, OAB/TO 11.750, e David Levistone da Silva e Souza Júnior, OAB/GO 29.271 (peças 41, 84, 91 e 92)*

13. Cumpre reiterar que, embora ultimadas as fases citatória e responsiva, sedimentou-se a ausência de contestação por parte dos codevedores Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges. A resposta dos demais passou por crivo da Secex/MA, tendo havido sugestão de enjeitá-las de meritis. O objetivo, pois, do sequente articulado é a análise, e apenas no que inovem as anteriores (peça 65), ou delas em essência difiram, as novéis e adicionais alegações de defesa de Wolney Wagner de Siqueira (peça 89). Ao cabo, concluir-se-á se afetam, ou mantêm incólume, o encaminhamento inicialmente deduzido à peça 81.

14. ***Irregularidade e débito apontados*** *(peça 24)*

- ocorrência*:*

Existência de sobrepreço, conforme metodologia (critérios, composição de preços e preços unitários ajustados do Sicro) apresentada pela Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e referendada pelo acórdão 2948/2011/TCU/Plenário, em medições liquidadas e pagas sob o contrato PG-233/96-00, pactuado no dia 17/12/1996 entre o DNIT e a Planor Construções e Comércio Ltda. com o objetivo de executar serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316/343(B), divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, ao entroncamento MA/275.

- débito*:*

origem	*data da ocorrência*	*cifra (R$)*
97OB00141	*9/1/1997*	*102.213,69*
97OB00141	*9/1/1997*	*90.123,86*
97OB03737	*5/6/1997*	*61.675,32*
98OB00186	*6/1/1998*	*38.559,42*
1999OB0011	*12/3/1999*	*7.333,83*

15. ***Novos elementos de defesa de Wolney Wagner de Siqueira*** *(peça 89)*

Na recente peça de contraposição, intitulada 'memorial', alega o defendente:

I) como primeira preliminar:

a) teria havido equívoco na inclusão dele no polo passivo da TCE, pois não teria aceitado proposta, mas apenas elaborado o relato CA 596/96;

b) nesse caso, sua responsabilidade seria excluível dos autos em conformidade com o acórdão 3.095/2014-Plenário, que considerara documento semelhante àquele mero expediente técnico, afeto às atribuições do diretor de Engenharia do Dnit, muito diferente de ato aprobatório da contratação emergencial censurada;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

c) inexistiriam no caderno processual documentos de sua lavra aceitando ou averbando atos administrativos que ensejassem dano ao erário, a fazer valer concretamente o brocardo latino quod non est in actis non est in mundo ('o que não está nos autos não está no mundo');

d) o enviar do relato CA 596/96 ao Conselho Administrativo do (então) DNER, para apreciação desse órgão colegiado, constituiria singelo ato administrativo calcado no Decreto 1.911/1996, art. 15;

e) não teria ele participado da etapa de composição de preços, razão pela qual sua conduta nunca poderia ter ocasionado pretenso sobrepreço e lesão aos cofres federais;

f) não existiria comprovação de ter ele dado causa a eventual irregularidade, porquanto nem mesmo elaborara ou encaminhara documentos de sua autoria e/ou de aprovação/aceitação da planilha orçamentária da Planor;

g) as medições teriam sido feitas pelo diretor de Engenharia substituto (Tito Carvalho Frota Correia) em 11/11/1996;

h) em situação idêntica, voto do ministro Raimundo Carreiro no acórdão 3.252/2010-Plenário concluíra pela ausência de responsabilidade do então diretor de Engenharia, ao entendimento de que outro gerente da área havia assinado os documentos, sem que se comprovasse a participação do primeiro;

i) ele somente assinara o relato CA 596/96, em que descrevera o histórico do processo DNER 51.250-001.408/96-11, submetendo em 9/12/1996 ao descortino da instância competente a contratação da empreiteira;

j) constatar-se-ia, além do mais, não haver ele assinado nenhum documento de análise de termo de recebimento definitivo de serviços, tampouco da correlata aprovação, ambos subscritos pelo diretor de Engenharia Alfredo Soubihe Neto e pelo engenheiro Francisco Elísio Lacerda (substituto);

k) os supostos débitos seriam posteriores à data em que exonerado, fato ocorrido no dia 11/4/1997, de modo que configuram desembolsos estranhos a seu período de atuação funcional na autarquia;

II) como segunda preliminar:

a) a remessa de expedientes constituiria, ex vi do art. 15 do Decreto 1.911/1996, ato administrativo de cunho meramente técnico, divergindo de parecer com aceitação e/ou averbação das distorções econômicas sobre as quais versa a TCE;

b) nessas circunstâncias, faleceria nexo de causalidade entre sua atuação e o débito encontrado pelo TCU, vez que a função de diretor de Engenharia é limitada em (sic) pareceres técnicos;

c) para casos semelhantes, o Tribunal de Contas da União somente teria condenado diretores de Engenharia do Dnit quando provado que exerceram funções de gestão (em substituição ao diretor geral), ou haja robusta prova do nexo de causalidade entre seus atos e a dívida irrogada, a exemplo do que decidido nos acórdãos 247/2002, 1.536/2004, 341/2008-Plenário;

d) tal liame causal, compulsando-se a tomada de constas especial é possível inferir, nunca houve no que a ele respeita, em vista de sua participação meramente técnica e não de aprovação;

e) no vertente caso, o TCU, no entanto, afirma que ele teria aceitado a proposta da Planor e a encaminhado ao Conselho Administrativo do DNER, mas similar elemento de prova não seria encontrável nos autos;

III) como mérito:

a) haveria peculiar equívoco na inclusão dele no polo passivo, dada a complexidade deste processo de contas e o decurso de quase duas décadas da data de início do débito até hoje;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

b) o ato por ele assinado é de mero expediente, é um relato sem conteúdo decisório e/ou aprobativo, respondendo exclusivamente pelos atos de mérito o chefe do 15.° DRF/MA e, ante a aquiescência do diretor geral do (extinto) DNER, o Conselho Deliberativo;

c) a liquidação de serviços (com respectivos quantitativos) fora encargo de membros de comissão da autarquia e da empreiteira executora, de sorte que não poderiam alcançá-lo irregularidades na execução da obra, nem erros de medição ou defeitos precoces, a menos que demonstrada vigorosa ligação entre estes (efeitos) e o papel pelo arguente desempenhado (causa);

d) no acórdão 3.252/2010-Pleno/TCU, o ministro Raimundo Carreiro teria consignado que o ora defendente, também corresponsabilizado no TC 003.911/1999-3, cingira-se a '(...) a encaminhar a planilha comparativa à consideração superior, não atuando de forma opinativa ou autorizativa. Isto posto, ainda que a falha houvesse ocorrido, entendo que o responsável não concorreu para a consecução, visto que apenas deu encaminhamento ao procedimento no órgão';

e) detendo poder decisório no DNER, o diretor geral, depois de ouvir o Conselho Administrativo, deliberara a respeito da contratação emergencial, sem que o diretor de Engenharia pudesse impedir quaisquer danos ao erário advindos de questionáveis decisões dos superiores;

f) segundo o ministro Walton Alencar, relator do acórdão 438/2008-Plenário/TCU, seria escusável o procedimento dos técnicos do DNER (diretor de Engenharia, ad exemplum), ressalvando-se a singular posição do diretor geral, signatário das contratações, autoridade máxima da entidade e ordenador de despesas;

g) na mesma assentada, frisara o julgador que a exclusão do diretor de Engenharia se processava em razão das competências regimentais, a repelir nexo de causalidade entre preços em planilhas contratuais e débitos porventura daí derivados;

h) era-lhe defeso, em face da singela aptidão legal para confeccionar atos de expediente, exercer qualquer poder administrativo e, assim, interferir em decisões tomadas pelos distritos rodoviários, pelo Conselho de Administração e pela Diretoria Geral;

i) o relatório de auditoria do TCU carece de inconcussa demonstração da participação dele (defendente), individualização de sua conduta e nexo causal, diretivas da matriz de responsabilização cuja ausência é capaz de induzir a nulidade da TCE;

j) por outro lado, a responsabilização não deveria alcançar período posterior à exoneração dele (ocorrida em 11/4/1997), pena de atribuição de dívida a posteriori;

k) haver-se-ia de observar in casu o instituto da prescrição, porque ultrapassados dezenove anos da celebração do contrato (nos idos de 1996), conforme deliberou o Plenário do TCU no acórdão 1.276/2010;

l) ainda, restariam prejudicados por esse longo tempo os postulados do contraditório e da ampla defesa, máxime pela dificuldade de reunir provas eficientes.

*16. **Análise da defesa** (rejeição)*

Os presentes argumentos defensivos, repetindo a sina dos que os antecederam, não reúnem condições de obter acolhida.

Desde logo, afastem-se três raciocínios do senhor Wolney Wagner de Siqueira: (a) prescrição da pretensão do TCU de instaurar tomada de contas especial, julgando as contas de responsáveis por danos à União e imputando-lhes, como neste caso, débito acrescido dos gravames de lei; (b) relevância para o desate da matéria de supostos vícios na execução/medição de serviços do contrato PG 233/96; e (c) cerceamento ao exercício dos direitos de ampla defesa e contraditório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Com efeito, a primeira questão fora solucionada, em desabono das nuançadas teses da globalidade dos responsáveis, no item 9.3 de instrução datada de 1.°/10/2014 (peça 81, p. 9-20). Ali, após enumeração 'numerus apertus' de uma autêntica profusão de acórdãos das unidades judicantes do TCU, encerrara-se transcrevendo a Súmula 282 ('As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis').

A segunda questão, por sua vez, desborda completamente do fundamento desta TCE, porquanto aqui não se lida com inexecução (parcial ou total) de serviços e obras emergenciais havidos sob a égide do contrato PG 233/96-DNER.

A terceira, cuja repulsa igualmente se adianta, refere-se ao pretenso cerceio aos princípios da amplitude da defesa e da manifestação contraditória. Nesse quadrante, o mais correto é conceber que, na prática, Wolney Wagner de Siqueira teve, efetiva e induvidosamente, à sua disposição, usando-os como bem lhe aprouvera e sem restrições, prazos, instrumentos e postulações legais e regimentais. Nada lhe foi sonegado, impedido, embaraçado, cumprindo, para roborar a assertiva, lembrar as diversas oportunidades em que pedira (e foram institucionalmente atendidos) vista e cópia dos autos, dilação de prazo, juntada de comprovantes e outros (peças 41, 43, 44, 62, 65, 83 a 87 e 89 a 92). Quanto ao que é crucial, pôde contestar as imputações por meio de resposta normalmente protocolada nesta Secex-MA (peça 65), beneficiando-se (eis faceta ampliadora que os demais litisconsortes deixaram, por vontade própria, de exercitar) mesmo de uma complementação defensiva (peça 89), que é a argumentação ora sujeita a escrutínio. Por fim, rebate-se a dificuldade de acesso a elementos probatórios, em evidência que o ex-diretor conseguira, sem obstáculos ou reveses, conhecer toda a documentação em que se funda a TCE. Tanto isso é verdadeiro que se socorreu ele, exceto no que concerne a nomeação e exoneração da função gerencial – de cujo onus probandi somente a ele cabia se desincumbir –, de tudo quanto dos autos (e, para aludir a expressão cara ao ex-agente público, do mundo) verdadeiramente consta.

Vencidas as três questões, passa-se às restantes.

Cerne das outras ponderações, argui Wolney Wagner de Siqueira em síntese que sua atuação fora meramente técnica ou administrativa, vazia de poder decisório, restringindo-se a encaminhar ao Conselho de Administração do DNER o relato CA 596/96. No documento, teria singelamente narrado o procedimento de dispensa e contratação conduzido pelo 15.° DRF/MA, ausente manifestação (assim naquela peça como em qualquer outra acaso compulsável no fólio processual) de aprovação/aceitação por parte dele – a quem, por injunção regimental, faltava competência de fazê-lo – dos preços e condições subjacentes ao contrato PG 233/96. Os atos primordiais a tal respeito foram praticados por outros servidores do ente autárquico, não vindo a propósito arque ele com débito por irregularidades contratuais que terceiros ocasionaram, ainda por cima depois de exonerado do antigo DNER. Conclusivamente, não deve, à míngua de nexo causal entre a única conduta adotada (endereçamento do relato CA 596/96 ao Conselho de Administração) e o débito resultante, manter-se na relação processual nem solidarizar-se com a executora do objeto emergencial ou demais agentes públicos.

Na contramão do arrazoado, revela-se, porém, que a participação do senhor Wolney Wagner de Siqueira transcendeu a simples confecção e subsequente envio ao órgão pluripessoal interno da peça administrativa/técnica (relato CA 596/96) por ele convertida em genuíno cavalo de batalha. Para uma melhor visão das intervenções do agora respondente na cadeia procedimental que levaria o 15.° DNER/DRF a contratar, não obstante custos e preços desvirtuados em comparação com os do sistema referencial da administração interessada (Sicro), a sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda., exibe-se a seguir fundamental levantamento censuário-cronológico:

a) mensagem de 29/5/1996 enviada por José Ribamar Tavares, então chefe do 15.° DRF/DNER (também responsável na TCE), para Wolney Wagner de Siqueira, ora defendente e à época diretor de Engenharia (peça 6, p. 39-40):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

'Estamos encaminhando, para conhecimento dessa diretoria, a situação calamitosa em que se encontra a BR-226/MA, subtrecho Barra do Corda (KM 299,3)-Porto Franco (KM 570,3) perfazem do um total de 272km, sendo cerca de 30km pavimentados e 242 km terrosas. A referida rodovia motivada pelos poucos recursos destinados sua conservação ao longo dos últimos 5 anos, bem como recursos para sua pavimentação, se encontra atualmente totalmente intrafegável onde este percurso que levaria cerca de 4 horas de viagem está sendo feito em 10 a 12 horas, dependendo da meteorologia local.

Agravando ainda mais a questão, a referida rodovia atravessa uma arca indígena, onde por diversas oportunidades têm os silvícolas interrompido o trafego na BR, aprisionando veículos e usuários até por 48 horas, exigindo, para soltura dos mesmos, benefícios no segmento que atravessa a reserva indígena.

A referida estrada apresenta atoleiros em quase toda sua extensão atoleiros em estado progressivo, vegetação obstruindo cerca de 70% da pista de rolamento e desmoronamentos de barreiras em todo o seu percurso.

Face a pressão das comunidades locais servidas por esta BR-226, dos políticos de todo o Estado do Maranhão, da comunidade indígena e da imprensa local, que vem cobrando insistentemente desta chefia uma solução para resolver tais problemas urge que seja dada uma resposta a esta grande pressão a que estamos sendo submetidos, desta maneira aguardamos pronunciamento dessa diretoria sobre as resoluções urgentes e emergenciais a serem tomadas, levando também em consideração que a governadora do estado do maranhão decretou estado de emergência em todos os municípios.;'

b) menção ao diretor de Engenharia em mensagem de 31/10/1996 assinada e enviada por José Ribamar Tavares, via fac-símile, para Maurício Hanseclever Borges, na ocasião à frente da Diretoria Geral (peça 6, p. 3-4):

'(...)

Senhor Diretor,

Nos autos do Processo n° 5125.001.406/86-11, em cumprimento nos termos do Ofício-Circular DNER n° 007/94, de 20105/94 e para fins de publicação no DOU, conforme determina o Artigo 26 da Lei n° 8666193, exarei o seguinte despacho:

'Ao Senhor Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER'

Objetivando assegurar o restabelecimento da regularidade do tráfego e condições mínimas de segurança para veículos e usuários na BR-226/MA, trecho: Entroncamento E3P-316I43(B) - Divisa PI/MA (Teresina/Timon) - Divisa MA/TO, Subtrecho: Entroncamento MA-006 (GRAJAÚ) - Entroncamento MA-275. Extensão 63,3 km, em vista do elevado número de erosões em estado progressivo na iminência de colapso (interrupções) do corpo estradal em torno de 35 segmentos críticos (atoleiros) da ocorrência e interdições causadas pela interferência dos índios Guajajaras, conforme ampla divulgação da Imprensa dispensei a licitação de obras emergenciais com fundamento no Inciso IV do Artigo 24 da Lei n° 8668/93. Para a execução do objeto convoquei a empresa PLANOR – Construções e Comércio Ltda., que se encontra instaladas nas proximidades (Imperatriz) e prestando serviços ao DNER na mesma área, dispõe de equipamentos adequados, à natureza das obras. A mesma deverá apresentar proposta de preços a ser examinada.

Peço encaminhar este à Procuradoria Geral do DNE para após parecer, colher despacho de ratificação do Sr. Diretor Geral do DNER e prover publicação no DOU.

Após publicado este e o despacho de ratificação, encaminharei relatório circunstanciados nos termos da Norma CA/DNER n° 264/91.

Face urgência dos serviços, peço que seja dispensada a caução a ser recolhida pela empresa construtora.;'

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

c) recado manuscrito, tendo a encimá-lo o nome Wolney e a data de 31/10/1996, vazado nos seguintes termos (peça 6, p.51):

> *'Wolney!*
>
> *Conforme acordado com o DG e o DOC, esta é a solução encontrada para trabalharmos via conserva, durante o final do exercício, para em seguida fazermos a denúncia do convênio com o BEC/DOC (Gen. Joélcio), possibilitando o novo convênio com o Est. Maranhão.;'*

d) outra missiva, agora de 4/11/1996, na qual José Ribamar Tavares resumia para ciência de Wolney Wagner de Siqueira detalhes do incipiente processo de dispensa e contratação (peça 6, p.41):

> *'Sr. DIRETOR DE ENGENHARIA RODOVIÁRIA*
>
> *Escolhemos a firma PLANOR CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA., devido satisfazer as exigências contidas na norma CA/DNER n° 264/91 Resolução 24/91 quais sejam:*
>
> *1.Encontra-se instalada nas proximidades do local.*
>
> *2. É cadastrada em terraplenagem, drenagem e pavimentação no DNER, cadastro n° 3.147 na Administração Central.*
>
> *3. Possui capacidade técnica e equipamentos para atendimento nas condições e prazos requeridos.*
>
> *4. Já tendo executado serviços de conservação e restaurações rodoviárias no 15° DRF e sempre atendeu às normas técnicas e a qualidade dos serviços executados.'*

d) comunicado (que novamente se escrevera à mão) datado de 25/11/1996 e assinado por José Ribamar Tavares, que o endereçaria para o hoje contestante (peça 6, p. 18-19):

> *'Ao diretor da Diretoria de Engenharia*
>
> *Brasília-Distrito Federal*
>
> *Eng.° Wolney Wagner de Siqueira*
>
> *Submetemos o processo a vossa (sic) apreciação da decretação em caráter emergencial, conforme determina a Lei n.° 8.666 em casos considerados como fortuito/calamidade pública, e considerando a insatisfação da comunidade 'branca', assim como da comunidade indígena de notório conhecimento a nível nacional através da Imprensa Falada, Escrita e Televisionada.*
>
> *Outrossim, esclarecemos que é (sic) necessário R$ 9.435.140,28 para realização de todos serviços levantados recentemente pela R-15/4, entretanto pela falta de recursos para este exercício procuramos minimizar quantitativos estritamente necessários para estabelecer trafegabilidade no período do inverno que se aproxima.*
>
> *Diante do exposto evoluímos à (sic) Vossa Senhoria para as providências cabíveis, fins e o que couber.;'*

e) despacho mercê do qual o engenheiro Francisco Augusto Pereira Desideri, da Divisão de Construção, encaminha, apondo-lhe o dia 9/12/1996, histórico da dispensa de licitação e contratação direta da Planor para Wolney Wagner de Siqueira (peça 9, p.11):

> *'Sr. Diretor de Engenharia Rodoviária,*
>
> *Trata o presente processo da contratação emergencial, com base no Art. 26 e no Inciso IV do Art. 24 da Lei 8.666/93, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., para realização dos serviços na Rodovia BR-226/MA, trecho: Entr. BR-316/343 (B) - Div. PI/MA (Teresina - Timon)- Div. MA/TO - Entr. MA-275, subtrecho: Entr. MA-006 (Grajaú) - Entr. MA-275, com extensão de 63,3 Km em vista do elevado número de erosões em estado progressivo, na eminência de colapso do corpo estradal em tomo de 35 segmentos críticos da ocorrência e interdições causadas pela interferência dos índios Guajajaras.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

A convocação da CONSTRUTORA foi feita pelo Engenheiro Chefe do 15° DRF/DNER, através do ofício n° 315196, datado de 04/11/96, em virtude da mesma encontrar-se instalada nas proximidades do segmento rodoviário sinistrado, em condições de mobilizar, de imediato, pessoal e equipamentos para o atendimento necessário.

Consta do presente processo a comunicação ao Sr. Diretor-Geral do Ato da Dispensa da Licitação, assim como a ratificação do mesmo e a publicação no D.O.U., conforme determina o Art. 26 da Lei 8.666193.

