

VOTO

Em análise, recurso de reconsideração interposto pela Construtora Sucesso S.A. (peças 57 e 79) contra o Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU julgou irregulares as suas contas, condenou-a, em solidariedade com os gestores José Ribamar Tavares (falecido) e José Orlando Sá de Araújo, ao pagamento do débito de R\$ 520.268,96, em valores históricos, e aplicou-lhe multa de R\$ 20.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei Orgânica.

2. A presente tomada de contas especial (TCE) decorre da conversão de representação do Ministério Público Federal (TC 004.034/2001-5), em que se avalia indícios de sobrepreço e superfaturamento no Contrato PG-078/96, celebrado entre o 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e a Construtora Sucesso S.A., para a execução de obras de restauração da BR-222/MA, entre o km 151,6 e o km 221,6. O valor total pactuado foi de R\$ 2.439.277,88.

3. No mérito, as apurações encontraram um dano ao erário, no montante de R\$ 520.268,96, equivalente a 27,11% do valor da contratação, oriundo das seguintes constatações:

a) superfaturamento nos preços de oito itens: i) imprimação; ii) pintura de ligação; iii) mistura areia-asfalto; iv) recomposição de revestimento areia-asfalto usinada a quente (AAUQ); v) remoção de pavimento; vi) peneiramento; vii) transporte em caminhão basculante de 5 m³; e viii) transporte em caminhão basculante de 4 m³ - que, ponderados com os demais preços praticados, resultaram em um valor global do contrato superior ao orçado pelo Sicro em R\$ 291.408,86;

b) pagamento em duplicidade pelos serviços de: i) escavação e carga de material de jazida, que foi contemplado tanto isoladamente na planilha de preços (item 01.200.01), quanto nas composições de sub-base (item 02.200.00) e base estabilizada granulometricamente sem mistura (item 02.200.01), sendo que esses dois últimos já preveem, em sua composição de preço unitário, o fornecimento do primeiro; e ii) areia extraída, também paga isoladamente (item 09.517.00) e nas composições dos serviços de AAUQ (item 02.521.00) e lama asfáltica fina (item 02.510.01), que perfazem o total de R\$ 158.329,06; e

c) incompatibilidade entre os quantitativos adquiridos de material betuminoso e o volume de serviços que os empregaram, representando dano ao erário de R\$ 70.531,04.

4. Irresignada, a Construtora Sucesso S.A. apresentou recurso de reconsideração, onde alega, em síntese, que:

i) houve prejuízos à concretização do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista ter transcorrido o lapso temporal de 10 anos entre o fato gerador e a instauração da TCE, nos termos do art. 5º, §4º da Instrução Normativa 56/2007, e, por isso, as contas devem ser consideradas ilíquidáveis (Acórdãos 3.496/2009-TCU-1ª Câmara, 3.707/2010-TCU-2ª Câmara, 1.717/2010-TCU-2ª Câmara, 293/2008-TCU-2ª Câmara e 4.086/2008-TCU-2ª Câmara, dentre outros);

ii) a 4ª Turma do TRF/1ª Região, ao julgar a Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, decidiu pela legalidade do processo de dispensa de licitação na contratação da recorrente para a recuperação da BR-222/MA e pela ausência de sobrepreço em qualquer fase da contratação e de inexecução do objeto, com base em laudo pericial produzido em âmbito judicial. A subsistência do Acórdão 1.464/2013, dessa forma, encontra-se em confronto direto com a supremacia da coisa julgada e constitui clara violação ao art. 5º, inciso XXXVI, CF/88, não podendo, por óbvio, prevalecer;

iii) o voto condutor do Acórdão 1.464/2013 cita, como fundamento legal para a responsabilização da recorrente, o art. 16, § 2º da Lei 8.443/1992, o qual exige a concorrência do terceiro a ser