A proposta apresentada pela construtora, num total de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos 10,10 % acima dos calculados com base no SICRO, sendo estes num montante de R$ 2.646.768,93 (Dois Milhões, Seiscentos e Quarenta e Seis Mil, Setecentos e Sessenta e Oito Reais e Noventa e Três Centavos). Porém, diante da pequena diferença percentual encontrada, da natureza dos serviços de caráter emergencial, do fato de ter sido levado em consideração, na análise de preços, um B.D.I. de 35,8 % e mediante o teor do despacho do Engenheiro Chefe do 15° D.R.F., em anexo às fls. 35 à 36 do presente processo, o qual ratificamos, podemos considerar os preços unitários propostos pela empresa como aceitáveis.

Sendo assim, sugerimos submeter ao Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos a contar da data da ordem de início, com valor global de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos), conforme planilha de preços unitários, em anexo ao presente processo, visando a execução dos serviços emergenciais.;''

f) o múltiplas vezes aludido relato CA 596/96, em que Wolney Wagner de Siqueira submete o caso, em 9/12/1996, à avaliação do Conselho de Administração do DNER (peça 9, p.12):

''Sr. Diretor de Engenharia Rodoviária (sic),

Trata o presente processo da contratação emergencial, com base no Art. 26 e no Inciso IV do Art. 24 da Lei 8.666/93, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., para realização dos serviços na Rodovia BR-226/MA, trecho: Entr. BR-316/343 (B) - Div. PI/MA (Teresina - Timon) - Div. MA/TO - Entr. MA-275, subtrecho: Entr. MA-006 (Grajaú) - Entr. MA-275, com extensão de 63,3 Km em vista do elevado número de erosões em estado progressivo, na eminência de colapso do corpo estradal em tomo de 35 segmentos críticos da ocorrência e interdições causadas pela interferência dos índios Guajajaras.

A convocação da CONSTRUTORA foi feita pelo Engenheiro Chefe do 15° DRF/DNER, através do ofício n° 315196, datado de 04/11/96, em virtude da mesma encontrar-se instalada nas proximidades do segmento rodoviário sinistrado, em condições de mobilizar, de imediato, pessoal e equipamentos para o atendimento necessário.

Consta do presente processo a comunicação ao Sr. Diretor-Geral do Ato da Dispensa da Licitação, assim como a ratificação do mesmo e a publicação no D.O.U., conforme determina o Art. 26 da Lei 8.666193.

A proposta apresentada pela construtora, num total de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos 10,10 % acima dos calculados com base no SICRO, sendo estes num montante de R$ 2.646.768,93 (Dois Milhões, Seiscentos e Quarenta e Seis Mil, Setecentos e Sessenta e Oito Reais e Noventa e Três Centavos).

Porém, diante da pequena diferença percentual encontrada, da natureza dos serviços de caráter emergencial, do fato de ter sido levado em consideração, na análise de preços, um B.D.I. de 35,8 % e mediante o teor do despacho do Engenheiro Chefe do 15° D.R.F., em anexo às fls. 35 à 36 do presente processo, o qual ratificamos, podemos considerar os preços unitários propostos pela empresa como aceitáveis.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da construtora PLANOR - Construções e Comércio Ltda., pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos a contar da data da ordem de início, com valor global de R$ 2.914.050,53 (Dois Milhões, Novecentos e Quatorze Mil e Cinquenta Reais e Cinquenta e Três Centavos), conforme planilha de preços unitários, em anexo ao presente processo, visando a execução dos serviços emergenciais.;'

g) outro despacho (dessa vez de 13/12/1996) remetido pelo diretor da Divisão de Engenharia para Wolney Wagner de Siqueira (peça 9, p.14, parte superior):

'Sr. Diretor de Engenharia Rodoviária

Solicitamos encaminhar o presente processo à PG para que a mesma providencie a lavratura de contrato, de acordo com a Ficha Técnica Financeira em anexo.;'

h) despacho na sequência (16/12/1996) exarado pelo hoje defendente (peça 9, p.14, parte inferior):

'À Procuradoria Geral

Solicitamos providenciar na forma do despacho supra.;'

i) elemento contido na ficha técnica financeira a identificar (peça 9, p. 17-18), sem chance de engano, que a unidade gestora do contrato é a Diretoria de Engenharia Rodoviária/Divisão de Construção (da alçada de Wolney Wagner de Siqueira); e

j) referência expressa no preâmbulo do contrato PG 233/96 à autorização dada pelo diretor de Engenharia (peça 9, p.20):

'(2) DA FINALIDADE - O presente Contrato tem por finalidade formalizar e disciplinar o relacionamento contratual com vistas a execução dos trabalhos definidos e especificados na CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO sendo que sua lavratura foi regularmente autorizada em despacho datado de 23/05/96 do Diretor de Engenharia Rodoviária exarado no Processo Administrativo n° 51250.001408/96-11.'

Assim, da catadupa de remissões ao diretor de Engenharia Wolney Wagner de Siqueira, bem como à respectiva área de atuação (Diretoria de Engenharia Rodoviária), extrai-se que o no momento respondente agira, de direito e de fato, como autoridade por cujo setor transitaram, para conhecimento, análise e requerida manifestação, comunicados formais endereçados pelo chefe do 15.° DRF/DNER (peça 6, p. 3-4, 18-19 e 39-41), por outro agente público não identificado – mas determinante na tramitação processual (peça 6, p.51) – e pelo diretor da Divisão de Engenharia (peça 9, p.11 e 14, parte superior). Da mesma forma, remetera ele, mediante o relato CA 596/96, o pleito à apreciação do Conselho de Administração (peça 9, p.12) e, ulteriormente, à Procuradoria do DNER (peça 9, p. 14, parte inferior). Acresce que, no preâmbulo, item 2, está claramente estabelecido que despacho do diretor de Engenharia autorizara em 23/5/1996 a celebração do pacto (peça 9, p.20). Por mais, a Diretoria de Engenharia, sob seu comando, era a unidade gestora do contrato PG 233/96-DNER (peça 9, p. 17-18), que vem a ser a 'unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização' (definição disponível em http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario_u.asp). E, derradeiramente, numa espécie de plena confirmação de tudo, dispunha o art. 3.° da Norma CA/DNER 264/91, Resolução 24/91, incumbir à chefia local encaminhar ao diretor de Engenharia Rodoviária, após ratificação da Diretoria Geral, processo instruído com vários elementos ali considerados básicos (caracterização da emergência e dispensa de licitação, recortes de jornal, fotografias, termo de vistoria, razões da escolha da convocada, ofício de convocação, proposta de preços da convocada, exame detalhado e aceitação dos preços unitários apresentados e declaração de saneamento definitivo do problema existente).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Em conclusão: insofismavelmente tivera ele (tanto quanto desempenhara o setor que gerenciava), muito diversamente do que alega, papel ativo e decisivo no fluxo administrativo-procedimental que culminaria na dispensa de licitação e na contratação, com os ressaibos desvendados pelo TCU em matéria de inadequação de valores (sobrepreço), da Planor Construções e Comércio Ltda.

Se assim o é, pode-se aquilatar, com fulcro nas linhas gerais e nos aspectos específicos da matriz de responsabilização (tão encarecida na defesa), se deve o ex-servidor público federal ser excluído da relação processual ou, ao contrário, nela mantido. A resposta inclina-se pela mantença dele no polo passivo. Eis por quê.

De saída, impugna-se que o respondente, embora com período de exercício de 21/8/1995 (nomeação) a 11/4/1997 (exoneração), conforme publicações no diário oficial (peça 89, p. 19-20), esteja isento das parcelas do débito a ele imputadas com data posterior a abril de 1997. O argumento é falho na medida em que ignora, ou pretende ignorar, que a chamada data da ocorrência obedece, em proveito dos devedores e da verdade substancial, ao momento desde o qual se perfaz, ou consolida, o dano ao erário. Tal marco nem sempre coincidirá com o da gênese temporal da irregularidade, máxime quando se trata de atos cuja ressonância financeira, como soem ser os oriundos de contratos com a administração pública, só se sentirá no futuro, depois de trâmites mais ou menos longos relativos à execução da despesa, tais como medição, atestação e pagamento dos serviços/obras. A rigor existe o vezo desde a causa fundante – aqui identificável com a celebração, marcada por sobrepreço em determinados itens da planilha negocial, do contrato PG 233/96 –, mas sua repercussão danosa somente aconteceu uma vez liberados ao credor os recursos da União. Ou, por outras palavras, o achado no vertente caso constitui, à carência de qualificador apropriado, o perigo ou a ameaça de dano (fato gerador 'in fieri'), enquanto o débito irrogado, o dano concreto ou efetivo; quer dizer, de uma virtualidade, migrou-se para uma realidade lesiva. A superveniência desta, sim, finca o marco zero dos encargos legais, mas não da responsabilidade, que retrograda à época daquele, em harmonia, entre outros, com os arts. 1.°, caput e § 2.°, II, e 8.°, II, da Instrução Normativa 56/2007, vigentes quando da abertura desta TCE e, assim, ultrativos ainda que revogados desde 1.°/1/2013 pelos arts. 5.°, I, e 9.° da Instrução Normativa 71/2012, na esteira do princípio tempus regit actum. Apenas não haveria débito se, e somente se, o dano in fieri (virtual) não se convertesse em dano in concreto (real). Nessas circunstâncias, o máximo que talvez coubesse pela infração à norma legal seria (o que não vem a pelo) alguma penalidade, nunca débito; ou, se se conjectura acerca do tempus e modus de uma ação de controle mais eficaz, em alguma tutela inibitória, não repressivo-condenatória.

Com relação à conduta, tem-se, quando menos, incontornável culpa stricto sensu, pois ao responsável, dirigente de subunidade técnica (não na acepção por ele advogada na peça de resistência, porém no de centro irradiador de análises próprias da Engenharia, ramo das ciências exatas que, por isso mesmo, permite a seus atores conduzam-se racional e objetivamente), cumpria averiguar a higidez da proposta da Planor Construções e Comércio Ltda. De acentuada importância sucedesse tal investigação porque, além de envolver cifra milionária – equivalente, nos dias atuais, a R$ 8.987.076,80 (cálculo simulado com correção monetária pura) ou a astronômicos R$ 25.251.930,24 (simulação a agregar atualização e juros), de acordo com peças 93 e 94 –, lidava com contratação direta, por dispensa, de conseguinte não precedida dos indisfarçavelmente mais rigorosos filtros orçamentários, econômicos, legais e concorrenciais de um certame licitatório. Assinale-se, por necessário, que a conduta do arguente não se limitou a conferir mero impulso ao processo administrativo DNER, senão que representou autorização (na verdade, exteriorização volitiva categorialmente decisória) de dispensa e contratação emergencial. Nesse passo, portanto, de constatar a imprestabilidade dos precedentes do TCU invocados pela defesa, porquanto não isentam de responsabilidade quem, tal qual Wolney Wagner de Siqueira, agira de forma marcadamente opinativa e/ou autorizativa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Quanto ao nexo de causalidade, entendido como vínculo entre a conduta do responsável e o resultado ilícito, a demonstração acima evidencia que aquela contribuiu significativamente para este, ou seja, houve indissolúvel relação de causa e efeito entre uma e o outro. Usando o método da eliminação hipotética de Thyrén (se retirarmos do mundo a conduta do responsável, ainda assim o resultado teria ocorrido), base da teoria da equivalência dos antecedentes, a aplicar in casu, deriva que, no contexto administrativo que se iniciara com a decretação de emergência, passando pela dispensa de licitação e findando com a celebração do contrato PG 233/96, o comportamento institucional de Wolney Wagner de Siqueira foi, causal e juridicamente, determinante. Se o suprimíssemos, certamente os eventos ou não teriam acontecido, ou, se acontecessem, poderiam ter tomado diferente conformação, em especial no tocante à congruência (inexistente) dos preços orçados e/ou contratados em relação aos do Sicro. Hipótese alternativa plausível, outrossim, é de que fossem inválidos, justamente pela falta de intervenção/chancela da autoridade competente.

Por derradeiro, chama o debate considerações acerca da reprovabilidade da ação do agente. E esta, tanto quanto os outros caracteres da responsabilidade do ex-diretor, mostra-se insuscetível de arredamento. Com efeito, é razoável afirmar que a ele, engenheiro de formação e no exercício de atribuições típicas de profissional da Engenharia, era-lhe possível ter consciência da ilicitude do ato que praticara, ainda que culposamente. De igual valência, era razoável exigir-lhe praticasse conduta diversa, consideradas as circunstâncias que cercavam uma contratação de semelhante vulto, notadamente porque realizada em esquema emergencial. Boa-fé, terceiro elemento a considerar, é de difícil sustentação, mais ainda quando se visualiza que, com o normal cuidado de todo bom administrador – ou, se se quiser, do homo medius ou do bonus pater famílias –, a lesão aos cofres da União poderia ter sido evitada ou, especulando ortodoxamente, mitigada.

Logo, recusa-se qualquer condão modificativo às últimas alegações de Wolney Wagner de Siqueira, mantendo-o solidário com os demais responsáveis pelo débito que, a originar-se de sobrepreço no contrato PG 233/96, embasa a presente TCE.

CONCLUSÃO

17. Volvendo à instrução de 1.°/10/2014 (peça 81), para definitivamente reendossá-la e incorporá-la a esta, depreende-se que os responsáveis (sem exceção) não elidiram/ilidiram a imputação contra eles assestada.

18. Destarte, carecem de eficácia transcendente (rectius: extensiva) a beneficiar Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, os quais, em mutismo depois de ordinariamente citados, reputam-se, para todos os fins, revéis.

19. Goradas as respostas, aquilata-se tirante isso, em homenagem ao que ordena a Decisão Normativa TCU 35/2000 tanto quanto o art. 202, § 2.°, do Regimento Interno do TCU, não se distinguir, por ângulo objetivo ou subjetivo que seja, boa-fé dos devedores solidários. Seja como for, esteja ou não revestida de má-fé a conduta deles, assoma nos autos realidade que, subsumindo-se a uma ou mais das fattispecies inscritas no art. 16, III, da Lei Orgânica do TCU, implica, desde logo, o julgamento definitivo das contas, segundo os arts. 3.° da Decisão Normativa TCU 35/2000 e 202, § 6.°, do RITCU.

20. Diante disso, de alvitrar sejam as contas consideradas irregulares e os responsáveis condenados em débito, aplicando-se-lhes, ainda, a multa cominada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

21. Três pontos requerem discussão adicional: (a) critério a adotar no cálculo de juros moratórios; (b) comunicações processuais; e (c) modo de quitação da dívida e da penalidade pecuniária.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

O primeiro é inevitável decorrência de parecer do MPTCU lavrado no dia 22/1/2015 (peça 88), no qual se pugna – forte no art. 12, § 2.°, da Lei 8.443/1992 e, com aplicação consentida na Súmula 103/TCU, no art. 219, caput (in fine), do Código de Processo Civil – incidam juros de mora somente da citação válida dos responsáveis em diante.

Visando a uma maior reflexão, plotou-se abaixo quadro comparativo entre a inovadora sistemática e a tradicionalmente aceita no TCU, com evidenciação do impacto negativo acarretável no quantum debeatur caso se aplique, mudando a inteligência prevalecente, aquela. Eis os valores calculados até 11/6/2015:

responsável solidário	*cálculos pelo método tradicional (correção monetária e juros desde a data da ocorrência) (a)*	*cálculos segundo método proposto pelo MPTCU (correção monetária desde a data da ocorrência, juros de mora desde a citação válida) (b)*	*diferença a menor (c=a-b)*	*percentual da diferença a menor (c/a x100%)*
Francisco Augusto Pereira Desideri (peça 95)	*R$ 2.466.667,07*	*R$ 931.736,48*	*R$ 1.534.930,59*	*62,23%*
Gerardo de Freitas Fernandes (peça 96)				
José Ribamar Tavares (peça 97)				
Maurício Hasenclever Borges (peça 98)				
Planor Construções e Comércio Ltda. (peça 99)				
Pedro Deodato de Amorim Nascimento (peça 100)				
Wolney Wagner de Siqueira (peça 101)				

Urgem comentários sobre a tabela e os correspondentes demonstrativos de débito (peças 95 a 101). De acordo com a metodologia usual, juros e correção monetária fluiriam, sem descasamento, da data da ocorrência até 11/6/2015. Já conforme a maneira sugerida pelo MPTCU, o cálculo dar-se-ia em duas fases: (a) na primeira, da data de ocorrência até a de citação do responsável, haveria incidência única e exclusivamente de correção monetária; (b) na segunda, compreendida entre a data de citação e 11/6/2015 (dies ad quem desta simulação numérica), incidiriam correção monetária e juros moratórios. O que se enxerga, porém, é uma atordoante diferença negativa, que vulneraria os interesses patrimoniais e ressarcitórios da União. Quer dizer, os devedores solidários, admitida a tese do MPTCU, responderiam por um débito que, até 11/6/2015, somaria R$ 931.736,48 e não, segundo a mecânica geralmente admitida para os consectários legais, R$ 2.466.667,07. Pouco maior ficaria, ressalte-se, que o débito histórico só com atualização, na faixa dos R$ 890.886,59 em 12/6/2015 (peça 102). O que significaria outorgar-lhes, acredita-se que sem esteio normativo (afinal, nem a Lei Orgânica nem o Regimento Interno amparam a ideia), uma espécie de vantagem, ainda que hajam todos lesado a ordem jurídica e os interesses da administração pública, de R$ 1.534.930,59, reduzindo-lhes a dívida solidariamente imputada (e, lado reverso, apequenando em análoga proporção crédito do ente federativo central) em mais de 62%. Sucederia, permita-se linguagem com um pouco mais de veemência, garantir-lhes involuntariamente enriquecimento sem causa a expensas da Fazenda Nacional, situação, vedada ainda que se tratasse de liame estritamente associado ao direito privado (Código Civil, arts. 884 e 885), a exsurgir indesejável e injustificável especialmente sob alguns dos vetores principiológicos inscritos no art. 37, caput, da Constituição de 1988 e no art. 2.°, caput, da Lei 9.784/1999.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Por via de consequência, intui-se que um precedente dessa natureza geraria preocupante leading case nesta Corte de Contas, a induzir uma multiplicação incontrolável de manifestações processuais (defesas, elementos adicionais de defesa, recursos e outras), sabido que outros tantos gestores, ex-gestores, ordenadores e ex-ordenadores de despesa, e responsáveis em geral intencionariam, reclamando-o à guisa de equidade, tratamento isonômico. Analogamente, espraiaria potenciais reflexos deturpadores sobre demandas aforadas ou à espera de aforamento no Judiciário, tais como execução de acórdãos do TCU, ações penais e/ou de improbidade. Ante essas ponderações, sem nunca olvidar a mais irrestrita reverência à profundidade técnico-jurídica da intelecção esposada pelo MPTCU, imagina-se mereçam conservar-se inatacáveis as regras dos arts. 19, caput, da LOTCU e 202, § 1.°, e 210 do RITCU, outrossim respaldadas, subjazendo evento danoso e responsabilidade aquiliana (ilícito extracontratual), nas Súmulas 43 e 54/STJ.

O segundo ponto adicional refere-se às comunicações processuais. Para as finalidades do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004, impende sublinhar:

a) Régis Antônio Caetano (OAB/TO 1.863), José Gabriel de Castro (CPF 084.391.091-72) David Levistone da Silva e Souza (OAB/TO 11.750) e David Levistone da Silva e Souza Júnior (OAB/GO 29.271) estão habilitados, consoante peças 41, 84, 91 e 92, a, entre outros poderes exercitáveis em nome de Wolney Wagner de Siqueira, receber citações e intimações;

b) Pedro Albino de Paiva (CPF 288.093.861-91) não está expressamente autorizado, segundo peças 59, 60, p. 22, e 61, a receber comunicação processual em nome da empreiteira Planor Construções e Comércio Ltda., da qual é legítimo mandatário;

c) André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021), Frederico Gomes Dares (OAB/MG 119.889) e Lucas de Castro Bregunci (OAB/MG 126.040) também não foram explicitamente credenciados, de acordo com peças 51 e 52, a receber notificação ou intimação em nome de Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento, de quem são procuradores comuns.

Caso, todavia, haja prevalência, por entenderem-no derrogatório da norma em destaque, do comando insculpido no art. 179, § 7.°, do RITCU, cumprirá endereçar comunicação a cada representante legalmente constituído nos autos.

Deve, ainda, o Tribunal encaminhar cópia da deliberação e dos elementos que a secundarem ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão (LOTCU, art. 16, § 3.°; RITCU, art. 209, § 7.°) e, por injunção dos subitens 8.3 da decisão 693/2001-Plenário (TC 010.381/2001-7, ata 37/2001) e 9.7.1 do acórdão 2.948/2011-Plenário (TC 005. 741/2002-0, ata 49/2011), à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.

O terceiro e último ponto extra considera o pagamento da dívida e da sanção pecuniária, para o qual se propõe:

i) no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, que o Tribunal, independentemente da cifra, determine desde logo, baldando a notificação, o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observando-se os limites fixados na legislação pertinente (LOTCU, art. 28, I; RITCU, art. 219, I; Decisão Normativa TCU 19/1998, art. 2.°, II, a);

ii) no dos demais litisconsortes, ou se inviável a proposta antecedente, que o Tribunal ou o relator autorize em qualquer fase administrativa, havendo pedido, o pagamento da quantia devida em até 36 parcelas, contanto que o processo não haja sido remetido para cobrança judicial (LOTCU, art. 26; RITCU, art. 217).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22. Ex positis, formula-se de novo a seguinte proposta:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

I) declarar, com fulcro nos arts. 12, § 3.°, da Lei 8.443/1992 e 202, § 8.°, do Regimento Interno, a revelia de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34);

II) com fundamento nos arts. 1.º, I, e 16, III, 'b' e 'c', e § 2.°, e no art. 19, caput, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 1.°, I, e 209, II e III, e §§ 5.° e 6.°, e no art. 210, caput, do Regimento Interno do TCU, bem como no que se consignou nos itens 9.3 e 10 a 13 de instrução de 1.°/10/2014 (peça 81, p. 9-20) e 16 usque 20 desta, conhecer das alegações de defesa apresentadas para, no mérito, rejeitá-las e julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34), Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), condenando-os, em solidariedade com a sociedade empresária Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), a recolher a dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora da data de ocorrência de cada parcela até a da efetiva quitação, abatendo-se, na oportunidade, a(s) quantia(s) eventualmente ressarcida(s):

origem	***data da ocorrência***	***cifra** (R$)*
97OB00141	*9/1/1997*	*102.213,69*
97OB00141	*9/1/1997*	*90.123,86*
97OB03737	*5/6/1997*	*61.675,32*
98OB00186	*6/1/1998*	*38.559,42*
1999OB0011	*12/3/1999*	*7.333,83*
valor com atualização monetária até 12/6/2015 (peça 102): R$ 890.886,59		
valor com atualização monetária e juros de mora até 12/6/2016 (peça 103): R$ 2.466.667,07		

III) aplicar, individualmente, a Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34), Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), bem como à pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), a multa cominada nos arts. 19, caput, e 57 da LOTCU e 210, caput, e 267 do RITCU;

IV) assinar prazo de 15 (quinze) dias para comprovação do recolhimento do débito e das multas aos cofres do Tesouro Nacional, com supedâneo no art. 23, III, 'a', da LOTCU e no art. 214, III, 'a', do RITCU;

V) notificar:

a) à luz do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004:

a.1) na pessoa dos respectivos procuradores, o responsável Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

a.2) pessoalmente os outros codemandados, vez que, mesmo os que chegaram a constituir patronos, a eles não concederam poderes para recebimento desse tipo de comunicação processual;

b) ou a lume do art. 179, § 7.°, do RITCU:

b.1) por meio dos respectivos advogados, a pessoa jurídica Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02) bem como as pessoas naturais Pedro Deodato de Amorim Nascimento (CPF 031.884.692-68), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

b.2) de modo pessoal, José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34);

VI) havendo inobservância da notificação, autorizar:

a) no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, o desconto integral ou parcelado da dívida (débito e/ou multa) nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990 (LOTCU, art. 28, I; RITCU, art. 219, I; Decisão Normativa TCU 19/1998, art. 2.°, II, a);

b) se inviável ou sem efeito o previsto na alínea anterior, e também no que respeita aos restantes devedores solidários, o pagamento parcelado em qualquer fase administrativa, havendo pedido, da cifra devida em até 36 vezes, desde que não se tenha remetido o processo para cobrança judicial (LOTCU, art. 26; RITCU, art. 217);

VII) promover, inexequíveis as propostas a e b do item VI, a cobrança do débito e das multas por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, conforme dispõem os arts. 28, II, da Lei Orgânica e 219, II, do Regimento Interno;

VIII) encaminhar cópia da deliberação a ser proferida, acompanhada do relatório e do voto que a orientarem, tanto quanto de elementos probatórios considerados cruciais, ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados."

4. Na sequência, por intermédio do Parecer (peça 108) que a seguir transcrevo, o Ministério Público defendeu (a) o arquivamento do processo, sem julgamento de mérito, em relação a quatro responsáveis, (b) que outros três deveriam responder pelo sobrepreço, embora tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do TCU quanto a eles, bem como (c) que a SeinfraRodovias realizasse análises complementares:

"*Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, em que se apreciou relatório de auditoria realizada pela Secex-MA em diversos processos de dispensa de licitação conduzidos entre 1995 e 2001 pelo então denominado 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER), para contratação de obras de construção, restauração e conservação rodoviária no Maranhão.*

2. Estes autos tratam especificamente da ocorrência de sobrepreço em faturas liquidadas e pagas no âmbito do Contrato PG n.º 233/96, cujo objeto consistia em serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal da BR-226/MA, do entroncamento BR-316/343, divisas PI/MA e MA/TO, ao entroncamento MA-275.

3. De início, cumpre assinalar que já nos pronunciamos acerca dos encaminhamentos alvitrados pela Secex-MA às peças 81/82. Voltamos a nos manifestar neste feito, após o advento de nova instrução emitida pela Unidade Técnica, em que foram analisadas alegações adicionais de defesa apresentadas por um dos responsáveis. A despeito disso, o presente parecer não se restringe a complementar o anterior, à peça 88, mas vem substitui-lo. É que, nesse interregno, evoluímos nosso entendimento acerca de questões preliminares e meritórias afetas ao presente feito, conforme explanaremos na sequência.

4. Feito esse breve esclarecimento, rememora-se que, em razão do débito estimado pela Secretaria Especializada de Fiscalização de Obras (Secob) – de R$ 299.906,12 em valores históricos, com parcelas referenciadas de janeiro/1997 a março/1999, que corresponde a 10,34% do valor total pago à empreiteira contratada para executar as obras emergenciais –, foram citados os gestores públicos adiante nominados, em solidariedade com a empresa Planor Construções e Comércio Ltda.:

- José Ribamar Tavares, Chefe do 15.º DRF/DNER;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

- Gerardo de Freitas Fernandes, Chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15.º DRF/DNER, que examinou a proposta da Planor;

- Pedro Deodato de Amorim Nascimento, Chefe do R. 15/4 do 15.º DRF/DNER, responsável pela vistoria no local e elaboração do orçamento dos serviços emergenciais;

- Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção do DNER, que aceitou a proposta da Planor e enviou-a à Diretoria de Engenharia Rodoviária;

- Wolney Wagner de Siqueira, Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER, que, aceitando a proposta da Planor, solicitou a aprovação pelo Conselho Administrativo do DNER;

- Maurício Hasenclever Borges, Diretor-Geral do DNER, que ratificou a dispensa e autorizou a contratação da Planor.

5. As alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis – à exceção dos Senhores Maurício Hasenclever Borges e Francisco Augusto Pereira Desideri, que permaneceram inertes e devem, por isso, ser considerados revéis para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3.º, da Lei n.º 8.443/1992 – consistiram, em essência, de: i) arguições preliminares de prescrição da ação de ressarcimento e da pretensão punitiva e de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, ante o longo tempo decorrido desde os fatos impugnados, e ii) inadequação do Sicro 1 como referência para aferição de sobrepreço no Contrato PG n.º 233/96, pois esse sistema não era de observância obrigatória à época dos fatos, e seus preços não seriam compatíveis com os serviços emergenciais executados no âmbito da aludida avença.

6. O Senhor Wolney Wagner de Siqueira, em complemento à defesa acostado à peça 89, além de repisar argumentos já manejados em suas alegações defensivas iniciais, sustenta que sua atuação no processo que culminou na celebração do Contrato PG n.º 233/96 teria se restringido à mera tramitação de documentos administrativos – desprovida, portanto, de caráter decisório –, o que ensejaria a exclusão de sua responsabilidade nestes autos, nos moldes de decisões emanadas pela Corte de Contas em casos similares.

7. A Secex-MA, após rechaçar as alegações de defesa apresentadas, em pronunciamentos uníssonos às peças 81/82, ratificados às peças 104/105/106, propõe julgar irregulares as contas especiais dos gestores, condenando-os, em solidariedade à empresa contratada, ao ressarcimento do débito apurado, e aplicando a todos a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

II

8. As preliminares de prescrição e de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa suscitadas pelo Senhor Wolney Wagner de Siqueira e pela empresa Planor Construções e Comércio Ltda. foram refutadas pela Secretaria Instrutiva com base na previsão constitucional de imprescritibilidade das ações de ressarcimento e na garantia de que a esses responsáveis, bem como aos demais arrolados no âmbito desta TCE, foi facultada a prática de todos os atos processuais possíveis, com acesso irrestrito aos autos e dilação de prazos para apresentação de defesa em face das irregularidades a eles imputadas.

9. Divergimos de tal entendimento, com as vênias de estilo.

10. Ainda que as ações de ressarcimento ao erário sejam consideradas imprescritíveis, consoante entendimento atualmente pacificado pelo TCU e pelo Supremo Tribunal Federal, a imprescritibilidade não é regra absoluta, cingindo-se sua aplicação prática à observância do devido processo legal. E, conquanto o desenvolvimento desta TCE tenha efetivamente observado os trâmites processuais usuais à espécie, mister reconhecer que o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório não se restringe a isso, pressupondo, também, a possibilidade de produção material de provas.

11. Dito isso, assinala-se que os atos irregulares aqui discutidos remontam a 1996, com a contratação emergencial de obras e serviços rodoviários com sobrepreço, e os prejuízos deles decorrentes se concretizaram entre 1997 e 1999, com os pagamentos feitos à empreiteira.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

12. Compulsando os autos do processo que deu origem a esta TCE (TC-005.741/2002-0), constatamos que foram ouvidos em audiência acerca dos indícios de excesso nos preços unitários do Contrato PG n.º 233/96 apenas os Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento (peça 4, pp. 8-14, 27-28 e 40-41, dos referidos autos). Não foi promovida a audiência dos demais gestores nem a oitiva da Planor Construções e Comércio Ltda. naqueles autos, os quais foram notificados acerca das aludidas irregularidades apenas no âmbito desta TCE, passados cerca de dezesseis anos desde a assinatura do contrato inquinado.

13. No caso vertente, é inegável que a demora em notificar os responsáveis impõe dificuldades relevantes à obtenção dos documentos que fundamentaram a definição dos preços pactuados no bojo do Contrato PG n.º 233/96. Assinala-se que não há fundamento legal para se exigir – nem se afigura razoável assim esperar – que gestores públicos e terceiros contratados mantenham em arquivo documentação relativa a fatos tão remotos, visto que não há comprovação de que tiveram ciência, a bom tempo, das suspeitas que pairavam sobre tais fatos. Ademais, cabe ponderar que, embora as Unidades Técnicas do Tribunal tenham tido o cuidado de instruir o feito com cópias de atos administrativos praticados pelos gestores e de documentos relativos à execução físico-financeira dos serviços contratados, não se afigura legítimo presumir que tais elementos sejam suficientes para possibilitar a plena defesa dos responsáveis.

14. Destarte, entendemos devido o acolhimento das preliminares suscitadas pelos responsáveis supramencionados, estendendo os efeitos aos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, revéis, uma vez que também foram notificados acerca das irregularidades apenas dezesseis anos depois dos fatos.

15. Assim, ausentes os pressupostos para o devido processamento do feito em relação a esses responsáveis, pugnamos desde já por que suas contas sejam arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.

III

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

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

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

IV

19. No tocante ao débito, perfilhamo-nos a muitas das conclusões apresentadas pela Secex-MA em seu exame das alegações de defesa dos responsáveis.

20. É cediço que a contratação de serviços para execução em caráter emergencial não autoriza a prática de preços injustificadamente superiores aos de mercado, mas somente dispensa a prévia licitação. 21. Nesse sentido, o fato de não haver, à época, obrigação legal de se considerarem os custos do Sistema Sicro como limite máximo nas contratações de obras rodoviárias – consoante já reconheceu a Corte de Contas, a exemplo do voto condutor do Acórdão n.º 286/2015-TCU-Plenário –,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

não diminui a legitimidade desse sistema como referência de mercado. Tanto é assim que, em todos os ofícios enviados pelo Chefe do 15.º Distrito Rodoviário Federal – DRF solicitando às empresas propostas de preços para os serviços emergenciais em rodovias do Maranhão, destacou-se que deveriam ser 'tomados como referenciais os preços adotados ou praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação contratada (Sicro)' (peça 3, p. 9).

22. Como salientado pela Secob, o aludido sistema estava em vigor à época da contratação sob exame, com realização de pesquisa de preços regionalizada, em três estabelecimentos, para condições de fornecimento padrão, e com composições de preços unitários dos serviços nele incluídos. Ademais, seus preços não foram tomados pelo TCU como paradigma absoluto, como sustentaram os responsáveis, sendo admitidos ajustes aos preços referenciais, desde que devidamente motivados e tecnicamente justificados.

23. Destarte, a ausência de justificativas para a contratação de serviços com preços superiores àqueles informados pelo Sicro 1 configura descumprimento do dever de motivar os atos administrativos, em afronta a princípios basilares da Administração Pública. Tal irregularidade assume maior gravidade no caso tratado nestes autos, em que a contratação das empresas se deu por dispensa de licitação, sem definição de preços em ambiente competitivo.

24. Feitas essas considerações, assinala-se que o Relator deste feito, Ministro José Múcio Monteiro, acolheu proposição formulada pelo representante do Ministério Público que oficiou nos autos de outra tomada de contas especial objeto do TC-041.554/2012-4 (também originária do TC-005.741/2002-0), no sentido de rever a metodologia de quantificação do débito, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naquele processo.

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

*26. Com o propósito de evidenciar a inépcia dos referenciais do Sicro 1, a empresa confrontou preços contratados **versus** preços paradigma obtidos com a deflação dos valores constantes do Sicro 2 de outubro/2000 (primeira publicação) para abril/1996 (data-base do contrato), a partir de índices relativos a serviços rodoviários (terraplenagem e pavimentação), e considerando os mesmos percentuais de BDI adotados pela Secob em suas análises. Como resultado, o sobrepreço apontado deixou de existir.*

*27. Diante disso, e ainda que não se possa aceitar de plano a conclusão fundada na mera retroação de valores, uma vez que o longo período de tempo introduz grande imprecisão nesse tipo de procedimento, o douto Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado assinalou haver diferenças entre composições de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2, em termos de composição e produção das equipes e de coeficiente de produtividade, que podem redundar em valores inferiores de sobrepreço global no contrato então examinado. Assim, acolhendo sugestão do **Parquet** especial, o Relator restituiu o feito à Seinfra-Rodovia, para revisão dos preços referenciais.*

28. Uma vez que a TCE objeto do TC-041.554/2012-4 e a que ora se examina têm origem comum no TC-005.741/2002-0, entende-se ser medida de justiça adotar, no presente caso, o mesmo procedimento. Ainda que não tenha sido aventada pelos responsáveis arrolados neste feito, tal procedimento se coaduna com a busca pela verdade material e a isonomia entre jurisdicionados, princípios que orientam as decisões da Corte de Contas.

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

'27. Pois bem, os recorrentes argumentam que a metodologia de execução constante do Sicro-2 refletiria melhor a situação da obra e, portanto, pugnam que seja adotado esse sistema como referencial de preços.
[...]
29. Busca-se, então, saber qual sistema reflete melhor os serviços executados na obra.
30. Como visto, o Sicro-2 buscou aperfeiçoar o Sicro-1 sanando omissões e incorporando novas tecnologias existentes no mercado. Acontece que essas novas tecnologias não surgiram com o advento do Sicro-2, pois já existiam previamente. Ou seja, o novo sistema apenas incorporou práticas já existentes no mercado e corrigiu inconsistências e omissões que existiam no sistema anterior.
[...]
32. Outrossim, veja-se que, em 1998, apenas se constatou a necessidade de atualização do sistema, o que permite a conclusão que antes dessa data as metodologias construtivas já espelhavam uma realidade diversa daquela do Sicro-1.
33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2.' (grifos acrescidos)

30. Não se descuida que a Secob tenha feito ajustes nas composições do Sicro 1 com vistas a buscar retratar o mercado da forma mais fidedigna possível (redução de produtividade nas composições dos serviços de restauração, a adoção de preços de brita comercial, em vez de brita produzida, e a adoção de taxas usuais de BDI usuais à época, descontando-se, no caso de serviços de construção e restauração, o percentual relativo à mobilização e desmobilização, uma vez que o critério para escolha das empreiteiras a serem contratadas emergencialmente era o de já estarem prestando serviços nas proximidades dos trechos a serem recuperados). Entretanto, é de se reconhecer a possibilidade de que as metodologias executivas reproduzidas nas composições de serviço do Sicro 1 não fossem condizentes com as que foram efetivamente adotadas nas obras.
31. Assim, à luz da diretriz constante do 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU, impõe-se aplicar ao caso vertente a metodologia de apuração de sobrepreço mais conservadora. Pugnamos, pois, que o presente feito seja encaminhado à SeinfraRodovias para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG n.º 233/96, e adotar os preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis.

V

32. Em face de todo o exposto, esta representante do Ministério Público entende que o longo tempo transcorrido entre os atos inquinados e a citação dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda. implica prejuízo para o pleno exercício da defesa por parte desses responsáveis, razão pela qual pugna, desde já, por que as contas desses responsáveis sejam arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.
33. Devem responder pelos indícios de sobrepreço na execução do Contrato PG n.º 233/96 os Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento. Entretanto, assinala-se que, tendo sido ouvidos em audiência em 2002, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação a esses responsáveis.
34. No que toca à apuração do sobrepreço na execução da avença, entendemos ser devido o encaminhamento dos autos à SeinfraRodovias para a realização das análises complementares mencionadas nos itens 24 a 30 precedentes, em estrita observância da diretriz disposta no art. 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU e em homenagem à busca pela verdade material e à isonomia entre jurisdicionados."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

5. Em acolhimento à sugestão da Procuradoria, o então relator, Ministro José Múcio Monteiro, determinou (peça 109) o encaminhamento do processo à então SeinfraRodovias, para reavaliação do valor do débito.

6. Como resposta ao despacho do então relator, por meio a instrução de peça 116 (reproduzida na sequência), ratificada pelos dirigentes da unidade (peças 117 e 118), a SeinfraRodoviaAviação pronunciou-se "*no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1, por absoluta carência técnica para fundamentar a adoção de qualquer resultado que se possa obter por meio do recálculo segundo o Sicro 2*":

"***INTRODUÇÃO***

Trata-se de tomada de contas especial - TCE instaurada em observância ao item 9.1 do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário (TC 005.741/2002-0), da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro (peça 1, p. 8, a peça 2, p.38).

2. Nesse item do referido acórdão, o Tribunal determinou a instauração de diversos processos de TCE para apurar a ocorrência de dano ao Erário em contratos relacionados a obras de restauração e conservação rodoviária no estado do Maranhão, quais sejam: PG-073/95, PG-189/95, PG-164/95, PG-146/96. PG-258/96, PG-234/96. PG-233/96, PG-257/96, PG-141/99, PG-249/96 e PG-140/97.

3. No caso, este processo de TCE cuida, exclusivamente, dos indícios de dano ao Erário relativos ao Contrato PG 233/96, firmado a partir de dispensa de licitação conduzida pelo então 15° Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15° DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (SR-DNIT/MA).

HISTÓRICO

4. O Contrato PG 233/96 (peça 9, p. 20-23), pactuado no dia 17/12/1996, objetivou a execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, do entroncamento BR-316/343(B), divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, ao entroncamento MA-275.

5. Para a execução da obra, o 15º Distrito Rodoviário Federal do então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15° DRF/DNER) contratou a empresa Planor Construções e Comércio Ltda. (CNPJ 23.668.783/0001-81), conforme Contrato PG-233/96, no valor de R$ 2.914.050,53 (nov/1996 – peça 114, p. 1).

6. As obras foram executadas entre dezembro de 1996 e novembro de 1997, tendo sido recebidas mediante termo datado de 7/7/1998 e assinado por servidores da administração contratante, bem como por preposto da empreiteira (peça 10, p. 13-16 e 28-29).

7. No início de 2002, fundamentada no item 8.1 da Decisão 693/2001-TCU-Plenário, a Secex/MA realizou a Fiscalização 35/2002, tendo como objeto diversos contratos firmados pelo então 15° DRF/DNER para execução de obras de restauração e conservação rodoviária no estado do Maranhão. Nessa fiscalização, especificamente em relação ao Contrato PG-233/96, verificou-se a ocorrência de indícios de superfaturamento, estimados, à época, em R$ 710.397,65 (nov/1996 – peça 10, p. 30 e peça 11).

8. Em julho de 2005, em Despacho do então Ministro Marcos Vinícios Vilaça, foi determinado o envio dos autos (que tratam dos diversos contratos auditados) para a então Secretaria de Obras (Secob) para exame da matéria (peça 99, p. 18, TC 005.741/2002-0).

9. Em dezembro de 2006, ainda no âmbito do TC 005.741/2002-0, a Secob finalizou suas análises (peça 99, p. 19-50 e peça 100, p. 1-29, TC 005.741/2002-0), culminando na emissão de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

parecer confirmando a ocorrência de superfaturamento em diversos contratos, dentre eles o PG-233/96.

10. Especificamente para esse Contrato PG-233/96, a Secob entendeu que cabia reduzir o valor superfaturado de R$ 710.397,65 para R$ 298.297,29 (nov/1996), o que representa um superfaturamento no percentual de 11,4 % (peça 100, p. 27, TC 005.741/2002-0), percentual calculado sobre o valor total do contrato, R$ 2.914.050,53. A Secob também informou ser necessária a obtenção de documentos complementares para viabilizar a atualização monetária e o cálculo dos juros de mora dos débitos computados.

11. A obtenção dos elementos complementares foi autorizada em 25/1/2007, no Despacho do então Relator, Ministro Marcos Vilaça (peça 100, p. 35 - TC 005.741/2002-0).

12. De posse de documentos complementares, a Secex/MA elaborou, em 6/9/2007, uma nova instrução (peça 117, p. 37-54; peça 118, p. 1-3 - TC 005.741/2002-0), na qual propôs a autuação de diversos processos de TCE, inclusive em relação ao Contrato PG-233/96. Ademais, sugeriu encaminhar os autos à Secob para análises complementares a respeito de questões relativas a alguns dos contratos em exame, não estando incluso entre estes o Contrato PG-233/96.

13. Em 11/2/2008, o então Relator, Marcos Vilaça, por meio de Despacho (peça 118, p. 8 - TC 005.741/2002-0), encaminhou os autos à Secob, para nova análise.

14. Em 16/4/2009, a Secob emitiu parecer propondo a restituição dos autos à Secex/MA para ajustes na sua instrução (peça 118, p. 9-16 - TC 005.741/2002-0). Ressalte-se que esses ajustes não tinham relação com as questões referentes ao Contrato PG-233/96.

15. Depois de uma nova instrução da Secex/MA, datada de 14/7/2009 (peça 120, p. 46-59 - TC 005.741/2002-0), e de parecer do Ministério Público Junto ao TCU, de 2/12/2009 (peça 120, p. 62 - TC 005.741/2002-0), o Tribunal, por meio do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro (peça 1, p. 8, a peça 2, p. 38), determinou a conversão do TC 005.741/2002-0 em onze processos apartados de Tomada de Contas Especial, dentre esses consta o presente processo.

16. Neste novo processo, e após a prolação do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, foram feitas as citações. Em 1/10/2014, depois de transcorrido longo ciclo de comunicações após o Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, a Secex/MA emitiu instrução de mérito (peça 81).

17. Não obstante, em despacho de 17/3/2015 (peça 90), o Ministro José Múcio Monteiro ordenou que este processo de TCE voltasse à origem para exame, devido a novos elementos (peça 89), subscritos pelo representante legal do Sr. Wolney Wagner de Siqueira.

18. Após as novas análises da Secex/MA, datadas de 11/6/2015 (peça 104), o Ministério Público junto ao TCU elaborou parecer, em 5/9/2016. Acostado à peça 108, propugnou pela exclusão de responsáveis no processo e também entendeu pela necessidade de recálculo do débito segundo o que se transcreve (peça 104, p. 5).

> *'34. **No que toca à apuração do sobrepreço na execução da avença, entendemos ser devido o encaminhamento dos autos à SeinfraRodovias para a realização das análises complementares mencionadas nos itens 24 a 30 precedentes**, em estrita observância da diretriz disposta no art. 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU e em homenagem à busca pela verdade material e à isonomia entre jurisdicionados.' (grifado).*

19. Diante dessa proposição, o Ministro Relator, José Múcio Monteiro, determinou em Despacho de 15/9/2016 (peça 109) a 'reavaliação do valor do débito, tendo em vista as considerações apresentadas pelo MP/TCU, no parecer de peça 108', cujo excerto reproduz-se, a seguir (peça 108, p. 3 e 4):

> *'24. Feitas essas considerações, assinala-se que o Relator deste feito, Ministro José Múcio Monteiro, acolheu proposição formulada pelo representante do Ministério Público que oficiou nos*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

autos de outra tomada de contas especial objeto do TC-041.554/2012-4 (também originária do TC-005.741/2002-0), no sentido de rever a metodologia de quantificação do débito, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naquele processo.

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

26. Com o propósito de evidenciar a inépcia dos referenciais do Sicro 1, a empresa confrontou preços contratados versus preços paradigma obtidos com a deflação dos valores constantes do Sicro 2 de outubro/2000 (primeira publicação) para abril/1996 (data-base do contrato), a partir de índices relativos a serviços rodoviários (terraplenagem e pavimentação), e considerando os mesmos percentuais de BDI adotados pela Secob em suas análises. Como resultado, o sobrepreço apontado deixou de existir.

27. Diante disso, e ainda que não se possa aceitar de plano a conclusão fundada na mera retroação de valores, uma vez que o longo período de tempo introduz grande imprecisão nesse tipo de procedimento, o douto Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado assinalou haver diferenças entre composições de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2, em termos de composição e produção das equipes e de coeficiente de produtividade, que podem redundar em valores inferiores de sobrepreço global no contrato então examinado. Assim, acolhendo sugestão do Parquet especial, o Relator restituiu o feito à Seinfra-Rodovia, para revisão dos preços referenciais.

28. Uma vez que a TCE objeto do TC-041.554/2012-4 e a que ora se examina têm origem comum no TC-005.741/2002-0, entende-se ser medida de justiça adotar, no presente caso, o mesmo procedimento. Ainda que não tenha sido aventada pelos responsáveis arrolados neste feito, tal procedimento se coaduna com a busca pela verdade material e a isonomia entre jurisdicionados, princípios que orientam as decisões da Corte de Contas.

29. Em reforço à preliminar ora suscitada, vem a propósito destacar as considerações apresentadas no bojo do Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário [TC 006.322/2005-2], a respeito das diferenças nas metodologias de execução de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2. Pela clareza e pertinência ao caso sob análise, em que também se discutiu a existência de sobrepreço em contrato de obras rodoviárias firmado pelo DNER em 1996, transcrevemos a seguir o excerto do voto condutor, da lavra do insigne Ministro Benjamin Zymler:

> *'27. Pois bem, os recorrentes argumentam que a metodologia de execução constante do Sicro-2 refletiria melhor a situação da obra e, portanto, pugnam que seja adotado esse sistema como referencial de preços.*
>
> *[...]*
>
> *29. Busca-se, então, saber qual sistema reflete melhor os serviços executados na obra.*
>
> *30. Como visto, o Sicro-2 buscou aperfeiçoar o Sicro-1 sanando omissões e incorporando novas tecnologias existentes no mercado. Acontece que essas novas tecnologias não surgiram com o advento do Sicro-2, pois já existiam previamente. Ou seja, o novo sistema apenas incorporou práticas já existentes no mercado e corrigiu inconsistências e omissões que existiam no sistema anterior.*
>
> *[...]*
>
> *32. Outrossim, veja-se que, em 1998, apenas se constatou a necessidade de atualização do sistema, o que permite a conclusão que antes dessa data as metodologias construtivas já espelhavam uma realidade diversa daquela do Sicro-1.*
>
> *33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2.'*

30. Não se descuida que a Secob tenha feito ajustes nas composições do Sicro 1 com vistas a buscar retratar o mercado da forma mais fidedigna possível (redução de produtividade nas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

composições dos serviços de restauração, a adoção de preços de brita comercial, em vez de brita produzida, e a adoção de taxas de BDI usuais à época, descontando-se, no caso de serviços de construção e restauração, o percentual relativo à mobilização e desmobilização, uma vez que o critério para escolha das empreiteiras a serem contratadas emergencialmente era o de já estarem prestando serviços nas proximidades dos trechos a serem recuperados). Entretanto, é de se reconhecer a possibilidade de que as metodologias executivas reproduzidas nas composições de serviço do Sicro 1 não fossem condizentes com as que foram efetivamente adotadas nas obras.' (grifado).

20. Antes de dar início à análise requerida, e em que pese o TCU, por meio do Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler), ter deliberado pela possibilidade de se recalcular a obra objeto do TC 006.322/2005-2 utilizando o Sicro 2, vale registrar que, naquele caso concreto, esta unidade técnica se manifestou pela improcedência de tal metodologia. Transcreve-se excerto da instrução de peça 138, p. 3, do TC 006.322/2005-2:

> *'6.3 . Desse modo, verifica-se que o Sicro1 estava em vigência na época da elaboração do orçamento que balizou a licitação das obras relativas ao Contrato 067/96-DER/RO (março/1996), como também na própria licitação do empreendimento (março/1996). Da mesma forma, o Sicro1 estava vigente no período em que foram realizadas 75% das medições (12 de 16 medições) e na execução de praticamente a metade dos serviços objeto do contrato em análise (1ª a 12ª medições – março/1997 a junho/2000). Diante disso, não se vislumbra, de maneira indiscutível, que as tecnologias de execução de obras rodoviárias e os métodos construtivos rodoviários, considerados pelo DNER/DNIT no Sicro2, a partir de outubro/2000, tenham sido utilizados na execução do Contrato 067/96-DER/RO.*
>
> *6.4. De todo o exposto, avalia-se que não se mostra tecnicamente aceitável proceder a verificação de superfaturamento no âmbito do Contrato 067/96-DER/RO com base em parâmetros estabelecidos no Sicro2.' (grifado).*

21. Como visto, o parecer desta unidade técnica no sentido da não aplicabilidade de parâmetros do Sicro-2 naquele caso em análise fundamentou-se sobretudo no fato de as obras terem sido licitadas em período de vigência do Sicro 1, bem como em razão de significativa parte das obras terem sido executadas antes da vigência do Sicro 2. No entendimento desta unidade técnica, esses dois fatores em conjunto não permitiriam concluir, sem sombras de dúvidas, que teriam sido empregadas as tais novas tecnologias existentes no mercado, que fundamentaram o desenvolvimento do Sicro-2.

22. Discordando do parecer desta unidade técnica, o Exmo. Ministro Benjamin Zymler avaliou que em razão de mais da metade dos serviços terem sido realizados sob a vigência do Sicro 2 seria razoável admitir que as supostas novas tecnologias existentes no mercado teriam sido empregadas nas obras discutidas naqueles autos. Tal entendimento pode ser verificado no voto que fundamentou Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário, conforme o excerto a seguir (TC 006.322/2005-2, peça 150, p. 5):

> *'31. No caso em tela, verifica-se que **a execução de mais da metade dos serviços ocorreu na vigência do Sicro-2**. Caso se considere que a partir de 1998 já foi detectada a necessidade de serem consideradas no sistema novas tecnologias empregadas na execução de obras rodoviárias, verifica-se que **significativa parte dos serviços executados ocorreu no bojo da realidade que seria retratada pelo Sicro-2**.*
>
> *(...)*
>
> *33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2.' (grifos nossos)*

23. Note-se que o conteúdo do voto proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler serviu de fundamento para o MP/TCU apresentar seu entendimento no sentido da razoabilidade de se recalcular o débito apontado nestes autos, utilizando-se de parâmetros do Sicro-2 (peça 108, p. 3-4).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

24. Sendo assim, tendo em vista que as determinações exaradas pelo Ministro José Múcio Monteiro, em seu Despacho de 15/9/2016 (peça 109), fundamentaram-se nas considerações do parecer MP/TCU (peça 108), as análises constantes do Exame Técnico a seguir também levam em conta o conteúdo do voto proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler (Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário), de maneira a avaliar a pertinência técnica de se utilizar parâmetros do Sicro 2 na análise orçamentária deste caso concreto.

25. Nesse sentido, o Exame Técnico a seguir traz, primeiramente, uma contextualização sobre os sistemas de referência de orçamentação de obras rodoviárias, para, depois disso, apresentar a análise orçamentaria requerida no Despacho de 15/9/2016 (peça 109).

EXAME TÉCNICO

I - Sistema de referência mais adequado ao caso concreto – Contextualização

I.1. A temporalidade dos sistemas de referência

26. Nos termos do Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – DNIT/2003, o Sistema de Custos Rodoviários - Sicro foi criado, em 1992, pelo extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, a partir dos dados constantes do Manual de Composições de Custos Rodoviários. Por sua vez, esse manual foi lançado, também pelo DNER, em 1972, cujo objetivo foi uniformizar as definições básicas e estabelecer normas para a preparação de orçamentos de projetos rodoviários em seus diversos níveis, planos diretores, estudos de viabilidade e projetos finais de engenharia.

27. A partir de 1998, levando-se em conta a necessidade de serem consideradas no sistema novas tecnologias empregadas na execução de obras rodoviárias, bem como a atualização de métodos construtivos rodoviários, o DNER iniciou, então, uma modernização e complementação do Sicro, que passou a se chamar Sicro 2.

28. Na versão Sicro 2, foram introduzidos novos equipamentos, acrescentadas novas composições de custos e revisadas as composições já existentes na versão anterior do sistema.

29. Essa atualização e reestruturação foi finalizada em outubro/2000, quando o sistema passou a disponibilizar relatórios de custos periódicos, referenciados aos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerias, Rio Grande do Sul e às regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sul (http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro/manuais-de-custos-de-infraestrutura-de-transportes/manuais-de-custos-de-infraestrutura-de-transportes).

30. Em 2017, foi implantada uma nova versão do sistema, denominada Novo Sicro, a qual teve como objetivo promover uma revisão ampla do sistema de referência, abrangendo, entre outros, a elaboração de novas composições de custos unitários, a revisão das composições já existentes, a atualização da composição do Lucro e Despesas Indiretas (LDI), a adoção de uma nova abordagem sobre orçamentação de administração local, bem como sobre a influência da economia de escala, além de trazer uma nova metodologia para pesquisas de salários e para a aferição dos custos operacionais das máquinas.

31. Percebe-se, com esse histórico, que os sistemas de referência de custos de obras, em especial o Sicro, mantêm a tônica da temporalidade. Ou seja, de tempos em tempos, esses sistemas são alterados de modo a fazer frente às novas normas, avanços tecnológicos, contexto socioeconômico e outros. A esse respeito, vale transcrever trecho do relatório que fundamentou o Acórdão 2.511/2015–TCU-Plenário (Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho):

> *'119. Podem, ainda, ser acrescidas algumas considerações: é sabido que um dos atributos de um orçamento é a sua* temporalidade. *Consoante publicação da Editora PINI:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

'Atributo da Validade Temporal - O orçamento tem a sua validade associada a uma data, com previsões para um determinado período. Novas associações a datas e períodos de previsão deverão incorporar novos parâmetros e a necessidade de realizar ajustes financeiros. Normalmente as razões podem ser identificadas com o que a seguir está anotado:

a) flutuação nos preços dos insumos ao longo do tempo;

b) alteração na alíquota ou criação de novos impostos ou encargos;

c) mudanças e inovações tecnológicas;

d) novos cenários econômico-financeiros; e

e) novos cenários gerenciais.

O atributo da Validade Temporal impõe vida ao orçamento. Requer atualização, coloca-o como instrumento de aferição, na perspectiva indispensável da Gestão de Custos da obra'.

120. Ou seja, a adequação do orçamento com data posterior não é somente função da correção monetária. Não devem ser desprezados a flutuação individual no preço de algum insumo, as modificações no cenário sócio-econômico e mesmo as inovações tecnológicas e obsolescência de equipamentos a alterar suas produtividades, os custos de propriedade e diversos outros componentes de custo. Todas estas condicionantes devem ser igualmente agregadas na nova avaliação de preço.

121. A confrontação do orçamento contratado com outro elaborado com parâmetros de custo de ago/2004, mais de 8 anos após, é pois imprópria para aferição de adequação da proposta das empresas. As correções de preços por índices em datas demasiadamente longas não conseguem clonar as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato. Tais comparações só mascaram o claro sobrepreço no contrato quando comparado a paradigmas na época da contratação.' (grifado)

32. Dessa forma, na orçamentação das obras públicas, como regra, mostra-se adequado utilizar sistemas de referência que estejam vigentes na época em que ocorreram as fases de planejamento e contratação garantindo tanto para o contratado quanto para a Administração a validade das premissas pactuadas na época da realização do negócio. Afora essa situação, se a execução da obra também ocorreu durante a vigência do mesmo sistema de referência que subsidiou a contratação, reforça-se ainda mais a prevalência do sistema de referência original.

33. De outro modo, no processo de orçamentação de um empreendimento, a adoção de versões de um sistema de referência disponibilizadas depois da conclusão desse empreendimento (fase pós-obra), no geral, pode prejudicar a representatividade dos valores orçados, haja vista a possibilidade de os pressupostos considerados na versão do sistema de referência adotado não serem válidos na época em que obra em questão foi licitada e contratada, como cenários econômico-financeiro, inovações tecnológicas, obsolescência de componentes e alíquotas de impostos.

34. Dito isso, vale relembrar que o contrato PG 233/96 (peça 9, p. 20-23), em análise neste processo, foi pactuado no dia 17/12/1996 e que as respectivas obras e serviços foram executadas no

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

período de 1996 a 1998 (peça 10, p. 13-16 e 28-29).

35. Assim, para o caso em análise, como a obra foi planejada, contratada e executada na vigência do Sicro 1, a melhor análise que se possa fazer para fins de referência dos valores do empreendimento seria manter a aplicação do sistema Sicro 1.

36. Cabe observar também que a obra foi realizada antes da constatação de que o sistema necessitava de ajustes face a novas tecnologias, ocorrida em 1998, conforme lembrado no voto que fundamentou o Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário.

37. Nesse passo, revela-se próprio consignar que a utilização de diferentes edições dos sistemas referenciais, em especial do Sicro, para realizar a orçamentação de uma mesma obra proporciona invariavelmente a obtenção de valores não coincidentes, até mesmo com significativas diferenças, como será visto no transcorrer desta instrução. Esse fato conduz a situações de insegurança jurídica tanto para Administração quanto para os jurisdicionados, por não possibilitar uma definição precisa do valor de referência da obra.

I.2 – Jurisprudência do TCU

38. Antes de apontar trechos de votos condutores de acórdãos do TCU, que em conjunto formam a jurisprudência desta Corte de Contas a respeito do tema em exame, vale de pronto transcrever excerto do parecer do MP/TCU referente ao Acórdão 278/2008-TCU-Plenário (Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) (TC 005.171/2001-9, peça 90, p. 37-38), verbis:

> *'Com as vênias de estilo, também dissente o Ministério Público da assertiva da (...) de que 'qualquer comparativo que venha a apurar a ocorrência, ou não, de sobrepreço, há que ser necessariamente elaborado segundo a última tabela Sicro disponível, visto que o Sicro é um sistema que se encontra em permanente correção e ajustes relevantes (na tabela anexa, vide o acréscimo à tabela do Sicro que se manteve por todo ano de 2004)'.*
>
> *Embora se possa admitir, com base no julgado do STJ colacionado pela empresa, que as normas de ordem pública, entre as quais se inserem as de direito econômico, têm aplicabilidade imediata, não se pode querer adotar, como quer a empresa vertente, valores da tabela do Sicro de 2003 para avalizar preços contratados no ano de 2000, sob pena de se subverter a data-base das ocorrências e inviabilizar a comparação com os preços efetivamente vigentes à época da contratação. Embora as normas de ordem pública sejam de imediato aplicáveis aos processos em curso, somente incidem sobre os atos praticados a partir do momento em que se tornam obrigatórias, sem alcançar, todavia, os atos consumados sob o império da legislação anterior, uma vez que tais normas não são dotadas de efeito retroativo.' (grifado)*

39. Na mesma linha de raciocínio desse parecer do MP/TCU, há jurisprudência recente desta Corte de Contas tratando de situações em que empresas estariam interessadas no cálculo da obra segundo sistema de referência distinto daquele que embasou a contratação.

40. Primeiramente, cita-se o TC 011.755/2011-4, que trata da Implantação do Complexo Hidrelétrico São Bernardo – SC. Nesse processo, por meio do Voto condutor do Acórdão 1.194/2018-TCU-Plenário – Relator: Ministro Substituto Augusto Sherman, prolatou-se o que segue:

> *'51. Em conclusão, os referenciais do controle devem ser condizentes com aqueles existentes no período em que ocorreram os fatos objeto do controle. Assim não cabe o uso de novas referências, tal como o Novo Sicro, fazendo-o retroagir a situações anteriores, em que outras referências, como o Sicro-2 e, eventualmente, o Sinctran, balizavam os orçamentos elaborados para contratação de obras públicas. Não fosse assim, haveria a oportunidade para que custos anteriormente não previstos nos sistemas referenciais, mas que eram de conhecimento do particular e, de alguma forma, compensados em suas propostas, viessem a ser admitidos como custo adicional em razão de o novo sistema de referência vir a explicitá-los, beneficiando indevidamente o particular.*
>
> *52. Vale lembrar que o Dnit, em sua publicação Informativo Sicro 1/2017, fez constar a seguinte*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

ressalva quanto a utilização de diferentes sistemas, como o Novo Sicro e o Sicro-2, para a elaboração de orçamentos:

'É imprescindível destacar que os novos orçamentos a serem elaborados, a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de ocorrência de graves distorções em função dos tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas.'

53. Assim, da mesma forma que não deve haver a utilização simultânea de diferentes sistemas de custos para a preparação de orçamentos, entendo que também não deve haver utilização simultânea desses sistemas para efeito de controle, sob risco de se incorrer nas graves distorções mencionadas.

54. Ademais, querer rever a metodologia então existente, como propõe a unidade técnica, cria um precedente de grande repercussão no controle exercido por este Tribunal. Por um lado, ensejaria que a mesma revisão fosse realizada em todos os processos em andamento que envolvem a apuração de sobrepreços calculados com base nos custos referenciais do Sicro-2 ou do Sinctran; por outro, daria aso para que, nas tomadas de contas especiais já julgadas em que foram imputados débitos decorrentes de superfaturamentos com referência naqueles sistemas, fossem interpostos recursos de revisão pleiteando a reanálise em confronto com o Novo Sicro. Se fosse o caso de se rever uma injustiça, não haveria como o Tribunal se furtar a encarar essa tarefa. Penso não haver, entretanto, fundamentos para essa revisão, ante os motivos que alinhei acima.'

41. Também vale citar o voto que fundamentou o Acórdão 2.751/2018-TCU-Plenário, do Exmo Ministro Benjamin Zymler, que tratou de obras do 2° Lote da Ferrovia Norte Sul, no qual ficou assente o vínculo entre o sistema de preço adotado e a data da celebração do negócio jurídico.

'Em acréscimo a tal fundamentação, ***friso aos embargantes que o exame deve ocorrer à luz dos paradigmas de preço de mercado existentes no momento da celebração do negócio jurídico, e não de uma data aleatória ou com base em um sistema referencial inexistente à época dos fatos, como querem os recorrentes.*** *Foi naquele cenário – e não neste – que as licitantes tiveram oportunidade de apresentar suas propostas comerciais, levando em consideração tanto a estrutura do orçamento da contratação quanto as normas e os manuais existentes à época para a formação de preços. Dito de outro modo, é importante analisar a realidade e o contexto da origem da avença para que assim não haja distorções e pagamentos em duplicidade.' (grifado)*

42. Por último, cita-se o voto que fundamentou o Acórdão 1.624/2018-TCU-Plenário, também do Ministro Benjamin Zymler, obras de adequação da BR-101/NE, onde também ficou assente o vínculo entre o sistema de preço adotado e a data da celebração do negócio.

'As bases contratuais, incluindo a metodologia de orçamentação, os equipamentos utilizados e o patamar de BDI, foram fixados no momento da assinatura da avença. Assim, é impertinente a pretensão dos embargantes de que os preços referenciais utilizados pelo TCU em suas análises contemplem o melhor de cada um dos cenários (...)'

43. Nota-se que o Tribunal, nessas três ocasiões, denegou de forma clara a intenção de recálculos de orçamentos segundo sistemas de referência distintos do originalmente contratado.

44. Esse conjunto de decisões do TCU indica que a efetivação de recálculos de orçamentos segundo sistemas de referência distintos do originalmente contratado viabiliza o surgimento de distorções de análise, que, em última instância, podem mascarar a ocorrência de um superfaturamento indiscutível.

45. Tal conclusão serve para o caso concreto tratado nestes autos, ainda mais considerando que a primeira versão do Sicro 2 (outubro/2000) só foi disponibilizada mais de quatro anos depois de o Contrato PG 233/96 ter sido formalizado e dois anos depois de as obras terem sido concluídas.

46. Diante do exposto, entende-se tecnicamente frágil e impróprio utilizar o Sicro 2 para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

avaliar possível existência de superfaturamento nas obras do Contrato PG 233/96.

I.3 – A hipótese de retroação dos custos de referência por índices de inflação

47. Segundo parecer do MP/TCU (peça 108, p.4), a empresa executora das obras confrontou os preços contratados com preços ditos paradigma, obtidos com a deflação dos valores constantes do Sicro 2 de outubro/2000 (primeira publicação) para abril/1996 (data-base do contrato), concluindo pela inexistência do sobrepreço apontado.

48. Ocorre que no referido parecer (peça 108, p. 4), há texto do mesmo Parquet expondo que não se pode 'aceitar de plano a conclusão fundada na mera retroação de valores, uma vez que o longo período de tempo introduz grande imprecisão nesse tipo de procedimento (...)'.

49. De fato, verifica-se que o procedimento de retroagir preços para grandes lapsos temporais pode acarretar distorções decorrentes da variabilidade dos índices de deflação, originando preços retroagidos que não espelham, com fidedignidade, aqueles de mercado vigentes à época da contratação. Tal assertiva encontra suporte em posicionamento jurisprudencial do TCU, por exemplo, Acórdão 1.317/2006 (Relator: Ministro Ubiratan Aguiar), 278/2008 (Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer), 2.127/2006 (Relator: Ministro Substituto Augusto Sherman), 1.667/2011 (Relator: Ministro Ubiratan Aguiar) e 1.922/2011 (Relator: Ministro Valmir Campelo), todos do Plenário.

50. Acrescente-se que, no caso concreto tratado nestes autos, a retroação de preços do Sicro 2 para a data-base do contrato representaria aplicar os índices de correção de outubro/2000 (início da vigência do Sicro 2) a novembro/1996 (data-base do Contrato PG 233/96), período relativamente longo, de quase quatro anos, representando possibilidade real de distorções no preço de referência da obra.

51. Diante do exposto, tal qual o MP/TCU, entende-se tecnicamente frágil e impróprio retroagir os preços de referência obtidos a partir do Sicro 2 para fins de avaliar possível existência de superfaturamento nas obras do Contrato PG 233/96.

I.4 – A hipótese de utilização de um sistema híbrido de orçamentação

52. Em decorrência de a retroação de valores não se mostrar tecnicamente adequada, haveria ainda a possibilidade de se utilizar as composições de preço unitário – CPU do sistema Sicro 2 e inserir nestas os custos dos insumos datados da época da contratação da obra, novembro/1996, quando vigia o Sicro 1. Dessa forma, seria feito um sistema híbrido para a orçamentação da obra.

53. Enfatize-se que mesmo no caso de formação de um sistema híbrido, a orçamentação de referência vai depender sempre de adaptações e inferências ou considerações que inequivocamente culminarão em fragilidades nos cálculos. Não sem razão, nos casos envolvendo o Novo Sicro e o Sicro 2, o DNIT, por meio do Informativo Sicro 1/2017, fez constar a seguinte ressalva quanto à utilização de diferentes sistemas para a elaboração de orçamentos:

> *'É imprescindível destacar que os novos orçamentos a serem elaborados, a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de ocorrência de graves distorções em função dos tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas.'*

54. Especificamente para os sistemas objeto desta instrução, Sicro 1 e Sicro 2, há concepções distintas que podem distorcer os resultados quando se tenta passar de um sistema de referência para outro. Por exemplo, citam-se as dificuldades a serem superadas na escolha do tipo de composição de preço a ser utilizada, considerando os grandes grupos de orçamentação desses dois sistemas:

a) Sicro 1 – Construção, Contratada, Delegada e Sinalização;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

b) Sicro 2 – Construção, Conservação, Sinalização e Restauração.

55. Vê-se que a arquitetura do Sicro 1 é diversa da arquitetura do Sicro 2. Assim, transferir, por exemplo, um orçamento de uma obra do tipo 'Contratada' ou 'Delegada', originalmente calculada segundo Sicro 1, para o Sicro 2 pode culminar em fragilidades ou distorções nos cálculos, pois é possível que não se tenha elementos para definir em qual grande grupo do Sicro 2 (Construção, Conservação, Sinalização e Restauração) essa obra deve ser enquadrada. Isso porque os sistemas não são perfeitamente compatíveis. Nesse caso, decisões chave a serem tomadas para se fazer o recálculo poderão estar eivadas de fragilidades, por serem subjetivas e carentes de embasamento técnico robusto o bastante para a sua validade.

56. Pode-se citar também outras diferenças de concepção que fragilizam a adoção de sistemas híbridos de orçamentação. Por exemplo, enquanto no Sicro 1, o custo improdutivo dos equipamentos contempla depreciação e mão de obra, no Sicro 2, o custo improdutivo dos equipamentos considera somente mão de obra.

57. Nesse caso, ao se fazer a reanálise do orçamento de uma obra originalmente calculada segundo o Sicro 1 para o Sicro 2, é razoável e tecnicamente justificável que o custo de depreciação dos equipamentos seja desconsiderado. Mas, porventura, outra interpretação pode ser dada na medida em que não há normativos ou qualquer outro trabalho oficial que preveja essa relação de intercâmbio entre o Sicro 1 e o Sicro 2.

58. Como se pode ver, o ato de se elaborar um sistema híbrido de referência pode desencadear diversos elementos fragilizadores do resultado final de cálculo de orçamento. Tal situação pode trazer consequências deletérias às partes de uma relação processual no âmbito do TCU, ocasionadas pela ausência dos pressupostos de certeza do valor orçado.

59. Afora a situação tratada retro, há de se lembrar que a utilização de um sistema híbrido de orçamentação resolve tão somente a questão relacionada à retroação dos custos dos insumos, equipamentos e mão de obra. Outras eventuais fragilidades continuarão a existir, como a utilização de sistema de referência posterior à contratação da obra e até mesmo posterior a sua execução, carregando consigo toda a nova sistemática de cálculo, alterações tecnológicas, novos cenários econômico-financeiros etc.

60. Esses pormenores fazem com que a utilização de sistema híbrido de referência para orçar a obra tratada nestes autos também já esteja eivada de fragilidade. Note-se que situação do caso em exame se enquadra perfeitamente nas hipóteses que fizeram o TCU denegar a viabilidade da utilização de sistemas de referência posteriores à obra, conforme acórdãos já citados nesta instrução: Acórdão 1.194/2018-TCU-Plenário, Acórdão 2.751/2018-TCU-Plenário e Acórdão 1.624/2018-TCU-Plenário.

<u>I.5 – Conclusão quanto ao sistema de referência mais adequado ao caso concreto</u>

61. Como demonstrado retro e nos termos da jurisprudência desta Corte, nenhum dos cálculos possíveis de serem feitos atendem com plenitude aos requisitos técnicos e legais para que seja possível apontar o valor calculado como coerente e livre de fragilidades. Mais: qualquer um deles já contém o vício original de se utilizar um sistema de referência cuja vigência teve início em data posterior à contratação da obra e até mesmo posterior a sua completa execução.

62. Assim, entende-se que, neste caso concreto, mostra-se desarrazoado a utilização de dados obtidos em orçamentação efetivada com sistema de preço diverso do Sicro 1. Contudo, em atendimento ao disposto no Despacho do Exmo. Relator, de 15/9/2016 (peça 109), nos itens a seguir apresenta-se a reavaliação do valor do débito para a obra do contrato PG 233/96 tendo o Sicro 2 como referência e os custos dos insumos da época da licitação (nov/1996), momento em que vigia o Sicro 1.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

II – Análise do orçamento

63. Inicialmente, cabe explicitar as datas-chave relativas ao empreendimento em análise, as quais servirão como elementos fundamentais no exame que segue.

Tabela 1-A: Datas contratuais.

Obra	***BR-226/MA***
Data de assinatura do contrato	*Dez/1996*
Data-base	*Nov/1996*
Execução	*Dez/1996 a Nov/1997*

Fonte: peça 114.

64. Conforme dito anteriormente, essas datas indicam que o único sistema de referência que deveria ser utilizado é, de fato, o Sicro 1, que vigeu de 1992 a setembro de 2000, quando foi substituído pelo sistema Sicro 2, cuja primeira tabela datou de outubro de 2000. Isso porque os serviços foram planejados, contratados e executados exclusivamente durante a vigência do Sicro 1. Desse modo, pressupõe-se que as obras foram realizadas com o emprego de técnicas, equipamentos, tecnologia, tributos e normativos disponíveis na época do Sicro 1. Contudo, como já registrado retro, o recálculo desta obra será realizado tendo o Sicro 2 como referência a fim de cumprir determinação constante do Despacho do Exmo. Relator, de 15/9/2016 (peça 109).

II.1 – Novas premissas de cálculo

II.1.1. Utilização de preços de insumos da época da data-base do contrato

65. A orçamentação da obra relativa ao Contrato PG 233/96 com o emprego de preços de insumos à época da data-base da avença pode ser efetivada a partir de duas metodologias de cálculo já detalhadas nesta instrução: retroação dos custos de referência por índices de inflação e utilização de um sistema híbrido de orçamentação.

66. Conforme já detalhado no item I.3 deste Exame Técnico, a eventual retroação dos valores de referência do Sicro 2 de outubro de 2000 para novembro de 1996 seria tecnicamente frágil e imprópria, uma vez que tal procedimento acarreta distorções nos valores calculados, conforme entendimento já consolidado desta Corte de Contas. Diante disso, buscou-se viabilizar o recálculo da obra segundo o Sicro 2 a partir da utilização de um sistema híbrido de orçamentação, em que pesem as fragilidades inerentes a essa metodologia, relatadas no item I.4 deste Exame Técnico.

67. Por meio do sistema híbrido de orçamentação, utilizam-se as composições do Sicro 2 em conjunto com os custos dos insumos cotados à época da contratação da obra, momento em que vigia o Sicro 1. Nesse caso, há a fusão de composições do Sicro 2 com preços de insumos da época do Sicro 1. Apesar de suas fragilidades, essa metodologia de cálculo já foi considerada satisfatória pelo TCU em situações específicas, a exemplo do caso tratado no TC 006.322/2005-2, considerando as peculiaridades inerentes a esse caso concreto.

II.1.2. Utilização de CPUs do Sicro 2 que melhor espelhem as CPUs do Sicro 1

68. Como premissa dos cálculos desta instrução, optou-se por utilizar as CPUs do Sicro 2 que melhor se adequassem, em termos da patrulha mecânica, às CPUs do Sicro 1. Ou seja, entre duas composições do Sicro 2 que representem a realização de um mesmo serviço, adotou-se a CPU que mais se aproximava, em termos de patrulha mecânica (equipamentos envolvidos na realização do serviço), às CPU previstas no momento da celebração do Contrato PG 233/96.

69. É válido registrar que, mesmo utilizando as CPUs que melhor se adequam às CPUs do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Sicro 1, essa premissa ainda conduz à utilização de equipamentos previstos no Sicro 2 que não guardam qualquer relação com o disposto no Sicro 1. Citam-se, por exemplo, os seguintes casos:

Tabela 2: Equipamentos que se diferenciam em cada composição

Serviço	***Equipamento Sicro 1***	***Equipamento Sicro 2***
Reforço do subleito	-	*Caminhão basculante – Mercedes Benz 15 t*
Escavação e carga de material de jazida para recomposição	-	*Motoniveladora caterpillar 120 HP*
Recomposição do revestimento primário	-	*Caminhão basculante – Mercedes Benz 15 t*
Corpo de bueiro simples tubular de concreto D=1,00 m	-	*Caminhão carroceria de madeira; Caminhão basculante 15 t; Caminhão carroceria com guindaste.*
Boca de bueiro simples de concreto D=1,00 m normal	-	*Caminhão carroceria de madeira; Caminhão basculante 15 t.*
Valeta de proteção de cortes c/ revestimento concreto – VPC 03	-	*Caminhão carroceria de madeira*

Fonte: CUP, peça 113.

70. Nos exemplos mostrados na Tabela 2, retro, verificam-se casos em que as CPUs do Sicro 2 consideram o emprego de determinados equipamentos, enquanto que as correspondentes CPUs do Sicro 1 não preveem sua utilização. Nesses casos, fica patente a incompatibilidade entre as premissas de cálculo do Sicro 2 em relação ao Sicro 1.

II.1.3. Adicional de mão de obra

71. Por meio da Instrução de Serviço IS/DG 15/2006, o DNIT determinou a inclusão de um valor adicional ao custo da mão de obra nas composições de preço unitário do Sicro 2. Esse valor adicional foi incluído para cobrir as despesas com EPI (equipamentos de proteção individual), transporte, alimentação e ferramentas. O denominado adicional de mão de obra foi inserido nas CPUs considerando os seguintes percentuais:

a) em composições de serviços com a utilização de ferramentas: 20,51%;

b) em composições de serviços sem a utilização de ferramentas: 15,51%.

72. De modo a considerar essa despesa no caso em exame nestes autos, esses percentuais foram incluídos nas composições do Sicro 2 que subsidiam esta instrução.

II.2. Premissas de cálculo já acatadas pelo Tribunal e mantidas nesta instrução

73. Em razão de neste processo, e no TC 005.741/2002-0, já ter ocorrido diversos procedimentos de contraditório e ampla defesa, parte dos argumentos apresentados pelos responsáveis já foi acatada em análises anteriores. Diante disso, entende-se prudente não entrar no mérito dos argumentos já analisados pelo Tribunal, sejam aqueles aceitos, sejam aqueles rejeitados. Com isso, no geral, manteve-se nesta instrução as premissas de cálculo já utilizadas no exame anterior que definiu o valor do débito neste processo (peça 3), em especial aquelas acolhidas por meio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

do Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário – Relator: Ministro José Múcio Monteiro.

74. Nesse sentido, vale transcrever excerto do parágrafo 15 do Parecer de 22/1/2015 do Ministério Público do Tribunal de Contas da União, o qual endossa a pertinência de se manter as premissas de cálculo relativas ao Contrato PG-233/96 durante o transcorrer do processo (peça 88, p. 3):

> *'Os responsáveis tampouco lograram êxito em reverter as premissas adotadas para quantificação do superfaturamento na execução do Contrato PG-233/96, delineadas pela Secob e já acolhidas pelo Plenário quando da prolação do Acórdão 2.948/2011.'*

75. Nesse passo, transcrevem-se as premissas utilizadas para a realização do cálculo do superfaturamento adotadas pela Secob (peça 3, p. 3-4) e acolhidas no Acórdão 2.948/2011-TCU-Plenário, relativas ao Contrato PG 233/96. Como já enfatizado, tais premissas serão mantidas nesta nova análise (peça 3, p. 3-4):

> *'a) Substituição da brita produzida pela brita comercial*
>
> *12. Em consequência da justificativa apresentada pelos responsáveis – inexistência de jazida de rocha para britagem na região em que as obras contratadas foram executadas, conforme explicado nos parágrafos 29 e 30, substituímos a brita produzida pela brita comercial adquirida em Fortaleza – CE nas composições de preço unitário, inclusive nas composições auxiliares, de todos os contratos analisados.*
>
> *b) BDI*
>
> *(...)*
>
> *14. É importante ressaltar que, como as empresas foram escolhidas por já estarem prestando serviços ao antigo DNER e encontrarem-se instaladas nas proximidades do trecho em que a obra seria realizada, as taxas de BDI não deveriam incluir a parcela referente às despesas de mobilização e desmobilização, a qual se refere aos gastos envolvidos com as 'providências e operações que o executor dos serviços tem que efetivar para transportar pessoal e equipamentos até o local da obra e, ao final dos trabalhos, retorná-los ao ponto de origem. Segundo Mendes e Bastos[1], considerar-se uma taxa de 2,62% como sendo adequada para gastos como mobilização e desmobilização.*
>
> *15. Desta forma, como este TC trata de quinze contratos diferentes, optamos por utilizar, para serviços de construção e conservação rodoviária, uma taxa única de BDI em todas as análises no valor de 33,18%, que corresponde à taxa de BDI do Sicro 1 para serviços de construção rodoviária (35,8%), descontado o percentual referente às despesas de mobilização e desmobilização (2,62%). Para os serviços de conservação rodoviária, mantivemos a taxa de BDI do Sicro 1, isto é, 40,5%.*
>
> *c) Data-base dos preços de referência dos serviços*
>
> *16. Para a confirmação da existência de sobrepreço e, quando necessário, o cálculo do débito, utilizamos como referência a data-base da proposta de preços apresentada pela empresa contratada. Nos casos em que não foram obtidas informações do Sicro para a Região Nordeste no mês em questão, foi efetuado o deflacionamento ou inflacionamento dos valores adotados, conforme o caso. Nesses cálculos, utilizamos os índices indicados pelo DNIT.*
>
> *d) Produtos betuminosos*
>
> *17. Os produtos betuminosos e seus respectivos fretes não fizeram parte das análises pois, à época das contratações, eram pagos pelo valor da nota fiscal de aquisição.'*

76. Além das premissas acima, também cabe manter a adoção de Fator de eficiência 0,9. Segundo essa premissa adotada pela Secob, alguns serviços classificados como de 'Construção Rodoviária' no âmbito do Sicro 1 deveriam ter a sua produção por equipe minorada pelo fator 0,9 de modo a melhor refletir situação da obra em análise, caracterizada por baixa produtividade.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

77. Esse fator de 0,9 proveio de analogia entre os serviços do Sicro 1 e os serviços do Sicro 2, segundo os seguintes termos (peça 3, p. 3):

> *'10.2 Determinação dos serviços de restauração rodoviária: inicialmente, com base nas tabelas do Sicro 1, classificação dos serviços da planilha orçamentária como sendo de construção ou conservação rodoviária; em seguida, tomando por base as informações do Sicro 2, classificação dos serviços de construção rodoviária como sendo de construção ou de restauração rodoviária;*
>
> *10.3 Realização de ajustes na produtividade das equipes das composições de preço unitário de referência dos serviços de restauração rodoviária por meio da adoção de fator de redução de 0,90 sobre as produções horárias:*

Discriminação	Classificação do serviço SICRO 1	Classificação do serviço SICRO 2	Ajuste
Serviço 1	Conservação Rodoviária	---	Não houve ajuste
Serviço 2	Construção Rodoviária	Construção Rodoviária	Não houve ajuste
Serviço 3	Construção Rodoviária	Restauração Rodoviária	Fator de eficiência = 0,90

78. Registre-se que, no âmbito dos cálculos efetivados nesta instrução, que têm como base as tabelas do Sicro 2, não se aplicou o fator de eficiência de 0,9. Isso porque, na concepção do sistema Sicro 2 já está albergada em suas composições a diferença de produtividade entre as obras de 'construção rodoviária' e 'restauração rodoviária'. Portanto, embora nos cálculos não se inclua diretamente o fator de eficiência de 0,9, não se altera a premissa adotada na inicial deste processo, uma vez que as CPUs do Sicro 2 - Restauração já contemplam tal fator.

II.3. Resultado dos cálculos

79. Seguem os resultados das análises:

Tabela 3: Resultados

Sistema	*Valor original do contrato (nov/1996)*	*Preço de referência (nov/1996)*	*Superfaturamento (nov/1996)*
Sicro 1	*R$ 2.914.050,53*	*R$ 2.615.753,24*	*R$ 298.297,29*
Sicro 2	*R$ 2.914.050,53*	*R$ 3.067.786,92*	*R$ -153.736,39*

Fonte: Peça 114 e peça 112.

80. Nos termos dos cálculos efetivados nesta oportunidade, cujo detalhamento se encontra acostado à peça 113, os valores medidos e pagos no âmbito do Contrato PG 233/96 seriam inferiores ao praticado no mercado, no montante de R$ 153.736,39 (nov/1996). Nesses termos, o superfaturamento, e o consequente superfaturamento, estimado pela Secob (peça 3, p. 41) em R$ 298.297,29 (nov/1996), deixaria de existir.

III – Análise crítica da metodologia aplicada e dos resultados obtidos

81. Tendo sido apresentados os resultados da análise orçamentária, faz-se necessário acrescentar uma análise crítica a respeito metodologia empregada nessa orçamentação, considerando as questões abordadas no item I deste Exame Técnico. Em última análise, apresenta-se uma avaliação quanto ao nível de confiabilidade técnica da metodologia utilizada nesta oportunidade para aferir a ocorrência de superfaturamento no Contrato PG 233/96.

82. Nesse passo, passa-se à análise da possibilidade de incorporação de novas metodologias de execução de serviços ao orçamento. Conforme reportado nos itens I e II desta instrução, a nova orçamentação das obras objeto do Contrato PG 233/96 partiu da premissa de se utilizar as CPUs do Sicro 2 que melhor se adequassem em termos da patrulha mecânica às CPUs do Sicro 1. Ou seja, adotaram-se CPUs do Sicro 2 que mais se assemelhavam às CPUs do Sicro 1 adotadas no momento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

da celebração do Contrato PG 164/95.

III.1. Possibilidade de incorporação de novas metodologias de execução de serviços ao orçamento

83. Conforme reportado nos itens I e II desta instrução, a nova orçamentação das obras objeto do Contrato PG 233/96 partiu da premissa de se utilizar as CPUs do Sicro 2 que melhor se adequassem em termos da patrulha mecânica às CPUs do Sicro 1. Ou seja, adotaram-se a CPUs do Sicro 2 que mais se assemelhavam às CPUs do Sicro 1 adotadas no momento da celebração do Contrato PG 233/96.

84. Embora essa metodologia de escolha das CPUs do Sicro 2 seja, em princípio, a que menos acarreta distorções, faz-se necessário ponderar sobre a eventual razoabilidade de se empregar outras opções.

85. Nesse passo, vale transcrever novamente o trecho do Voto condutor do Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário que serviu de subsídio para a determinação de recálculo desta obra:

> *'27. Pois bem, os recorrentes argumentam que a metodologia de execução constante do Sicro-2 refletiria melhor a situação da obra e, portanto, pugnam que seja adotado esse sistema como referencial de preços.*
>
> *(...)*
>
> *29. Busca-se, então, saber qual sistema reflete melhor os serviços executados na obra.*
>
> *30. Como visto, o Sicro-2 buscou aperfeiçoar o Sicro-1 sanando omissões e incorporando novas tecnologias existentes no mercado. Acontece que essas novas tecnologias não surgiram com o advento do Sicro-2, pois já existiam previamente. Ou seja, o novo sistema apenas incorporou práticas já existentes no mercado e corrigiu inconsistências e omissões que existiam no sistema anterior.*
>
> *(...)*
>
> *32. Outrossim, veja-se que, em 1998, apenas se constatou a necessidade de atualização do sistema, o que permite a conclusão que antes dessa data as metodologias construtivas já espelhavam uma realidade diversa daquela do Sicro-1.*
>
> *33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2.'*

86. Como se pode observar, um dos pilares que sustenta as decisões constantes do Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário, bem como a determinação de se proceder o recálculo do orçamento das obras tratadas neste processo, está no pressuposto de que na execução dos serviços teriam sido utilizadas as novas metodologias previstas e incorporadas no Sicro 2. Ou seja, considerou-se que os métodos e sistemas de produção do Sicro 1 estariam ultrapassados e não teriam sido empregados nas obras, em especial nas referentes ao Contrato PG 233/96.

87. Exsurge dessa argumentação a possibilidade de utilização de CPUs do Sicro 2 que não tenham a melhor correspondência com as adotadas no orçamento elaborado com base no Sicro 1, desde que tenham como objeto a execução de serviços semelhantes. Ou seja, dado o pressuposto de que a obra do Contrato PG 233/96 teria sido executada segundo metodologias previstas exclusivamente no Sicro 2, seria natural utilizar no novo orçamento da obra CPUs do Sicro 2 que espelhassem algum avanço técnico em relação ao Sicro 1.

88. Por exemplo, no recálculo feito nesta instrução e realizado a partir do Sicro 2, adotou-se, nos serviços de escavação, carga e transporte - ECT de solos, o emprego de patrulhas compostas por carregadeira, trator de esteiras e caminhões. Segue foto do equipamento carregadeira.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Foto 01: Carregadeira.

Fonte: imagem da internet, em 5/6/2019 (https://www.google.com.br/search?q=carregadeira+john+deere&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwizxOvAu9LiAhUTILkGHf8BD_AQ_AUIESgC&biw=1455&bih=688&dpr=1.1#imgrc=FD-VAde8leLCYM:)

89. Por outro lado, o sistema Sicro 2 acrescentou outra possibilidade para realizar os serviços de ECT, utilizando patrulhas compostas por escavadeiras e caminhões. Segue foto de uma escavadeira.

Foto 02: Escavadeira

Fonte: imagem da internet, em 5/6/2019 (https://www.google.com.br/search?q=escavadeira+case&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwis9PmIvNLiAhUxJrkGHYt7DYMQ_AUIESgC&biw=1455&bih=688#imgrc=b8GhpPcq2qji5M)

90. A incorporação de CPUs que consideram o emprego de escavadeiras hidráulicas representou ganho de produtividade nas obras (com consequente redução de custos). Isso porque a escavadeira hidráulica pode realizar o trabalho que antes era destinado a dois equipamentos, o trator de esteiras e a carregadeira.

91. Como forma de demonstrar a redução de preços obtida com o advento dessa nova tecnologia (equipamento), segue tabela comparativa com valores para os serviços de ECT no âmbito do Sicro 2, Minas Gerais, janeiro de 2011.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Tabela 4: Comparação de custo dos serviços de ECT no Sicro 2 em função do tipo de equipamento

Equipamento	Preços por m³ de material escavado e transportado, por distância			
	50 a 200m	400 a 600m	800 a 1.000m	1.200 a 1.400m
Motoscraper	**R$4,53**	R$6,35	R$8,25	R$10,38
Carregadeira + trator de esteiras + basculante	R$5,89	R$6,62	R$7,37	R$7,84
Escavadeira + basculante	R$4,66	**R$5,42**	**R$6,06**	**R$6,71**

Fonte: CAMPELO, Valmir e CAVALVANTE, Rafael Jardim. Obras Públicas. Brasília, 2013 p. 585.

92. Por meio da tabela retro, percebe-se que a utilização de CPUs que adotam o equipamento escavadeira conduz a uma relevante redução nos preços dos serviços de ECT de uma obra. É válido registrar que, tendo o princípio da economicidade como um norte decisório dos processos, o Tribunal, ao analisar orçamentos de diversas obras auditadas, tem determinado, de uma forma recorrente, a substituição de patrulhas constituídas por tratores de esteira e carregadeiras por patrulhas com o emprego de escavadeiras. Citam-se, por exemplo, os seguintes julgados: Acórdãos 1.969/2017 – Relator: Min. Aroldo Cedraz; 546/2014 – Relator: Min. José Múcio Monteiro; 2.902/2012 – Relator: Min. José Múcio Monteiro; 2.408/2010 – Relator: Min. Subst. Marcos Bemquerer; 2.396/2010 – Relator: Min. Raimundo Carreiro; 396/2008 - Relator: Min. Raimundo Carreiro; 2.065/2007 – Relator: Min. Valmir Campelo; 950/2008 - Relator: Min. Valmir Campelo; 3.056/2009 - Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues; 1.537/2010 - Relator: Min. José Múcio Monteiro, 2.144/2010 – Relator: Min. José Jorge, todos do Plenário do TCU.

93. Tendo essa vasta jurisprudência determinado a adoção de patrulhas com escavadeiras nas obras públicas, é factível que os cálculos relativos aos serviços de ECT do Contrato PG 233/96 também sejam realizados com a utilização de equipes que utilizam escavadeiras em suas composições. Esse procedimento se harmoniza melhor com a justificativa contida no Voto condutor do Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário de que a obra teria sido executada segundo metodologias do Sicro 2.

94. Com a adoção dessa alternativa, os novos custos dos serviços de ECT passam a ser os que seguem.

Tabela 7: Correções em CPU – utilização de escavadeira

Serviço	***Unid***	***Preço - Sicro 2***	
		carregadeiras e trator de esteiras	***escavadeiras***
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 600 a 800 m c/ carreg.	*m³*	*R$ 1,64*	*R$ 1,47*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 800 a 1000 m c/ carreg.	*m³*	*R$ 1,71*	*R$ 1,56*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 1000 a 1200 m c/ carreg.	*m³*	*R$ 1,80*	*R$ 1,63*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 1200 a 1400 m c/ carreg.	*m³*	*R$ 1,85*	*R$ 1,69*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 1400 a 1600 m c/ carreg.	*m³*	*R$ 1,89*	*R$ 1,77*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 1600 a 1800 m c/ carreg	*m³*	*R$ 1,96*	*R$ 1,82*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 1800 a 2000 m c/ carreg	*m³*	*R$ 2,03*	*R$ 1,88*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 2000 a 3000 m c/ carreg	*m³*	*R$ 2,27*	*R$ 2,11*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Serviço	*Unid*	*Preço - Sicro 2*	
		carregadeiras e trator de esteiras	*escavadeiras*
Esc. carga e transp. Mat 1ª cat DMT 3000 a 5000 m c/ carreg	*m³*	*R$ 2,91*	*R$ 2,77*

Fonte: peça 113.

95. Conforme esperado, observa-se uma redução significativa nos valores dos serviços quando as patrulhas com tratores de esteira e carregadeiras são substituídas por patrulhas com escavadeiras.

96. Note-se, entretanto, que na obra em exame não é inequívoca a adoção dessa metodologia de execução das escavações, carga e transporte. Isso porque não há, no processo, evidências que sustentem a efetiva adoção dessa metodologia de execução. Assim, os cálculos adotando essa alternativa são apresentados considerando a possibilidade dessa situação ter, de fato, ocorrido. Porém, não devem servir para fins de referência, de maneira indiscutível.

III.2. Possibilidade de o orçamento contemplar serviços em duplicidade

97. As diferenças metodológicas verificadas entre os dois sistemas (Sicro 1 e Sicro 2) também podem culminar na adoção de serviços em duplicidade, caracterizando mais uma grave fragilidade nos orçamentos.

98. Um exemplo dessa situação diz respeito a existência do caminhão basculante nas CPUs do Sicro 2 para os serviços de 'Reforço do subleito' e 'Recomposição do revestimento primário', enquanto que no Sicro 1 esse caminhão não está contemplado nas CPUs correspondentes.

99. Nota-se que, embora o Sicro 1 não apresente o caminhão basculante nessas composições, o orçamento elaborado pelo DNIT contempla uma rubrica em separado para o tipo de serviço realizado pelo caminhão basculante. Segue o item do contrato em que consta essa despesa.

Figura 1: Itens de pavimentação

II	PAVIMENTAÇÃO							
02.000.00	Regularização do subleito	m³	253.200,00	0,22	55.704,00	0,21	53.172,00	-2.532,00
02.100.00	Reforço do subleito	m³	37.980,00	2,37	90.012,60	2,17	82.416,60	-7.596,00
01.200.00	Escavação e carga de material jazida	m³	142.425,00	2,28	324.729,00	2,32	330.426,00	5.697,00
01.401.00	Revestimento primário	m³	75.960,00	3,51	266.619,60	2,09	158.756,40	-107.863,20
09.002.00	Transporte em basculante	t x km	4.375.296,00	0,14	612.541,44	0,20	875.059,20	262.517,76
09.202.00	Transporte de água	t x km	111.722,50	0,32	35.751,20	0,35	39.102,88	3.351,68

Fonte: peça 3, p. 42.

100. De modo a evitar eventual duplicidade no orçamento elaborado com base no Sicro 2, mostra-se razoável excluir o insumo 'caminhão basculante – Mercedes Benz 15 t' das CPUs do Sicro 2. Feita essa modificação, os preços dos serviços passam a ser:

Tabela 7: Correções em CPU – possível duplicidade de custo

Serviço	*Unid*	*Preço - Sicro 2*	
		com caminhão basculante	*sem caminhão basculante*
Reforço do subleito	*m³*	*R$ 2,71*	*R$ 2,34*
Recomposição do revestimento primário	*m³*	*R$ 2,42*	*R$ 1,71*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

Fonte: peça 113.

101. Também neste caso, como era de se esperar, houve uma redução significativa nos custos dos serviços ao se retirar o insumo caminhão basculante.

102. Contudo, igualmente ao caso anterior, não é inequívoca a regularidade dessa ação de retirar o caminhão basculante das CPUs tomando como base a existência do item 'Transporte em basculante' no orçamento da obra. Isso porque, embora possa parecer bastante lógica, não há elementos concretos no processo que deem suporte a tese de que o serviço 'Transporte em basculante' contempla as tarefas previstas para serem realizadas pelo equipamento incluído originalmente nas CPUs do Sicro 2 relativas a 'Reforço do subleito' e 'Recomposição do revestimento primário'. Assim, também nesse caso, avultam-se fragilidades decorrentes da alteração de sistema de referência para orçar as obras em exame.

III.3. Resultado dos cálculos após os ajustes

103. Passada toda a contextualização em relação às consequências de se promover uma alteração do sistema de referência adotado para orçar uma determinada obra, e depois de se demonstrar as graves fragilidades que esse tipo de procedimento pode acarretar na definição do valor de referência das obras assim reavaliadas, em especial nas obras tratadas nestes autos, segue um resumo dos valores orçados nesta instrução:

Tabela 5: Resultados

Valor original do contrato (nov/1996)	***Análise da ocorrência de superfaturamento***		
	Sistema	***Preço de referência (nov/1996)***	***Superfaturamento (nov/1996)***
R$ 2.914.050,53	*Sicro 1*	*R$ 2.615.753,24*	*R$ 298.297,29*
R$ 2.914.050,53	*Sicro 2 sem ajuste*	*R$ 3.067.786,92*	*R$ -153.736,39*
R$ 2.914.050,53	*Sicro 2 com ajuste (conforme item III acima)*	*R$ 2.940.572,88*	*R$ -26.522,34*

Fonte: Peça 112.

104. Verifica-se que nas duas situações calculadas segundo o Sicro 2 há um subfaturamento na obra relativa ao contrato PG 233/96.

105. Em que pese esse fato, cabe evidenciar a significativa variação no resultado dos cálculos. Tal variabilidade prejudica a confiabilidade dos valores calculados, ou seja, o recálculo do orçamento da obra conduz a valores paramétricos diferentes, acarretando insegurança quanto aos novos preços de referência orçados.

106. Ainda mais porque, como se observou ao longo desta instrução, na mudança de um sistema de referência para outro, faz-se necessário incorrer em inúmeras considerações, algumas delas de caráter subjetivo, conduzindo à fragilidade dos cálculos realizados.

107. Relembre-se que no caso em exame os dois ajustes realizados na correspondência entre as CPUs do Sicro 1 e do Sicro 2 (troca de patrulhas com carregadeira e trator de esteira por patrulha com escavadeira nas CPUs de ECT e a exclusão do caminhão basculante nas CPUs de 'Reforço do subleito' e 'Recomposição do revestimento primário) foram exemplificativos. Outros ajustes poderiam ser justificáveis e, talvez, levar a um novo e imprevisível resultado, inclusive com possível acréscimo do superfaturamento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

108. Também cabe recordar que seria possível obter um quarto orçamento a partir do cálculo dos serviços com base integral nas tabelas do Sicro 2 e retroação dos preços para a data-base contratada. Contudo, diante da vasta jurisprudência do TCU quanto à inaplicabilidade dessa forma de cálculo, as contas não foram feitas. Mas, com certeza, se essa análise fosse realizada, teríamos um quarto valor para a obra em questão.

109. Disso tudo, deriva a elevada fragilidade em alterar um orçamento de uma obra segundo um sistema de referência distinto do qual a obra foi planejada, licitada, contratada e, neste caso, até mesmo executada. De modo que se conclui ser tecnicamente reprovável sustentar qualquer resultado decorrente da alteração do sistema originalmente utilizado na licitação das obras, neste caso o Sicro 1.

110. Registre-se, por fim, que tal conclusão não invalida a adoção de ajustes pontuais nas composições de preço do Sicro 1 para melhorar, ainda mais, sua representatividade.

IV – Considerações finais

111. Nesse passo, faz-se necessário registrar que, para efeito ilustrativo, é possível ter uma interpretação complementar sobre os cálculos efetivados neste processo no que tange à utilização de BDI duplo.

112. Nos termos da análise inicial que subsidia este processo, optou-se por (peça 3, p. 4):

> *'(...) utilizar, para serviços de construção e conservação rodoviária, uma taxa única de BDI em todas as análises no valor de 33,18%, que corresponde à taxa de BDI do Sicro 1 para serviços de construção rodoviária (35,8%), descontado o percentual referente às despesas de mobilização e desmobilização (2,62%). Para os serviços de conservação rodoviária, mantivemos a taxa de BDI do Sicro 1, isto é, 40,5%.'*

113. A despeito de se ter utilizado dois BDIs na análise que embasou este processo, é natural no âmbito de obras rodoviárias empreendidas pelo DNIT que, para cada empreendimento, seja utilizado apenas um BDI de referência. Note-se que, no caso concreto, a contratação foi celebrada com BDI único (peça 7, p. 38).

114. Exceção a essa regra é possível quando se tem o fornecimento de materiais e equipamentos de natureza muito específica e de relevante materialidade no preço global do empreendimento, situação em que se evidencia a necessidade de dois BDIs (Acórdãos 2293/2010 – Relator, Ministro José Jorge, 1368/2010 – Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, 1479/2010 – Relator, Ministro André de Carvalho, todos do plenário).

115. Nesse passo, tendo como parâmetro balizador o Sicro 1, o BDI mais próprio para ser utilizado seria o BDI de obras de conservação (40,5%) em razão de a obra estar mais afeta a essa caracterização. Veja que se trata de obra emergencial, executada de dezembro de 1996 a novembro de 1997, cujo objeto contemplava serviços de recomposição de crateras (peça 7, p. 1 a 20), itens típicos de obras de conservação.

Resultado dos cálculos após os ajustes

116. Ao serem feitas as contas com as duas alterações dispostas retro, segue o resultado.

Tabela 5: Resultados

Valor original analisado do contrato (nov/1995)	*Preço de referência – Sicro 1 com alterações (nov/1995)*	*Superfaturamento (nov/1995)*
R$ 2.914.050,53	*R$ 2.736.284,68*	*R$ 177.765,85*

Fonte: peça 112.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

CONCLUSÃO

117. Esta instrução tem como objeto o Contrato PG 233/96, firmado entre o antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a empresa Planor Construções e Comércio Ltda., e visa a cumprir determinação constante de Despacho emitido, em 15/9/2016 (peça 109), pelo então Relator destes autos, Ministro José Múcio Monteiro.

118. Conforme o referido despacho, determinou-se que fosse procedida a reavaliação do orçamento de referência do Contrato PG 233/96 segundo o Sicro 2, de maneira a confirmar, ou não, o superfaturamento apontado nessa avença, calculado anteriormente com base no Sicro 1.

119. Essa demanda teve como origem tese então defendida no âmbito do voto que fundamentou o Acórdão 1.607/2015-TCU-Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler), segundo a qual para determinadas obras rodoviárias licitadas/contratadas sob a égide do Sicro 1 a metodologia de orçamentação do Sicro 2 poderia refletir melhor a situação vivenciada na execução dos serviços, no caso destes terem sido realizados durante a vigência desta versão do sistema de custos do DNIT.

120. Antes de calcular o novo orçamento da obra, apresentou-se uma contextualização sobre os sistemas de referência de obras rodoviárias. Nessa contextualização, registrou-se o entendimento desta unidade técnica pela improcedência de se utilizar o Sicro 2 como referência para orçamentação de obra planejada, contratada e executada durante a vigência do Sicro 1 (Exame Técnico – item I).

121. Para tanto, enfatizou-se a importância do atributo da temporalidade dos sistemas de referência, tendo como suporte decisões recentes desta Corte de Contas (Acórdãos 2.511/2015, 278/2008, 1.194/2018, 2.751/2018 e 1.624/2018, todos do Plenário). Ou seja, registrou-se que, de tempos em tempos, os sistemas de referência são alterados de modo para fazer frente às novas normas, avanços tecnológicos, contexto socioeconômico e outros. Nesse caso, como regra e de acordo com recentes decisões desta Corte de Contas, mostra-se adequado utilizar sistemas de referência que estejam vigentes na época em que ocorreram as fases de planejamento e contratação dos empreendimentos, garantindo tanto para o contratado quanto para a Administração a validade das premissas pactuadas na época da realização do negócio (Exame Técnico – itens I.1 e I.2).

122. Em acréscimo, apontaram-se diversas fragilidades originadas a partir do uso de sistemas de referências cuja vigência teve início em momento posterior à contratação e execução das obras a serem avaliadas. Em especial, apontaram-se fragilidades quanto à utilização de índices de retroação de custos de referência para corrigir valores orçados correspondentes a datas-bases que apresentam significativa diferença temporal em relação às datas-bases originalmente pactuadas em contrato. Registrou-se que este Tribunal já emitiu diversas decisões no sentido de que o emprego de índices de retroação para corrigir significativos lapsos temporais introduz grande imprecisão nos valores orçados (Acórdãos 1.317/2006, 278/2008, 2.127/2006, 1.667/2011 e 1.922/2011, todos do Plenário). Esse entendimento, inclusive, pode ser considerado uma jurisprudência já consolidada nesta Corte de Contas (Exame Técnico – itens I.3).

123. Considerando essa jurisprudência, e de forma a viabilizar o atendimento do Despacho de 15/9/2016, lançou-se mão nesta instrução da utilização do Sistema Sicro 2 em conjunto com os custos (insumos, equipamentos e mão de obra) da época da licitação que culminou na formalização do Contrato PG 233/96, quando vigia o Sicro 1. Denominou-se essa alternativa de sistema híbrido de orçamentação (Exame Técnico – itens I.4).

124. Registrou-se, contudo, que mesmo essa solução também padeceria do vício de se utilizar um sistema de referência cuja vigência se deu em período posterior à contratação das obras. Nesse caso, também haveria afronta ao entendimento desta Corte de Contas, explicitado em recentes decisões (Acórdãos 1.624/2018, 2.751/2018 e 1.194/2018, todos do Plenário) (Exame Técnico – itens I.4).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

125. Apresentadas essas ponderações, partiu-se para a análise do orçamento tendo como fundamento a utilização das CPUs do Sicro 2 alimentadas com custos (insumos, equipamentos e mão de obra) da época da contratação das obras (nov/1996), momento em que vigia o Sicro 1 (Exame Técnico – item II.1.1 e II.1.2).

126. Ademais, procederam-se algumas adaptações pontuais, como por exemplo a inclusão do percentual de adicional de mão de obra nas CPUs do Sicro 2, em atendimento à IS/DG 15/2006 - DNIT. Registre-se também que as premissas de cálculo já acatadas anteriormente pelo Tribunal no âmbito deste processo foram mantidas, quais sejam: substituição da brita produzida por brita comercial e adoção de BDI de 33,18% para os serviços de construção rodoviária e 40,5% para os serviços de conservação rodoviária (Exame Técnico – item II.1.3 e II.2).

127. Os cálculos apontaram para a ausência de superfaturamento no Contrato PG 233/96 tendo o Sicro 2 como referência, com o resultado de -R$ 153.736,39 (nov/1996). Ou seja, em vez de superfaturamento, as obras teriam sido executadas com preços inferiores aos praticados no mercado (Exame Técnico – item II.3).

128. Em uma análise crítica, ponderou-se que, afora as inúmeras considerações decorrentes da alteração de um sistema de referência para outro, a metodologia utilizada para se chegar ao resultado apontado no parágrafo anterior poderia abarcar outras interpretações com resultados díspares para o orçamento da obra (Exame Técnico – item III).

129. Nesse sentido e de modo exemplificativo, estimou-se a influência de duas alterações pontuais de interpretação da metodologia do Sicro 2.

130. Primeiro, os serviços de ECT foram alterados na sua forma de execução. Modificaram-se as patrulhas de equipamentos empregadas na realização dos serviços. Em vez de patrulhas com carregadeiras e trator de esteira, adotaram-se patrulhas com escavadeiras hidráulicas, seguindo ampla jurisprudência do TCU em relação a essa questão (Exame Técnico – item III.1).

131. Segundo, considerou-se que o insumo 'Caminhão basculante – Mercedes Benz 15 t' dos serviços 'Reforço do subleito' e 'Recomposição do revestimento primário' das composições do Sicro 2 estariam sendo considerados em duplicidade na orçamentação com Sistema Híbrido. Isso porque o orçamento do contrato já contempla, no grupo de serviços de pavimentação, um item específico para remunerar o emprego desse insumo, no caso o serviço 'Transporte em basculante' (Exame Técnico – item III.2).

132. Essas duas alterações pontuais, plenamente possíveis e exemplificativas, alterariam o resultado dos cálculos para -R$ 26.522,34, representando elevada variação no valor de referência da obra (Exame Técnico – item III.3).

133. Ao fim, reafirmou-se que a utilização de um sistema de referência diverso daquele vigente à época da licitação, contratação e execução das obras acarreta, em regra, a necessidade de se incorrer em inúmeras considerações, algumas delas de caráter subjetivo, conduzindo à fragilidade dos cálculos realizados. De outra forma, na falta de dados necessários para o recálculo de uma obra segundo um novo sistema de referência, são feitas inferências naturalmente frágeis, as quais podem ser facilmente alteradas prejudicando a representatividade da análise do orçamento. Considerou-se prova dessa assertiva, os inúmeros resultados possíveis de serem alcançados apenas com mudanças pequenas de concepção do orçamento (Exame Técnico – item III.3).

134. Esses fatos demonstram a improcedência do recálculo de qualquer obra segundo sistema de referência distinto do originalmente utilizado na contratação do empreendimento. Tal conclusão, contudo, não invalida a adoção de ajustes pontuais nas composições de preço do Sicro 1 para melhorar, ainda mais, sua representatividade.

135. Para efeito ilustrativo, apontou-se a possibilidade da adoção de apenas um BDI para a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

obra, situação em que os cálculos culminariam no superfaturamento de R$ 177.765,85 (nov/1995) tendo o Sicro 1 como referência, valor díspare dos R$ 298.297,29 encontrados nos cálculos iniciais deste processo.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

136. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior com parecer no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1, por absoluta carência técnica para fundamentar a adoção de qualquer resultado que se possa obter por meio do recálculo segundo o Sicro 2."

7. Por fim, o Ministério Público (peça 127) manifestou-se de acordo com as conclusões da SeinfraRodoviaAviação a respeito do valor do débito, além de reiterar seus posicionamentos apresentados anteriormente, nestes termos:

"*Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, que apreciou relatório de auditoria realizada pela Secex-MA em diversos processos de dispensa de licitação conduzidos entre 1995 e 2001 pelo então denominado 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER), para contratação de obras de construção, restauração e conservação rodoviária no Maranhão (TC-005.741/2002-0).*

2. Estes autos tratam especificamente da ocorrência de sobrepreço em faturas liquidadas e pagas no âmbito do Contrato PG n.º 233/96, cujo objeto consistia em serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal da BR-226/MA, do entroncamento BR-316/343, divisas PI/MA e MA/TO, ao entroncamento MA275.

3. Cumpre assinalar que em nosso último parecer (peça 108) trouxemos aos autos mudança no entendimento acerca de questões preliminares e meritórias afetas ao presente feito, de modo que as considerações ali lançadas substituíram a manifestação anterior, emitida quanto aos encaminhamentos alvitrados pela Secex-MA às peças 81/82 (peça 88).

4. Naquela oportunidade, concluímos que, em razão do longo tempo transcorrido entre os atos inquinados e a citação dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda., houve prejuízo ao pleno exercício da defesa por parte desses responsáveis, razão pela qual propusemos que as respectivas contas fossem arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU. Relativamente aos demais gestores arrolados nesta TCE – Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento –, embora tenha sido identificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva fundamentada nos termos do Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, considerando que foram chamados em audiência em 2002, entendemos que continuavam a responder pelo débito.

5. Relativamente à apuração do dano, foi proposto, em nosso último parecer (peça 108), o envio dos autos à Unidade Técnica para a realização de análises complementares, tendo em vista que o Relator deste processo à época, Ministro José Múcio Monteiro, havia acolhido proposição formulada por membro do MPTCU em outra tomada de contas especial originária do TC-005.741/2002-0 (TC-041.554/2012-4) para rever a metodologia de quantificação do prejuízo, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naqueles autos. Assim, por medida de justiça, consideramos necessário adotar, no presente caso, o mesmo procedimento.

6. Tendo em vista que a proposta de possível revisão do débito com base em diferente metodologia de apuração foi aceita pelo Ministro Relator (peça 109), os autos foram encaminhados à SeinfraRodovias (atualmente, SeinfraRodoviaAviação), que realizou nova análise do processo (peças 116-118), considerando, desta vez, a 'reavaliação do orçamento de referência do Contrato PG 233/96

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

segundo o Sicro 2, de maneira a confirmar, ou não, o superfaturamento apontado nessa avença, calculado anteriormente com base no Sicro 1' (peça 116, p. 21).

7. Em que pese ter efetuado os cálculos segundo as premissas da nova metodologia suscitada em nosso último parecer, a Unidade Técnica consignou expressa divergência quanto à adoção desse caminho, e concluiu pela manutenção do 'cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1, por absoluta carência técnica para fundamentar a adoção de qualquer resultado que se possa obter por meio do recálculo segundo o Sicro 2' (peça 116, p. 23).

8. Retornando os autos a este Parquet, no aguardo de nova manifestação, foi acostado ao processo pelo Senhor Francisco Augusto Pereira Desideri memorial em que esse responsável, revel na fase de citação, apresenta extenso arrazoado sobre diversos aspectos da contratação, inclusive acerca do sistema de custos de referência, além de questões jurídicas afetas à repercussão geral acolhida recentemente pelo STF no tema 899 (peça 123, p. 14). Faz, ao final, pedido de 'reconhecimento da prescrição com base no inciso II do art. 6.º da IN/TCU Nº 71 e/ou pelas razões expostas na prescritibilidade de eventuais danos oriundos do Contrato PG-233/96, em analogia ao entendimento ofertado pela Corte Suprema no julgamento do RE. 852475/SP' (peça 123, p. 39-40).

9. Feita essa breve contextualização dos autos, temos por devido examinar preliminarmente a questão da prescrição, em razão da repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). A decisão desse julgamento foi publicada em 20/4/2020, enunciando-se a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas'.

10. Diante deste novo cenário, deve ser analisada a arguição da matéria suscitada pelo Senhor Francisco Augusto Pereira Desideri em memorial acostado ao processo, levando-se em consideração o recente pronunciamento do STF, com o fim de verificar a aplicação, à hipótese dos autos, do novo entendimento firmado sobre o sentido e o alcance do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal. Mesmo que se tenha como devida a manutenção da proposta do último parecer quanto a esse responsável (peça 108) – arquivar suas contas, sem julgamento de mérito, por restar caracterizado prejuízo à ampla defesa –, a qual independe desse exame, e ainda que ele não tivesse levantado a discussão, trata-se de questão objetiva e de ordem pública, portanto, passível de ser reconhecida independentemente de provocação da parte.

Prescritibilidade da pretensão reparatória fundada em decisão do Tribunal de Contas

11. Como mencionado, a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). Por ocasião do julgamento do RE, foi fixado o entendimento de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas'.

12. Para melhor compreensão do alcance dessa tese, cumpre transcrever trecho do voto condutor daquele julgamento, da lavra do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

'Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível.'

13. Não resta dúvida, portanto, que o STF sedimentou o entendimento de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em decisões do TCU, excepcionando apenas aquelas ações que configurem atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei n.º 8.429/92.

14. Impende salientar que o instituto da repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, os processos idênticos sejam atingidos. No regime da repercussão geral introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o STF divulga previamente a conclusão sobre a questão constitucional controversa exatamente para possibilitar sua utilização imediata como orientação aos demais órgãos julgadores, sendo certo que esse efeito erga omnes também atinge o TCU na apreciação das matérias de sua competência.

*15. Não se olvide ainda do entendimento consolidado da Suprema Corte no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o **julgamento imediato** de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do 'leading case' (ARE 673.256-AgR, rel. Min. Rosa Weber; ARE 930.647-AgR/PR, rel. Min. Roberto Barroso; RE 611.683-AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros).*

16. Adicionalmente, deve ser considerado que a prescrição e a decadência são matérias de ordem pública que podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição e, inclusive, ser reconhecidas de ofício pelo julgador, o que nos leva à convicção de que o novo entendimento veiculado pelo RE 636.886 (tema 899) tem aplicação imediata a todos os processos em curso no TCU, independentemente da época da ocorrência dos fatos.

Prescritibilidade das pretensões reparatória e executória

17. Embora a controvérsia dirimida no RE 636.886 tenha sido circunscrita à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de acertamento, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus reflexos também no que diz respeito à prescrição reparatória.

18. Observa-se que, para resolver a lide, o STF concluiu que a ressalva constante da parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal ('ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento') não criou uma hipótese de imprescritibilidade apta a alcançar as decisões dos Tribunais de Contas. É o que se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

'A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS [expressão excluída por emenda do Plenário quando da apresentação do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização], teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.'

19. Ocorre que, no âmbito do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5.º, da CF, era a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade tanto na fase condenatória como no curso da execução dos títulos extrajudiciais consubstanciados nos seus acórdãos.

20. Nesse diapasão, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta das razões de decidir utilizadas na paradigmática decisão da Corte Suprema, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

Regras prescricionais aplicáveis

21. Na situação específica do RE 636.886, que tratou da prescrição da pretensão ressarcitória na fase de execução de julgado do TCU, o STF aplicou as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional).

22. As regras da Lei de Execução Fiscal, no entanto, não se prestam a disciplinar a prescrição da pretensão reparatória do TCU na fase anterior à formação do respectivo título executivo extrajudicial consubstanciado em seu acórdão condenatório.

23. Ocorre que não há norma legal específica que discipline a prescrição no processo de controle externo, o que faz necessária a utilização da analogia para suprir essa lacuna, buscando-se um sistema normativo já existente que seja mais compatível com as atividades de identificação de dano e de imputação de responsabilidades levadas a efeito pelo TCU.

24. Aqui defendemos que deva ser aplicado o mesmo marco normativo prescricional tanto para a pretensão punitiva do Tribunal quanto para a sua pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Isso se justifica na medida em que o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao Tribunal de Contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, independentemente do desfecho do processo (imputação de débito ou aplicação de sanções). Ademais, sob a perspectiva do tempo como vetor da segurança jurídica e da própria prescrição como elemento indissociável do devido processo legal, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa do responsável. E sua defesa normalmente se refere a fatos em relação aos quais teve participação ou conhecimento, independentemente de, após a apuração, as consequências de sua responsabilidade se situarem no âmbito do ressarcimento ou da sanção.

25. Cabe pontuar que houve ampla discussão acerca da prescrição da pretensão punitiva no Tribunal, que culminou com a adoção do prazo de dez anos do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário), em detrimento do regime de prescrição quinquenal da Lei n.º 9.873/1999, o qual então nos parecia mais adequado, conforme expusemos detalhadamente em manifestação exarada nos autos do TC 020.635/2004-9.

26. Naquela oportunidade, já não vislumbrávamos fundamentos jurídicos sólidos para a adoção do Código Civil como referencial analógico a ser utilizado pelo Tribunal de Contas da União em matéria de prescrição, senão apenas uma aparente escolha conservadora pelo prazo mais dilatado para o exercício da jurisdição de Controle Externo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

27. Parecia-nos que a opção pelo prazo prescricional quinquenal previsto na Lei n.º 9.873/1999 era a mais consentânea com a atuação estatal de Controle Externo, por dispor expressamente sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, como também por prever o lustro como o prazo para o perecimento do direito de agir da Administração Pública.

28. Com efeito, embora o controle externo não seja exercido com respaldo no poder de polícia mencionado no art. 1.º do diploma legal supra, a atuação punitiva de ambos apresenta mais similaridades do que diferenças, autorizando o uso da analogia. Uma das semelhanças é a inexistência de partes em ambos os processos administrativos, tanto o punitivo derivado do poder de polícia quanto aquele exercido pelo TCU, nos quais, também, o órgão estatal exerce independentemente de provocação de outrem o direito de perseguir e de punir (jus persequendi e jus puniendi), aproximando as duas esferas de atuação sobremaneira.

29. Ademais, observávamos que a Lei n.º 9.873/1999 disciplinava a prescrição em sua integralidade, estabelecendo um prazo geral de 5 anos, incidente sobre todo e qualquer fato que enseja a pretensão punitiva da União, com disposições sobre termo inicial de contagem do prazo, interrupção e suspensão.

30. Também a previsão da prescrição intercorrente no prazo de 3 (três) anos (art. 1.º, § 1.º, da lei) se afigura medida harmônica com o exercício do Controle Externo, como forma de evitar que a inércia e morosidade do Poder Público se estendam indefinidamente, constituindo importante instrumento de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, que recomendava a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

31. De todo modo, o Tribunal perfilhou entendimento diverso, tendo uniformizado sua jurisprudência quanto à prescrição da pretensão punitiva com a adoção do prazo decenal geral do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário).

32. No entanto, entendemos que, com o recente reconhecimento da prescritibilidade do débito pelo STF, faz-se necessário revisitar toda a matéria.

33. Em situações que versavam sobre sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário. Houve decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que a pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei n.º 9.873/1999 (1.ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2.ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

34. A matéria foi objeto de detalhada análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-Plenário, o STF manifestou-se em sentido diverso, nos termos da seguinte ementa:

'Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...).'

35. O critério utilizado pelo STF no exame da prescrição punitiva pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

36. Cabe destacar que o prazo de cinco anos fixado na Lei n.º 9.873/1999 é compatível com a diretriz de que a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886).

37. Ressalte-se, ainda, que, na ausência de norma em contrário, o princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto n.º 20.910/1932.

38. Além disso, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

39. No que toca às causas interruptivas, vale ressaltar que, nos julgamentos dos Mandados de Segurança 32.201 e 36.067, o Supremo Tribunal Federal descortinou diversos procedimentos de controle que se enquadrariam analogicamente às hipóteses previstas no art. 2.º da Lei n.º 9.873/99, a exemplo de lavratura de relatório de auditoria, certamente um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), instauração de tomada de contas especial, também um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), autuação da TCE no Tribunal, do mesmo modo (art. 2.º, II), citação do responsável (art. 2.º, I), e exercício do poder punitivo por meio da prolação de acórdão condenatório (art. 2.º, III).

40. Por fim, cumpre transcrever trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 636.886, em que justifica a adoção supletiva do art. 1.º da Lei n.º 9873/99 para o deslinde da questão:

'Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, mutatis mutandis, como poder de polícia administrativa lato sensu, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.'

41. Isto posto, até que sobrevenha norma específica, entendemos que a adoção do regime previsto na Lei n.º 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

Exame da prescrição

A) <u>Histórico da Tomada de Contas Especial</u>

42. O Contrato PG 233/96 (peça 9, p. 20-23), firmado em 17/12/1996, objetivou a prestação de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA. Para a execução da obra, o 15.º DRF/DNER contratou a empresa Planor Construções e Comércio Ltda., pelo valor total de R$ 2.914.050,53 (nov/1996 – peça 114, p. 1).

43. As obras foram executadas entre dezembro de 1996 e novembro de 1997, tendo sido recebidas mediante termo datado de 7/7/1998 e assinado por servidores da administração contratante, bem como por preposto da empreiteira (peça 10, p. 13-16 e 28-29).

44. Em março de 2002, com fundamento no item 8.1 da Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário, a então Secex/MA realizou a Fiscalização 35/2002, tendo como objeto diversos contratos firmados pelo então 15.º DRF/DNER para execução de obras de restauração e conservação rodoviária no estado do Maranhão. Nessa ação de controle, especificamente em relação ao Contrato PG-233/96,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

verificou-se a ocorrência de indícios de superfaturamento, estimados, à época, em R$ 710.397,65 (nov/1996 – peça 10, p. 30 e peça 11).

45. Em julho de 2005, os autos foram encaminhados à então Secretaria de Obras (Secob) para exame da matéria. Em dezembro de 2006, a Unidade Técnica finalizou suas análises, culminando na emissão de parecer em que confirmou a ocorrência de superfaturamento em diversos ajustes. No que diz respeito ao Contrato PG-233/96, reduziu o valor excedente apurado inicialmente para R$ 298.297,29 (nov/1996), que corresponde a 11,4 % do valor total do ajuste.

46. A Secex/MA elaborou, em 6/9/2007, uma nova instrução, na qual propôs a autuação de diversos processos de TCE, inclusive em relação ao Contrato PG-233/96. Ademais, sugeriu o retorno dos autos à Secob para análises complementares a respeito de questões relativas a alguns dos contratos em exame, não estando entre estes o ajuste objeto desta TCE.

47. Em 16/4/2009, a Secob emitiu novo parecer com restituição dos autos à Secex/MA para ajustes na sua instrução, que não tinham relação com as questões referentes ao Contrato PG-233/96.

48. Depois da derradeira manifestação da Secex/MA, de 14/7/2009, bem como de parecer do Ministério Público Junto ao TCU, de 2/12/2009, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro, determinou a conversão do TC 005.741/2002-0 em onze apartados de Tomada de Contas Especial, dentre os quais consta o presente processo.

49. Neste TC 041.556/2012-7, e após a prolação do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, foram feitas as citações dos responsáveis (peças 18 a 24), cujos avisos de recebimento datam de abril de 2013 (peças 26, 27, 30, 33, 39 e 40). Em 1/10/2014, transcorrido longo ciclo de comunicações, a Secex/MA emitiu instrução de mérito.

50. Todavia, em despacho de 17/3/2015, o Ministro José Múcio Monteiro ordenou que este processo de TCE voltasse à origem para exame, devido à apresentação de novos elementos, subscritos pelo representante legal do Senhor Wolney Wagner de Siqueira.

51. Efetuadas novas análises do processo pela Secex/MA em 11/6/2015, este Ministério Público manifestou-se sobre os autos em 5/9/2016, oportunidade em que propugnou pela exclusão de responsáveis no processo, e também pela necessidade de recálculo do débito, conforme as razões já discorridas no início deste parecer.

52. Atendendo à proposta deste Parquet, o então Ministro Relator José Múcio Monteiro, em despacho de 15/9/2016, determinou o retorno dos autos à Unidade Técnica para novo pronunciamento, com vistas à reavaliação do valor do débito, à luz das considerações então trazidas pelo MP/TCU.

B) <u>Exame da prescrição no caso concreto</u>

53. Quanto à prescrição, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1.º, caput), e um prazo especial, previsto no art. 1.º, § 2.º, a saber: 'quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal'. Com relação a essa particular hipótese, registre-se o entendimento do STJ no sentido de que a pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal (REsp 1116477/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012). Como não há notícia nos autos sobre a instauração de ação penal que verse sobre os fatos objeto desta TCE, cumpre-nos adotar o prazo geral quinquenal para a análise da prescrição no caso concreto.

*54. Consoante a regra contida no art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999, o termo inicial para contagem do prazo prescricional deve ser fixado no momento em que foi praticado o ato irregular, que, no caso do superfaturamento em tela, por se constituir infração continuada, entendemos ser a data do último pagamento efetuado no âmbito do Contrato PG-233/96, em **12/3/1999** (peça 11, p. 10).*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

55. A primeira ação fiscalizatória sobre o objeto desta TCE se deu em 5/9/2001, já no âmbito do controle externo, quando foi prolatada a Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário, que autorizou a realização de auditoria em diversos contratos de obras rodoviárias no Estado do Maranhão.

56. A partir dessa deliberação, e já iniciado o transcurso do prazo de prescrição quinquenal em 12/3/1999, observa-se a superveniência de alguns marcos temporais que, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 9.873/1999, interromperam essa contagem – notificação/citação dos acusados (inciso I); ato inequívoco que importe apuração do fato (inciso II); decisão condenatória recorrível (inciso III); ou qualquer expediente que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal (inciso IV) –, a saber (todas as referências seguintes foram extraídas do TC 005.741/2002-0):

*i) **4/3/2002** – início da auditoria, em cumprimento à Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário (peça 2, p. 2) – inciso II;*

*ii) **18/6/2002** – despacho do Ministro Relator que autoriza a realização das audiências propostas pela Unidade Técnica e respectivas comunicações (peça 4, p. 5) – inciso I;*

*iii) **22/3/2005** – despacho do Ministro Relator para manifestação do MP/TCU (peça 5, p. 48), logo após período de exame das razões de justificativa pela Unidade Técnica, com extenso número de ajustes e responsáveis envolvidos na ação de controle, cuja etapa de análise finalizou em 16/3/2005 (peça 99, p. 17) – inciso II;*

*iv) **15/7/2005** – emissão de parecer pelo Parquet nos autos (peça 5, p. 53) – inciso II;*

*v) **21/7/2005** – despacho do Ministro Relator em que encaminha os autos à então Secob para manifestação (peça 99, p. 18) – inciso II;*

*vi) **14/12/2006** – instrução da Secob, com confirmação da ocorrência de superfaturamento (peça 100, p. 30) – inciso II;*

*vii) **12/11/2007** – emissão de parecer do Secretário após instrução da Secex-MA, em que foi proposta a autuação de diversas tomadas de contas especiais, inclusive para o Contrato PG-233/96 (peça 118, p. 3) – inciso II.*

*57. Depois desse trâmite, houve ainda novas atuações das unidades técnicas então envolvidas no saneamento dos autos (Secex-MA e Secob), porém, sem que a discussão adentrasse o Contrato PG-233/96, que só voltou a ser objeto de considerações finais em derradeira manifestação da Secex-MA, de **5/10/2009** (peça 120, p. 59), oportunidade em que esteve presente na proposta de encaminhamento a criação de apartados para a instauração de TCE específica para cada contrato com indícios de dano no âmbito do TC 005.741/2002-0 (inciso II). Em continuidade ao deslinde processual, novos marcos interruptivos da prescrição se mostraram presentes:*

*i) **2/12/2009** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 120, p. 62, do TC 005.741/2002-0) – inciso II;*

*ii) **9/11/2011** – prolatado o Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, que, entre outras medidas, determinou a criação de apartados de tomadas de contas especiais para os contratos relacionados na deliberação – inciso III;*

*iii) **abril de 2013** – avisos de recebimento dos ofícios de citação dos responsáveis (peças 26, 27, 30, 33, 39 e 40 do TC 041.556/2012-7) – inciso I;*

*iv) **28/10/2014** – instrução de mérito da Secex-MA com análise das alegações de defesa apresentadas (peças 81 e 82 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;*

*v) **22/1/2015** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 88 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;*

*vi) **17/3/2015** – despacho do Ministro Relator em que requer exame de novos elementos apresentados por responsável (peça 90 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;*

*vii) **28/7/2015** – instrução da Secex-MA de exame dos novos elementos apresentados por responsável (peças 104 a 106 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;*

*viii) **5/9/2016** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 108 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

*x) **23/3/2020** – instrução da Unidade Técnica para cumprimento do despacho do Ministro Relator à peça 109 dos autos (peças 116 a 118 do TC 041.556/2012-7) – inciso II.*

47. Feito esse retrospecto, e não obstante tratar-se de convênio firmado e executado há mais de vinte anos, entendemos que não houve a ocorrência da prescrição quinquenal que pudesse inviabilizar o julgamento desta TCE pelo Tribunal, dada a prática de atos interruptivos previstos na legislação de referência ao longo do desenvolvimento processual.

Análise de Mérito

48. Vencida a preliminar e diante da conclusão de que não houve, nestes autos, a superação do prazo prescricional previsto na Lei n.º 9.873/1999, passa-se à análise do mérito desta TCE, levando-se em conta a manifestação técnica da SeinfraRodoviaAviação, emitida nos autos às peças 116 a 118.

49. De início, reiteramos, em linhas gerais, a proposta consignada em parecer precedente (peça 108) quanto à responsabilização neste processo: tendo em vista o decurso de prazo superior a dez anos entre os atos inquinados e a citação dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda., configurou-se prejuízo ao pleno exercício da defesa e contraditório, razão pela qual propusemos que as respectivas contas fossem arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.

50. Por outro lado, mantida a responsabilidade dos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento, e considerando a tese ora defendida quanto à prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva, divergimos do afastamento da aplicação de multa a esses gestores com base no Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, anteriormente aventada. Isso porque, pela Lei n.º 9.873/1999, o prazo prescricional não foi alcançado, permanecendo, assim, os fundamentos não apenas para a obrigação de recompor o erário, como também para a aplicação da multa fundamentada no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

51. Outrossim, da manutenção da solidariedade aos responsáveis remanescentes, antes citados, cabe rever, nesta oportunidade, o caso do Senhor José Ribamar Tavares, relativamente às penalidades a ele dirigidas, uma vez que há notícia nos autos de seu falecimento, ocorrido em 9/6/2015, conforme registro presente no Sisobi (peça 126).

52. Consoante o disposto nos incisos XLV, primeira parte, e XLVI, caput, do artigo 5.º, da CF/88, a punição é individualizada e tem caráter personalíssimo, não podendo, pois, passar da pessoa do apenado. Portanto, diante da notícia do seu falecimento, a aplicação de multa ao Senhor José Ribamar Tavares deve ser, de imediato, excluída da proposta de mérito desta TCE. Ademais, mantido o débito, ainda que permaneça a obrigação de ressarcimento ao erário pelos seus sucessores, entendemos não ser oportuno realizar a citação do espólio nesta fase processual, uma vez que já se passaram mais de vinte anos desde a execução da avença em tela, o que claramente configura prejuízo à ampla defesa e ao contraditório aos seus representantes – que seriam chamados aos autos pela primeira vez neste momento –, a inviabilizar a aplicação do instituto da solidariedade nessas circunstâncias. Nada obsta, porém, o julgamento pela irregularidade das contas desse responsável, uma vez confirmado o dano apurado.

53. Feitas essas considerações inicias, passamos a enfrentar a questão central que justificou o retorno do processo à Unidade Técnica nesta última feita: a realização de exame complementar para aplicar nova metodologia de cálculo do superfaturamento no Contrato PG n.º 233/96, tendo em vista o emprego das suas premissas na identificação do débito em outra TCE originária do TC-005.741/2002-0 (TC-041.554/2012-4), que possui objeto similar ao deste processo.

54. Tal demanda foi sugerida por este Parquet em última manifestação nos autos (peça 108), considerando a tese defendida no voto que acompanha o Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

(Relator: Ministro Benjamin Zymler), e objetivou uniformizar o tratamento concedido a ajustes que, a nosso ver, em primeira avaliação, estavam submetidos a um mesmo contexto e possuíam particularidades semelhantes. Na deliberação mencionada, para o cálculo do superfaturamento, admitiu-se que em determinadas obras rodoviárias, ainda que licitadas e contratadas sob a égide do Sicro 1, os parâmetros de orçamentação do Sicro 2 refletiriam melhor a realidade dos serviços na prática, quando a execução tiver sido realizada sob sua vigência.

55. Em pareceres uniformes, a SeinfraRodoviaAviação foi enfática ao rejeitar o emprego da nova metodologia suscitada, utilizando-se das composições de custo unitário do Sicro 2 na análise de preços desta TCE, cujas obras foram não apenas contratadas, como também executadas quando ainda se encontrava vigente o sistema precursor, o Sicro 1.

56. Em sua avaliação, a Unidade Técnica enumera diversos aspectos que concorreriam para estabelecer fragilidades no resultado final da análise de preços a partir da mudança pretendida.

57. Nessa linha, aduz que os sistemas de referência de custos de obras mantêm a tônica da temporalidade – o que encontra fundamento, inclusive, em decisões recentes desta Corte de Contas (Acórdãos n.ºs 2.511/2015, 278/2008, 1.194/2018, 2.751/2018 e 1.624/2018, todos do Plenário) –, sendo que a metodologia sugerida não atende a esse parâmetro: a obra foi planejada, contratada e executada na vigência do Sicro 1 e foi realizada antes da constatação de que o sistema necessitava de ajustes face a novas tecnologias, o que só ocorreu em 1998. A primeira versão do Sicro 2 (outubro/2000) só foi disponibilizada mais de quatro anos depois de o Contrato PG 233/96 ter sido formalizado e dois anos depois de as obras terem sido concluídas.

58. Acrescenta que a utilização de diferentes edições dos sistemas referenciais, em especial do Sicro, para realizar a orçamentação de uma mesma obra, proporciona invariavelmente a obtenção de valores não coincidentes, até mesmo com significativas diferenças, o que conduz a situações de insegurança jurídica tanto para Administração quanto para os jurisdicionados, por não possibilitar uma definição precisa do valor de referência.

59. Sobre isso, a Unidade Técnica ressalta que Sicro 1 e Sicro 2 possuem arquiteturas diferentes, cujas concepções distintas podem distorcer os resultados quando se tenta passar de um sistema de referência a outro, a começar pela dificuldade inicial que se apresenta na escolha do tipo de composição de preço a ser utilizada, considerando os grandes grupos de orçamentação desses dois bancos de custos (peça 116, p. 10). Há também diferença entre eles, por exemplo, quanto ao cálculo do custo improdutivo dos equipamentos, que no Sicro 1, contempla tanto a depreciação como a mão de obra, enquanto no Sicro 2, é considerada somente a mão de obra (peça 116, p. 10).

60. Não obstante sua posição divergente, com vistas a atender à demanda submetida, a Unidade Técnica realizou reanálise dos preços dos serviços executados nas obras, utilizando-se das composições do Sicro 2 em conjunto com os custos (insumos, equipamentos e mão de obra) da época da licitação que antecedeu o Contrato PG 233/96, quando vigia o Sicro 1, alternativa metodológica que denominou 'sistema híbrido de orçamentação'.

61. Ainda que a sistemática do 'sistema híbrido de orçamentação' tenha mais confiabilidade que aquela consistente na retroação de valores orçados em datas-bases com significativo lapso temporal entre elas – utilizada pela empresa em suas alegações de defesa e alternativa metodológica prontamente rechaçada pela SeinfraRodoviaAviação –, foi também objeto de contestação no parecer. Nesse sentido, argumentou que tal metodologia, além de não observar o atributo da temporalidade, 'vai depender sempre de adaptações e inferências ou considerações que inequivocamente culminarão em fragilidades nos cálculos' (peça 116, p. 9). Reforça esse entendimento com a orientação sinalizada pelo Dnit recentemente, a partir da implantação do Novo Sicro em 2017, em substituição ao Sicro 2, que assim dispõe (peça 116, p. 9):

> *'É imprescindível destacar que os novos orçamentos a serem elaborados, a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, **não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes**, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de ocorrência de graves distorções em função dos **tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas**.' (grifos nossos)*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

62. No emprego da metodologia híbrida, a Unidade Técnica procedeu a algumas adaptações pontuais, como por exemplo a inclusão do percentual de adicional de mão de obra nas CPUs do Sicro 2, em atendimento à IS/DG 15/2006 – DNIT. Outrossim, foram mantidas as premissas de cálculo já acatadas pelo Tribunal no âmbito deste processo. Adicionalmente e com o intuito de demonstrar a fragilidade dos cálculos, a Seinfra ainda ponderou que a sistemática adotada poderia abarcar outras interpretações com resultados díspares para o orçamento da obra, de modo que, para exemplificar, estimou a influência de duas alterações pontuais dessa natureza. Chegou, assim, aos seguintes resultados, comparativamente àquele obtido pelos cálculos anteriores no processo (peça 116, p. 19):

Valor original do contrato (nov/1996)	*Análise da ocorrência de superfaturamento*		
	Sistema	*Preço de referência (nov/1996)*	*Superfaturamento (nov/1996)*
R$ 2.914.050,53	***Sicro 1***	*R$ 2.615.753,24*	***R$ 298.297,29***
R$ 2.914.050,53	***Sicro 2 sem ajuste****	*R$ 3.067.786,92*	***R$ -153.736,39***
R$ 2.914.050,53	***Sicro 2 com ajuste*** **	*R$ 2.940.572,88*	***R$ -26.522,34***

** Uso de composições de custo do Sicro 2 que mais se aproximam daquelas encontradas no Sicro 1;*
*** Contempla a incorporação de novas tecnologias de execução dos serviços previstas no Sicro 2: troca de patrulhas com carregadeira e trator de esteira por patrulha com escavadeira nas CPUs de ECT, e a exclusão do caminhão basculante nas CPUs de 'Reforço do subleito' e 'Recomposição do revestimento primário'.*

63. A Unidade Técnica aponta que os ajustes realizados empregando a mesma base de custos (Sicro 2) – e adotados a partir da possibilidade de incorporação de novas metodologias de execução de serviços ao orçamento, conforme pressuposto contido no Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário – evidencia a significativa variação que podem ensejar no resultado dos cálculos, com prejuízo à confiabilidade dos valores finais, 'acarretando insegurança quanto aos novos preços de referência orçados' (peça 116, p. 19). Acrescenta que tais ajustes foram exemplificativos e que outros poderiam ser justificáveis e, talvez, levar a um novo e imprevisível resultado, inclusive com possível acréscimo do superfaturamento (peça 116, p. 20). Com efeito, traz a seguinte conclusão (peça 116, p. 23):

> *'Ao fim, reafirmou-se que a utilização de um sistema de referência diverso daquele vigente à época da licitação, contratação e execução das obras acarreta, em regra, a necessidade de se incorrer em inúmeras considerações, algumas delas de caráter subjetivo, conduzindo à fragilidade dos cálculos realizados. De outra forma, na falta de dados necessários para o recálculo de uma obra segundo um novo sistema de referência, são feitas inferências naturalmente frágeis, as quais podem ser facilmente alteradas prejudicando a representatividade da análise do orçamento. Considerou-se prova dessa assertiva, os inúmeros resultados possíveis de serem alcançados apenas com mudanças pequenas de concepção do orçamento (Exame Técnico – item III.3).'*

64. Não obstante tais considerações, aplicáveis ao emprego do Sicro 2 como base referencial, a Unidade Técnica registrou, para fins ilustrativos, reparo pontual nos cálculos que têm como base o Sicro 1, com a utilização de apenas um BDI para as composições, de modo a melhorar, ainda mais, sua representatividade. Tal medida levou à redução do superfaturamento até então identificado, conforme dados abaixo (peça 116, p. 21):

Valor original analisado do contrato (nov/1995)	*Preço de referência – Sicro 1 com alterações (nov/1995)*	*Superfaturamento (nov/1995)*
R$ 2.914.050,53	*R$ 2.736.284,6*	*R$ 177.765,85*

65. Mesmo que a Unidade Técnica tenha efetuado o reparo acima com a finalidade apenas de ilustrar uma melhoria possível em relação aos cálculos anteriores de superfaturamento, ou ainda que as premissas quanto ao emprego de BDI diferenciados para o valor referencial já tenham sido acolhidas pelo Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, nada obsta que esse ajuste seja acatado nesta oportunidade, uma vez que tecnicamente justificável (peça 116, p. 20).

66. Outrossim, diante da minuciosa análise técnica empreendida pela Seinfra, bem como sua detalhada contextualização sobre os sistemas de preços de obras, em especial, do Sicro 1 e 2, temos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.

como devido rever a aplicação da tese defendida no Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário a este caso concreto. Assim, acompanhamos a conclusão da Unidade Técnica no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1.

67. De fato, na avença em tela, as obras previstas foram executadas entre dezembro de 1996 e novembro de 1997, antes, portanto, de que o próprio Dnit indicasse a necessidade de atualização do seu banco de custos. Esse contexto não comporta, assim, relevante premissa considerada naquela deliberação, que justificou a utilização de composições de custo do Sicro 2 para fins de cálculo do superfaturamento: a execução dos serviços no caso enfrentado se deu em sua maior parte sob a vigência desse sistema, de modo que seus parâmetros melhor refletiam a realidade tecnológica do momento.

68. Por fim, dado o período de execução do Contrato PG 233/96 e a inaplicabilidade da tese empregada no TC-041.554/2012-4, convém registrar que eventual adoção de novas tecnologias que poderiam justificar a alteração do sistema de referência não pode ser presumida, especialmente quando as obras foram licitadas, contratadas e executadas antes da vigência do novo referencial, como é o caso. Assim, caberia aos responsáveis trazer aos autos elementos que confirmassem a antecipação do uso desses equipamentos e materiais mais avançados no período que antecede seu emprego como padrão metodológico dentro de um banco de custos. Devidamente demonstrada essa situação, não vemos impedimento para estabelecer ajustes nesse sentido. Porém, até o momento, a análise da Unidade Técnica deve prevalecer para o presente encaminhamento de mérito do processo.

69. Diante de todo o exposto, considerando a proposta contida na instrução à peça 104 dos autos, esta representante do Ministério Público se manifesta:

I) em razão do prejuízo ao pleno exercício da defesa dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda., pelo arquivamento das contas desses responsáveis, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU;

II) pela responsabilidade dos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento pelo superfaturamento na execução do Contrato PG n.º 233/96, não tendo sido verificada a prescrição das pretensões ressarcitória e punitiva no presente caso, nos termos da Lei n.º 9.873/1999;

III) em decorrência do óbito do Senhor José Ribamar Tavares e persistindo sua responsabilidade pelo dano, por julgar-lhe irregulares as contas, sem, contudo, aplicar-lhe a multa fundamentada no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992, mostrando-se inoportuna, na atual fase dos autos, a citação do espólio;

IV) de acordo com a conclusão uniforme da SeinfraRodoviaAviação em pareceres às peças 116/118 dos autos, no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96 segundo método de orçamentação realizado, exclusivamente, com base no Sicro 1, considerando o ajuste no cálculo para incorporar a incidência de BDI único de referência, de modo a alcançar o valor total de R$ 177.765,85 (peça 116, p. 21)."

É o Relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71644937.