solidariamente responsabilizado para com o cometimento do dano apurado. Entretanto, não há, nos autos, prova alguma de que a Construtora Sucesso tenha concorrido para os equívocos eventualmente cometidos na orçamentação do Contrato PG-078/96-00. Não houve caracterização de conluio entre a recorrente (contratada) e a Administração e que o sobrepreço verificado ocorreu na fase de orçamentação constante da fase interna do processo de contratação, na qual a recorrente não possui qualquer influência. O que se observa nos autos é que a recorrente vem sendo responsabilizada basicamente por dois comportamentos: por se disponibilizar à Administração em momento emergencial e por cobrar preços dentro dos patamares pela Administração orçamentados (ou seja, por agir licitamente conforme seus interesses); e

iv) houve artificialidade do parâmetro adotado para a caracterização do suposto sobrepreço apurado, pois, conforme exposto nas próprias deliberações do TCU, não havia na tabela Sicro, à época da execução das obras, preços relativos às obras contratadas, mas somente preços categorizados por conservação e construção, e as obras da BR-222/MA foram essencialmente de restauração. A artificialidade (...) consistiu na aplicação de um redutor de produtividade de 10%, tendo verificado discrepâncias que decidiu chamar de sobrepreço. Apesar de o voto condutor do Acórdão 2.068/2006 destacar que “o exame empreendido pela Secob foi pautado pela prudência”, a metodologia não se baseia em fundamento jurídico ou técnico hígido para justificar a adoção do critério artificialmente criado. A unidade técnica procedeu à caracterização do sobrepreço com base nesse parâmetro projetando os números da tabela Sicro relativos aos outros tipos de obra como referência para os custos de obras de restauração. (...)

5. Após a análise detida dos argumentos recursais apresentados, a Serur propôs, com anuência do representante do MPTCU, dar-lhes provimento parcial no sentido de afastar a multa aplicada aos responsáveis, tornando insubsistente o subitem 9.3 do acórdão recorrido, em virtude da prescrição da pretensão punitiva.

6. Em julgamento ocorrido na sessão plenária de 2/8/2017, este Tribunal apreciou os recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Sucesso e por José Orlando Sá de Araújo. Por meio do Acórdão 1.673/2017-Plenário, de minha relatoria, os recursos foram conhecidos, e, no mérito, negado provimento.

7. Posteriormente, na sessão plenária de 18/3/2020, o Tribunal julgou os embargos de declaração interpostos pelos mesmos responsáveis contra o acórdão supracitado. Nos termos do Acórdão 528/2020-Plenário (Ministra Redatora Ana Arraes), os embargos de declaração foram conhecidos e, no mérito, rejeitados.

8. Contudo, estes dois últimos julgados foram anulados pelo TCU em 12/5/2021, conforme o Acórdão 1.113/2021-Plenário (Relator Ministro Jorge Oliveira), exclusivamente em relação à Construtora Sucesso:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração opostos em face do Acórdão 528/2020-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, em

9.1. conhecer dos embargos de declaração opostos pela Construtora Sucesso S/A e por José Orlando Sá de Araújo;

9.2. anular os Acórdãos 1.673/2017-Plenário e 528/2020-Plenário, em relação à Construtora Sucesso S/A;

9.3. sobrestar o julgamento dos embargos de declaração opostos por José Orlando Sá de Araújo até o novo julgamento do recurso de reconsideração interposto pela Construtora Sucesso S/A em face do Acórdão 1464/2013-Plenário;

9. Ao retornar os autos ao meu gabinete, emiti despacho à então Secretaria de Recursos, requerendo uma avaliação sobre eventual prescrição destes autos (peça 199). Em parecer uniforme, a

unidade técnica concluiu que não ocorreu a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória fundadas em decisão do TCU (peças 199-200). O parecer foi acompanhado pelo MPTCU, conforme manifestação do eminente Procurador Lucas Rocha Furtado. (peça 201).

10. Pois bem, feito esse resumo processual, retomo nesta oportunidade a apreciação dos recursos de reconsideração interpostos pela Construtora Sucesso S.A., os quais foram por mim conhecidos conforme análise à peça 84.

II

11. De início, examino a existência de eventual prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento deste Tribunal.

12. No caso em concreto, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do termo inicial (art. 2º). Esse marco consiste na data de recebimento da representação do MPF (art. 4º, inciso III), em 4/4/2001, que deu origem à presente tomada de contas especial (peça 1, p. 2-39, do TC 004.034/2001-5).

13. Ainda, devem ser registradas as causas de interrupção da prescrição (art. 5º), a partir das quais novo prazo de cinco anos começa a correr. As principais são destacadas na Tabela 1:

Tabela 1 – Causas Interruptivas, nos termos da Resolução-TCU 344/2020

Processo	Causa	Data	Peça	Fundamento
004.034/2001-5	Instrução da UT	13/8/2001	peça 1, p. 42 a 50	art. 5º, II
004.034/2001-5	Decisão 693/2001	5/9/2001	peça 2, p. 1	art. 5º, II
004.034/2001-5	Instrução da UT	10/12/2002	peça 2, p. 7 a 17	art. 5º, II
004.034/2001-5	Audiência (ciência)	28/3/2003	peça 2, p. 31	art. 5º, I
004.034/2001-5	Instrução da UT	20/4/2005	peça 4, p. 42-50 e peça 5, p. 1-22 e 25	art. 5º, II
004.034/2001-5	Instrução da UT	17/7/2006	peça 21, p. 44-50 e peça 22, p. 1-10	art. 5º, II
004.034/2001-5	Acórdão 2.068/2006	8/11/2006	peça 22, p. 49-50	art. 5º, IV
027.712/2006-8	Citação (ciência)	27/2/2007	peça 2, p. 26	art. 5º, I
027.712/2006-8	Citação (ciência)	28/2/2007	peça 2, p. 25	art. 5º, I
027.712/2006-8	Instrução da UT	4/10/2009	peça 12, p. 39 a 68	art. 5º, II
027.712/2006-8	Despacho	4/2/2010	peça 12, p. 69	art. 5º, II
027.712/2006-8	Parecer do MPTCU	16/6/2010	peça 196	art. 5º, II
027.712/2006-8	Acórdão 1.464/2013-P (mérito)	12/6/2013	peça 21	art. 5º, IV
027.712/2006-8	Acórdão 3.449/2014-P (embargos de declaração)	3/12/2014	peça 35	art. 5º, IV
027.712/2006-8	Acórdão 353/2015-P (embargos de declaração)	4/3/2015	peça 63	art. 5º, IV
027.712/2006-8	Acórdão 1.641/2015-P (embargos de declaração)	8/7/2015	peça 101	art. 5º, IV
027.712/2006-8	Instrução da UT	30/3/2017	peça 110-111	art. 5º, II
027.712/2006-8	Parecer do MPTCU	12/6/2017	peça 112	art. 5º, II

Processo	Causa	Data	Peça	Fundamento
027.712/2006-8	Despacho	12/12/2022	peça 198	art. 5º, II
027.712/2006-8	Instrução da UT	15/3/2022	peças 199-200	art. 5º, II
027.712/2006-8	Parecer do MPTCU	11/4/2023	peça 201	art. 5º, II

14. Para a Construtora Sucesso S.A., os Acórdãos 1.673/2017 e 528/2020, ambos do Plenário, poderiam ser aventados como potenciais marcos interruptivos. O primeiro, trata de recurso de reconsideração contra o acórdão condenatório, e o segundo, de embargos de declaração.

15. Contudo, tais deliberações foram anuladas pelo próprio TCU, por meio do Acórdão 1.113/2021-Plenário, somente em relação à construtora. Logo, essas deliberações anuladas não devem produzir quaisquer efeitos, incluindo a interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte.

16. Aliás, esse é o entendimento predominante nas cortes superiores do Poder Judiciário, quando a questão é avaliada sob a ótica do direito penal. É o que esclarece Frederico Blasi Netto, ao comentar sobre os marcos interruptivos do Código Penal Brasileiro:

Anulado o ato processual que constitui uma causa interruptiva (recebimento da inicial, decisão de pronúncia, sentença condenatória, etc.), **não há a interrupção do prazo prescricional**. É que o ato nulo deixa de existir e, assim, não pode produzir o efeito de interromper o prazo de prescrição. Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência.

(NETTO, Frederico Blasi. Teoria e Prática da Prescrição Penal. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2023.)

17. De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de não considerar as sentenças anuladas como marcos interruptivos da prescrição.

SERVIDOR PÚBLICO (EQUIPARAÇÃO). PECULATO (DESCLASSIFICAÇÃO). APROPRIAÇÃO INDÉBITA (TIPIFICAÇÃO). SENTENÇA (ANULAÇÃO). PRETENSÃO PUNITIVA (PRESCRIÇÃO). DECISÃO AGRAVADA (FUNDAMENTOS). INFIRMAÇÃO (AUSÊNCIA). SÚMULA 182 (INCIDÊNCIA).

1. As disposições do art. 327, § 1º, do Cód. Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.983/00, não podem retroagir em prejuízo do réu. Precedentes.

2. **Anulada a sentença** para que seja o fato julgado conforme a moldura do tipo previsto no art. 168 do Cód. Penal, **não se interrompe o prazo prescricional**.

3. Se o agravante não infirma os fundamentos da decisão recorrida, incide o óbice da Súmula 182.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 685.243/PR, relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe de 1/3/2010.)

HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM RAZÃO DA MENORIDADE DO PACIENTE À ÉPOCA DOS FATOS POR FALTA DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA ANULADA NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Verificada a ocorrência do lapso temporal determinado pelo artigo 109, V, do Código Penal, entre a data de recebimento da denúncia e a sentença válida recorrível, considerando a pena em concreto, torna-se imperioso o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

2. **A sentença anulada pelo Tribunal de origem**, em sede de revisão criminal, **não interrompe o curso da prescrição**.

3. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão punitiva com relação à pena aplicada ao paciente nos autos da ação penal objeto do presente writ.

(HC n. 24.517/SP, relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 21/9/2004, DJe de 29/6/2009.)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. LAPSO TEMPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL.

1. A **sentença condenatória anulada deixa de possuir o efeito interruptivo**, sendo o recebimento da exordial acusatória o último marco, nos termos do art. 117, inciso I, do Código Penal.

2. A apelação ministerial se ateve somente ao reconhecimento da continuidade delitiva, devendo a prescrição ser regulada pela pena aplicada, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão, sob pena de reformatio in pejus.

3. Verifica-se, na hipótese, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente, porquanto já decorrido lapso temporal superior a 4 (quatro) anos desde o recebimento da denúncia.

4. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade, julgando prejudicado o recurso especial.

(REsp n. 929.692/PE, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28/6/2007, DJ de 13/8/2007, p. 408.)

18. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também confirma o mesmo entendimento:

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO. JÚRI. SENTENÇAS ANULADAS. NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTERRUÇÃO PELO ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A PRONÚNCIA (ART. 117, III, DO C. PENAL) E PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA VÁLIDA (ART. 117, IV). PRESCRIÇÃO PELA PENA "IN CONCRETO" (ARTIGOS 109, V, E 110, PAR. 1., DO C. PENAL).

1. **As sentenças condenatórias anuladas não produzem efeito interruptivo da prescrição.**

2. Interrompem a prescrição a pronúncia e o acórdão que a confirma (art. 117, II e III, do C. Penal). Assim, também, a sentença condenatória válida (art. 117, IV).

3. Reduzida a pena, pelo acórdão impugnado, em apelação interposta apenas pelo réu, a dois anos de detenção, e de se reconhecer a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, se, entre a data do acórdão confirmatório da pronúncia e a única sentença condenatória válida, decorreram mais de quatro anos (artigos 109, V, e 110, par. 1., do C. Penal). 4. "Habeas Corpus" deferido para esse fim.

(HC 71630, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 16-12-1994 PP-34888 EMENTA VOL-01771-02 PP-00280)

19. Portanto, a jurisprudência dos tribunais é uniforme ao avaliar que as sentenças condenatórias anuladas não devem produzir efeitos interruptivos sobre o prazo prescricional das sanções penais.

20. No âmbito do direito administrativo, o mesmo entendimento foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça ao avaliar a prescrição das penalidades previstas na Lei 8.112/90, ao considerar que um ato ou processo administrativo nulo não deve interromper a contagem de prazo prescricional da pretensão punitiva estatal.

EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. ART. 142 DA LEI 8.112/90. SINDICÂNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSOS DISCIPLINARES ANTERIORES NULOS.

1. É cabível a interrupção da prescrição, em face da instauração de sindicância, somente quando este procedimento sumário tiver caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.

2. A Terceira Seção desta Corte tem entendimento no sentido de que o anterior processo administrativo disciplinar declarado nulo, por importar em sua exclusão do mundo jurídico e consequente perda de eficácia de todos os seus atos, não tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, que deverá ter como termo inicial, portanto, a data em a Administração tomou ciência dos fatos.

3. Transcorridos mais de 5 anos entre a data que a Administração tomou ciência da última irregularidade supostamente praticada pelo servidor e a data de instauração do processo administrativo que culminou na sua demissão, primeiro marco interruptivo prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão ao impetrante.

4. Segurança concedida.

21. Diante do exposto, concluo que os processos de controle externo devem seguir a mesma jurisprudência, de modo que as deliberações anuladas não devem interromper o prazo de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória. Afinal, trata-se de decisão nula, desprovida de qualquer validade e eficácia.

22. Esse entendimento deve se aplicar, portanto, ao caso em análise, de modo que os Acórdãos 1.673/2017 e 528/2020, ambos do Plenário do TCU, não devem servir como marcos interruptivos da prescrição punitiva desta Corte, em relação à recorrente. Neste ponto, divirjo, portanto, dos pareceres da unidade instrutiva e do MPTCU.

23. Além do mais, o acórdão anulatório 1.113/2021-TCU-Plenário também não deve ser considerado como marco interruptivo, por não se tratar de uma decisão condenatória recorrível, como exige o art. 5º, inciso IV, da Resolução-TCU 344/2022. Nem mesmo a instrução que a fundamenta (peças 171-173), por não ser um ato inequívoco de apuração de fato irregular praticado pelo recorrente. Ao contrário, a instrução apura falha processual praticada pelo TCU, ao intimar indevidamente o estagiário de direito na pauta de julgamento do recurso de reconsideração.

24. Sendo assim, posteriormente ao parecer do MPTCU sobre o recurso de reconsideração, em 12/6/2017, transcorreram mais de 5 anos sem que outros marcos interruptivos pudessem ser contados, o que viria a ocorrer somente em 12/12/2022, quando requeri a análise da prescrição por parte da Secretaria de Recursos (peça 198).

25. Portanto, considerando o prazo limite disposto no art. 2º da Resolução-TCU 344/2022, julgo que as pretensões punitiva e de ressarcimento sobre os fatos apurados nesta tomada de contas especial estão prescritas em relação à Construtora Sucesso S.A.

26. Por outro lado, não observei a incidência da prescrição intercorrente (art. 8º), pois o maior prazo de paralisa da marcha processual ocorreu entre o pronunciamento do MPTCU, em 16/6/2010 (peça 196), e o Acórdão 1.464/2013, de 12/6/2013 (peça 21), quando transcorreram menos de três anos.

27. Diante disso, devem ser tornados insubsistentes os itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.464/2013-TCU-Plenário em relação à recorrente.

III

28. Por fim, apreciado o presente recurso de reconsideração, e em atenção ao item 9.3 do Acórdão 1.113/2021-TCU-Plenário, torna-se necessário levantar o sobrestamento do julgamento dos embargos de declaração opostos por José Orlando Sá de Araújo (peça 154) contra o Acórdão 528/2020-TCU-Plenário.

29. Para esse recurso, foi designado como relator o Ministro Jorge Oliveira (peça 166). Portanto, proponho o encaminhamento dos autos à Sua Excelência para a apreciação dos referidos embargos.



Ante o exposto, voto para que seja adotada a minuta de Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 14 de junho de 2023.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator