

VOTO

I - Contextualização

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, na época presidente do Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio (Sesc) e do Conselho Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), contra o Acórdão 2.441/2021-Plenário, relatado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Por meio dessa deliberação, este Colegiado julgou irregulares as contas do recorrente e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., condenou-os em débito, em parte solidariamente, e aplicou-lhes multas individuais com fundamento no art. 57 da Lei 8443/1992. Essa deliberação também julgou regulares com ressalvas ou regulares as contas de outros gestores.

2. Apresento um resumo da parte dispositiva:

a) débito de R\$ 155.299,24 (valor histórico), de responsabilidade solidária entre o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos e a empresa Infracon - Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda., decorrente de superfaturamento identificado no Contrato 1/2002;

b) débito de R\$ 83.593,86 (valor histórico), de responsabilidade solidária entre o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos e a empresa Infracon - Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda., decorrente de superfaturamento identificado no Contrato 27/2002;

c) débito de R\$ 110.578,99 (valor histórico), de responsabilidade solidária entre o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos e a empresa Infracon - Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda., decorrente de superfaturamento identificado no Contrato 38/2003;

d) débito de R\$ 79.392,91 (valor histórico), de responsabilidade solidária entre o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos e a empresa Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., decorrente de superfaturamento identificado no Contrato 44/2003; e

e) multas individuais de R\$ 51.500,00 (sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos), de R\$ 42.000,00 (Infracon Construtora e Incorporadora Eireli) e de R\$ 9.500,00 (Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda.).

3. Originariamente este processo cuidou de prestação de contas do Serviço Social do Comércio - Administração Nacional (Sesc-AN), relativa ao exercício de 2003.

4. Os processos de contas anuais do Sesc-AN e do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Nacional (Senac-AN) referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 foram influenciados pelo TC 015.981/2001-2, uma representação autuada pela então Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro com vistas a apurar irregularidades na execução das obras de construção do Centro Administrativo do Sesc/Senac, localizado na Barra da Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

5. Esse empreendimento foi iniciado em 1996 pelo Senac e finalizado somente em 2006. No ano 2000, o Sesc-AN adquiriu 50% do imóvel, tornando-se parceiro do Senac-AN na execução, ou seja, a partir de então, passou a arcar com metade dos custos. As obras custaram cerca de R\$ 167 milhões em valores atualizados até fevereiro de 2006.

6. O Acórdão 1.849/2008-Plenário, prolatado no âmbito do TC 015.981/2001-2, apontou indícios de superfaturamento em quatro ajustes (Contratos n°s 1/2002, 27/2002, 38/2003 e 44/2003), sendo os três primeiros executados pela Infracon – Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda. e o último pela Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda. Eis os objetos de cada um:

a) Contrato 01/2002: execução de impermeabilização em lajes e calhas, execução de telhados, fornecimento e colocação de chapas de policarbonato, execução de chapisco, emboço e outros afins, nas coberturas dos prédios do Centro Administrativo Sesc-Senac. Seu valor inicial foi

R\$ 2.350.000,00 (data-base: maio/2002), mas houve a celebração de aditivos que elevaram o preço para R\$ 3.284.193,59;

b) Contrato 27/2002: execução das fachadas, obras civis da estação de tratamento de esgoto a vácuo e da central de operações do Centro Administrativo Sesc-Senac. Seu valor inicial foi R\$ 1.460.000,00 (data-base: janeiro/2003), mas houve a celebração de aditivos que elevaram o preço para R\$ 3.020.599,66;

c) Contrato 38/2003: realização dos serviços de acabamento de construção civil e instalações prediais abrangendo três blocos do Sesc e três blocos do Senac, todos da obra de construção do Centro Administrativo Sesc-Senac. Seu valor inicial foi R\$ 11.925.000,00 (data-base: maio/2003), mas houve a celebração de aditivos que elevaram o preço para R\$ 16.481.064,20;

d) Contrato 44/2003: realização dos serviços de acabamento de construção civil e instalações prediais (2ª parte), abrangendo o restaurante e a lanchonete, bem como as construções das plataformas, rampas e passarelas do Centro Administrativo Sesc-Senac. Seu valor inicial foi R\$ 4.223.292,34 (data-base: agosto/2003), mas, depois de seis aditivos, o custo final foi de R\$ 6.146.907,00.

7. Também foram apontados indícios de irregularidades no planejamento e na condução das contratações da obra, tais como:

a) modificações no projeto arquitetônico no decorrer da obra, ocasionando gastos excessivos com demolições, repinturas e reformulações de projeto, em afronta aos princípios da economicidade e da eficiência;

b) celebração de mais de duzentos contratos para a execução da obra, caracterizando infringência aos princípios da economicidade, eficiência, publicidade e razoabilidade;

c) fracionamento de licitações, em afronta ao art. 7.º das Resoluções Senac 801/2001 e 747/1998;

d) celebração de aditamentos contratuais extrapolando o limite legal de 25% em diversos contratos, em dissonância com normativo interno do Senac;

e) pactuação de “adendos contratuais”, instrumento não previsto na legislação, nos contratos 1/2002 e 27/2002; e

f) falta de publicidade em virtude do sigilo do preço de referência na licitação que resultou no contrato 1/2002, o que caracteriza violação ao princípio da publicidade e falta de garantia de atendimento aos princípios da isonomia e da economicidade.

8. Como as irregularidades abrangeram mais de um exercício, o Acórdão 1.849/2008-Plenário converteu o TC 015.981/2001-2 em tomada de contas especial, ao mesmo tempo em que encaminhou cópia dessa deliberação ao Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para que avaliasse a conveniência e a oportunidade da interposição de recurso de revisão em relação às contas do Sesc-AN e do Senac-AN já apreciadas (contas de 2002 e 2004 de ambas as instituições).

9. O processo de contas do Sesc-AN do exercício de 2002 não admitia recurso de revisão, em razão do decurso do prazo quinquenal. Por isso, os jurisdicionados não foram citados em relação às despesas realizadas pelo Sesc-AN naquele ano. Os outros três processos foram reabertos em razão da interposição de recursos de revisão. Os processos de contas de 2003 das duas entidades encontravam-se abertos, razão pela qual não foi necessária a atuação do MPTCU.

10. O Tribunal procedeu, à exceção das despesas ocorridas no Sesc-AN em 2002, às citações das empresas envolvidas e do sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, que na época exercia os cargos de presidente do Conselho Nacional do Serviço Social do Comércio (Sesc) e do Conselho Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), pelos valores superfaturados nas planilhas dos Contratos 1/2002, 27/2002, 38/2003 e 44/2003, despendidos pelas entidades no respectivo exercício.

11. As irregularidades no planejamento e na condução das contratações da obra, que ensejaram a realização da audiência de diversos gestores, dentre os quais o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, foram tratadas no TC 013.634/2003-3 (contas do Senac de 2002) e levaram o Tribunal a aplicar ao recorrente multa no valor de R\$ 50.000,00, com fundamento no art. 58, I, da Lei 8.443/1992.

12. Devo destacar que as irregularidades que ensejaram as citações nestas contas compreendem as mesmas apuradas nos outros processos de contas do Senac-AN e do Sesc-AN já mencionados. As variações restringem-se aos valores superfaturados em cada exercício, decorrentes do pagamento pelos serviços executados.

13. Eis um resumo dos processos envolvendo o superfaturamento das obras de construção do Centro Administrativo do Sesc/Senac:

a) TC 013.634/2003-3 (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2002): por meio do Acórdão 201/2018-Plenário (de minha relatoria), o Tribunal julgou irregulares as contas do recorrente e da empresa Infracon - Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda., condenou-os solidariamente em débito (valor histórico de R\$ 33.864,03), aplicou-lhes multas individuais de R\$ 10.000,00 (art. 57 da Lei 8.443/1992) e de R\$ 50.000,00 (art. 58, I, da Lei 8.443/1992 – esta apenas ao recorrente). A decisão foi mantida pelos Acórdãos 2.992/2018-Plenário e 2.007/2019-Plenário, ambos relatados pelo Ministro Bruno Dantas;

b) TC 010.475/2004-0 (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2003): por meio do Acórdão 2.442/2021-Plenário (Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti), o Tribunal julgou irregulares as contas do recorrente e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., condenou-os em débito (valor histórico de R\$ 428.865,00), em parte solidariamente, e aplicou-lhes multas de R\$ 67.000,00 (Antônio), R\$ 55.000,00 (Infracon) e R\$ 12.000,00 (Cogefe), com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992. A decisão foi mantida nos Acórdãos 70/2022-Plenário e 377/2022-Plenário, ambos relatados pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Os recursos de reconsideração encontram-se pendentes de julgamento (de minha relatoria);

c) TC 011.286/2005-5 (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2004): por meio do Acórdão 1.798/2019-Plenário (Relator Ministro Bruno Dantas), o Tribunal julgou irregulares as contas do recorrente e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., condenou-os em débito (valor histórico de R\$ 348.109,15), em parte solidariamente, e aplicou-lhes multas individuais de R\$ 30.000,00, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992. A decisão foi mantida nos Acórdãos 2.174/2019-Plenário (Relator Ministro Bruno Dantas) e 2.685/2020-Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes); e

d) TC 013.538/2005-3 (prestação de contas do Sesc-AN no exercício de 2004): por meio do Acórdão 686/2019-Plenário (Relator Ministro Vital do Rêgo), o Tribunal julgou irregulares as contas do recorrente e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., condenou-os em débito (valor histórico de R\$ 348.109,15), em parte solidariamente, e aplicou-lhes multas individuais de R\$ 30.000,00, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992. A decisão foi mantida nos Acórdãos 1.285/2019-Plenário (Relator Ministro Vital do Rêgo), 2.690/2020-Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes) e 711/2021-Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes).

II – Recurso propriamente dito

14. No presente recurso de reconsideração, o sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos traz as seguintes questões: a) prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória; b) existência de vício de fundamentação, na medida em que decisões idênticas foram proferidas em processos distintos, violando os princípios do devido processo legal e da individualização das penas; c) impossibilidade de se responsabilizar solidariamente o presidente do Conselho Nacional do Sesc ante a inexistência de dolo ou culpa grave, sobretudo porque não lhe era exigível revisar aspectos técnicos; d) as

irregularidades no planejamento e na condução das contratações não devem servir de fundamento para a condenação em débito solidário, tampouco para aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, sob pena de haver dupla sanção pelos mesmos fatos; e) a alteração da lei de improbidade administrativa, que excluiu a existência de atos de improbidade administrativa culposos que causam danos ao Erário, impede a condenação em débito por condutas culposas; f) os baixos percentuais de superfaturamento estão inseridos dentro de uma margem tolerável de erro orçamentário; g) os laudos apresentados, emitidos pela Fundação Instituto de Economia e Pesquisa (Fipe), comprovam a inexistência de sobrepreço; e h) valor da multa é elevado e, ao mesmo tempo, injustificado.

15. A Unidade de Auditoria Especializada em Recursos analisou essas questões e propôs, com a anuência do Ministério Público junto ao TCU, negar provimento ao apelo, mantendo-se em seus exatos termos a deliberação recorrida. Manifesto-me de acordo com os pareceres precedentes, cujos fundamentos incorporo como razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a fazer.

16. Deve-se examinar a prescrição à luz da recente Resolução 344/2022, que passou a regulamentar, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória. Por sinal, o art. 10 dessa norma estabelece que a questão pode ser aferida a qualquer tempo, inclusive de ofício, contanto que o débito e/ou a multa não tenham sido remetidos para cobrança judicial.

17. Em síntese, a Resolução 344/2022 dispôs que a prescrição nos processos de controle externo em curso neste Tribunal observará o disposto na Lei 9.873/1999, e que prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e ressarcitória, contados dos termos iniciais neles indicados. Ademais, incide a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

18. Tendo em vista os novos parâmetros estabelecidos, conclui-se pela não consumação da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento ao Erário neste processo.

19. No caso em concreto, o termo inicial de contagem do prazo prescricional corresponde à data da apresentação da prestação de contas ao órgão competente (art. 4º, inciso II), ou seja, 31/5/2004. Por outro lado, a norma estabelece as seguintes causas interruptivas da prescrição:

“Art. 5º A prescrição se interrompe:

I - pela notificação, oitiva, citação ou audiência do responsável, inclusive por edital;

II - por qualquer ato inequívoco de apuração do fato;

III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;

IV - pela decisão condenatória recorrível.”

20. A primeira interrupção no prazo prescricional teria ocorrido com realização de audiência do recorrente, ocorrida em 24/7/2006. Na sequência, o processo tramitou com as seguintes movimentações mais relevantes:

a) em 27/8/2008, foi prolatado o Acórdão 1849/2008-Plenário, proferido no âmbito do TC 015.981/2001-2, que ordenou a citação dos responsáveis e o sobrestamento do presente processo;

b) em 19/5/2009, o recorrente foi citado no âmbito do TC 015.981/2001-2;

c) em 8/9/2010, o Tribunal proferiu o Acórdão 2.284/2010-Plenário, que ordenou a manutenção do sobrestamento do presente processo até que houvesse julgamento dos recursos de revisão interpostos nos processos de contas do Senac e do Sesc referentes aos anos de 2002 e 2004;

d) em 16/4/2012, o Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos apresentou novos elementos de defesa no âmbito do TC 013.538/2005-3 (contas do Sesc-AN em 2004, cujos elementos de defesa serviram de parâmetro para a análise de mérito deste processo, em especial o estudo do intervalo representativo dos preços referenciais dos Contratos nºs 1/2002, 27/2002, 38/2003 e 44/2003, elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - Fipe);

e) em 15/4/2014, a então Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ) analisou os novos elementos e reduziu os percentuais de sobrepreço/superfaturamento (peça 26 do TC 013.538/2005-3);

f) em 21/8/2014, o Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos apresentou novos elementos de defesa no âmbito do TC 013.538/2005-3;

g) em 28/4/2017, a Secex-RJ se pronunciou quanto aos novos argumentos apresentados pelo ora recorrente (peça 37 do TC 013.538/2005-3);

h) em 28/3/2019, no âmbito do TC 013.538/2005-3, por meio do Acórdão 686/2019-Plenário, o Tribunal concluiu a análise do superfaturamento, quando foram examinadas as questões envolvendo os novos elementos apresentados;

i) em 25/8/2020, foi levantado o sobrestamento dos autos e a então Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico se pronunciou quanto ao mérito da prestação de contas do Sesc-AN relativa ao exercício de 2003 (peça 228); e

j) em 6/10/2021, este Colegiado prolatou a decisão condenatória.

21. Como se percebe, o processo ficou sobrestado de 27/8/2008 a 25/8/2020, em razão da necessidade de se julgar os recursos de revisão interpostos nos processos de contas do Senac e do Sesc referentes aos anos de 2002 e 2004.

22. Essa demora no julgamento decorreu, em grande medida, em razão dos novos elementos de defesa apresentados em duas oportunidades pelo recorrente no TC 013.538/2005-3 (contas do Sesc-AN em 2004), que demandaram um esforço adicional da unidade técnica em analisar e eventualmente rebater os relatórios técnicos emitidos pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, que buscavam descaracterizar o sobrepreço/superfaturamento. Nesse contexto, durante todo o período em que o processo permaneceu sobrestado, entendo que não corre o prazo prescricional, nos termos do art. 7º, incisos II e VI, da Resolução TCU 344/2022.

23. Embora essas análises tenham ocorrido em outro processo (TC 013.538/2005-3, que versa sobre a prestação de contas do Sesc-AN em 2004), elas têm inequívoco reflexo nas contas de 2003 do Sesc-AN. Afinal, como já mencionado, a condenação em débito ocorrida nos presentes autos dependeu, única e exclusivamente, da identificação – e posterior confirmação – dos serviços com superfaturamento nos quatro contratos examinados.

24. Lembro que o relatório da Fipe não abordou apenas os serviços medidos e pagos pelo Sesc-AN em 2004, mas todos aqueles tidos como superfaturados pela unidade técnica do Tribunal. Em outras palavras, embora juntado no TC 013.538/2005-3, o recorrente pretendeu desconstituir a pretensão ressarcitória envolvendo todos os quatro contratos examinados.

25. Exatamente por isso, concluo que não se operou a prescrição da pretensão ressarcitória ou punitiva.

26. Inexiste o alegado vício de fundamentação. Por se tratar de processos de contas anuais e considerando que as obras avançaram por mais de um exercício financeiro, é evidente que, em busca de coerência nos julgamentos, as análises sejam uniformes no sentido de se acatar ou rejeitar o superfaturamento em um determinado serviço.

27. Ilustrativamente, não faz sentido, na análise do Contrato 1/2002, considerar, na prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2003, que haveria duas camadas de proteção mecânica no serviço de impermeabilização e, nas presentes contas, entender que haveria uma única camada. Em outras palavras, as análises precisam ser uniformes e coerentes. Neste ponto, ressalto que as alegações de defesa apresentadas pelo recorrente em todos os processos já mencionados foram idênticas.

28. Também não merece prosperar o argumento de que não haveria individualização das penas. Considerando que as sanções pecuniárias levam em consideração a gravidade e a magnitude das irregularidades, os antecedentes e a culpabilidade dos agentes, é razoável esperar que as reprimendas sejam fixadas em patamares semelhantes nos diferentes processos de contas. No caso dos TCs

011.286/2005-5 e 013.538/2005-3, que examinaram as gestões do Senac e do Sesc em 2004, por exemplo, considerando se tratar dos mesmos responsáveis/débito/irregularidade (superfaturamento), as multas foram fixadas no percentual de 4% do valor atualizado do dano ao Erário em ambos os processos – bem abaixo do teto indicado no art. 57 da Lei 8.443/1992.

29. No presente processo, a multa aplicada ao recorrente foi de aproximadamente 7,5% do montante atualizado do débito (R\$ 680.845,34). Esse percentual pode ser justificado em razão da magnitude do dano (quase o dobro do que fora apurado nos TC 011.286/2005-5 e 013.538/2005-3), bem como do fato de que, na época da decisão recorrida, os processos das contas do Senac, anos de 2002 e 2004, e do Sesc, ano de 2004, já haviam transitado em julgado. Essa circunstância afeta a dosimetria da sanção, na medida em que macula os antecedentes do recorrente.

30. Prosseguindo na análise das razões recursais, é preciso ressaltar que a regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao Erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Cito, nesse sentido, os Acórdãos 11.289/2021-1ª Câmara, 5.547/2019-1ª Câmara e 2.768/2019-Plenário.

31. Logo, a ausência de dolo ou culpa grave não impede que o Tribunal responsabilize solidariamente o agente público responsável pela prática do ato danoso e os terceiros beneficiários dos pagamentos (as empresas contratadas).

32. Independentemente disso, compreendo que a conduta do recorrente configura a ocorrência de erro grosseiro na gestão dos recursos públicos. O sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, na condição de Presidente dos Conselhos Nacionais do Sesc e do Senac, foi signatário de todos os contratos e dos respectivos termos aditivos. Considero, portanto, que tal agente deva responder solidariamente com a empresa contratada pelo dano apurado.

32. Tal como explicitarei no Acórdão 201/2018-Plenário (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2002), as irregularidades na construção das obras de construção do Centro Administrativo do Sesc/Senac, embora também tenham contado com a participação de outros gestores das entidades, podem ser atribuídas ao responsável, pois representam grave falha no dever de supervisão dos subordinados a cargo do gestor.

33. Não se está a exigir que o dirigente máximo do Senac conferisse os preços unitários do contrato e dos respectivos termos de aditamento, mas lhe caberia um dever geral de supervisão dos seus subordinados, o que definitivamente não foi apropriadamente realizado pelo recorrente. Em vista do vulto e da importância da obra (R\$ 167 milhões, em valores de fevereiro/2006), julgo exigível uma particular atenção do dirigente do Sesc/Senac.

34. Incumbe a essa autoridade exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos, corrigindo, se necessário, as graves lacunas ou omissões eventualmente incorridas por seus subordinados, sobretudo aquelas que ostentem flagrante ilegalidade, como a verificada nestes autos.

35. Não se pode considerar a atuação do defendente como uma mera formalidade ou como ato de cunho gerencial não passível de punição por parte do Tribunal, uma vez que se destina a manifestar expressa concordância com as análises técnicas precedentes de seus subordinados, os quais o gestor designou para análise (**culpa in eligendo**) e que tinha o dever de supervisionar (**culpa in vigilando**), chancela sem a qual as irregularidades não poderiam ser levadas a cabo.

36. Cito o caso do Contrato 1/2002, assinado com a empresa Infracon Infraestrutura Engenharia e Construções Ltda. no valor de R\$ 2.350.000,00. No processo licitatório do qual se originou, um licitante apresentou uma proposta significativamente menor (R\$ 1.743.104,16), mas tal oferta foi desclassificada por critério não previsto legalmente ou normativamente.

37. O instrumento convocatório adotou parâmetro de aceitabilidade de propostas não previsto no regulamento licitatório do Senac, utilizando o mesmo percentual definido pela alínea “f”, art. 3º, da Resolução nº 361/1991 do Confea, de mais ou menos 15%, que definiria o nível de precisão esperado de um projeto básico. Assim, propostas com preço global inferior além de 15% do preço orçado pelas entidades Sesc/Senac seriam desclassificadas, sendo que os licitantes sequer tinham direito de verificar a adequação do orçamento referencial, o qual era sigiloso. Trata-se de regra que caracteriza a fixação de preço mínimo, que desestimula o oferecimento de propostas economicamente mais vantajosas e que ofende aos princípios gerais da Lei de Licitações.

38. Como já mencionei no Acórdão 201/2018-Plenário (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2002), a meu ver, era exigível do recorrente a identificação dessa falha grosseira ao assinar o referido ajuste. Afinal, com a desclassificação da melhor proposta, contratou-se outra R\$ 606 mil mais cara.

39. Ao contrário do que afirma, as irregularidades no planejamento e na condução das contratações não serviram de fundamento para a condenação em débito solidário, tampouco para aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992. As falhas mencionadas no parágrafo sétimo deste voto já foram consideradas no Acórdão 201/2018-Plenário (prestação de contas do Senac-AN no exercício de 2002), oportunidade em que o Colegiado aplicou multa de R\$ 50.000,00 ao recorrente com fundamento no art. 58, I, da Lei 8.443/1992.

40. Para espancar quaisquer dúvidas, transcrevo trecho da instrução de mérito que antecedeu a decisão recorrida e que foi incorporada como razões de decidir pelo relator **a quo**:

96. *“Conforme já informado, ao analisar as razões de justificativa no TC 013.538/2005-3 (Contas do Sesc/AN de 2004), o Ministro-Relator Vital do Rêgo, no voto condutor do Acórdão 686/2019-TCU-Plenário, considerou que as questões já haviam sido tratadas no âmbito do TC 013.634/2003-3 (Contas do Senac/AN de 2002), “ocasião em que o Acórdão 201/2018-TCU-Plenário, na análise dos mesmos fatos, deliberou pela aplicação, ao responsável, da multa fundamentada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 50 mil”. Considerou, ainda, que nova apenação configuraria bis in idem.*

97. *Tal fato não afetaria, contudo, a aplicação de multa aos responsáveis em razão do débito, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992. Esse foi o mesmo entendimento adotado no TC 011.286/2005-5 (Contas do Senac/AN de 2004).*

98. *Assim, tanto o Acórdão 686/2019-TCU-Plenário (proferido no TC 013.538/2005-3), como o Acórdão 1798/2019-TCU-Plenário (proferido no TC 011.286/2005-5), referentes às contas de 2004 do Sesc e do Senac, respectivamente, julgaram irregulares as contas de Antônio José Domingues de Oliveira Santos e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda e, além do débito, foram aplicadas multas aos responsáveis com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992.*

99. *Portanto, quanto aos responsáveis Antonio José Domingues de Oliveira Santos e empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda., devem lhes ser imputadas multas com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992. Além disso, o responsável e as empresas devem ter suas contas julgadas irregulares.*

100. *Já a multa fundamentada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 não deve ser imputada ao Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos pois configuraria bis in idem com a multa já aplicada por meio do Acórdão 201/2018-TCU-Plenário.”*

41. Prosseguindo no exame das razões recursais, não há amparo legal para condicionar o julgamento pela irregularidade de contas à ocorrência de ato de improbidade administrativa. De fato, houve recentemente alteração na lei de improbidade administrativa, que excluiu a existência de atos de

improbidade administrativa culposos que causam danos ao Erário. Apesar disso, a modificação não impacta a atuação do Tribunal de Contas da União.

42. A independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. A caracterização, ou não, de uma conduta como ato de improbidade administrativa não vincula o juízo de valor formado na seara administrativa. Apenas a sentença absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem habilidade para repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza administrativa. Cito, nesse sentido, os Acórdãos 344/2015-Plenário e 1.881/2014-2ª Câmara.

43. Após as análises das alegações de defesa apresentadas em todos os cinco processos de contas anuais, os percentuais de sobrepreço/superfaturamento foram de 13,52% (Contrato 1/2002), 15,47% (Contrato 27/2002), 3,01% (Contrato 38/2003) e 5,93% (Contrato 44/2003). No entender do recorrente, esses percentuais estariam inseridos dentro de uma margem tolerável de erro orçamentário.

44. Com as vênias por discordar, filio-me à jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 1.010/2014-Plenário, segundo a qual baixos índices de sobrepreço não podem, indistintamente, ser considerados variações normais de mercado, até porque os preços estabelecidos nos sistemas referenciais constituem patamares máximos e a Administração Pública deve sempre buscar contratações por valores inferiores àqueles, os quais jamais devem se distanciar da realidade do mercado.

45. Por último, gostaria de fazer algumas considerações sobre os estudos técnicos produzidos pela Fundação Instituto de Economia e Pesquisa (Fipe), os quais, no entender do recorrente, comprovariam a inexistência de sobrepreço.

46. Como expus no Acórdão 201/2018-Plenário, a análise detalhada do estudo elaborado pela Fipe demonstra haver inconsistências diversas na metodologia da referida Fundação para apropriar os preços referenciais dos serviços. Observou-se que foram utilizadas diferentes fontes de referência, com ajustes diversos que não se adequam à realidade da obra e sem considerar propriedades inerentes a qualquer orçamento tais como a especificidade e a temporalidade, esta última em virtude da alteração injustificada da data-base de análise para julho/2011. Também não foram apresentadas as composições de custo unitário de referência e outras documentações comprobatórias das pesquisas realizadas pela Fipe, tampouco as fontes de pesquisa informadas podem ser correlacionadas com os valores apresentados no aludido estudo. Por isso, o estudo da Fipe não elidiu o apontamento de superfaturamento no empreendimento em exame.

47. Além disso, a Fipe adotou diversos índices econômicos para deflacionar os preços de referência pesquisados para a data-base do contrato, no ano de 2002, sem que fossem apresentadas justificativas a respeito da escolha dos índices utilizados para deflação, além de não possuírem nenhum amparo no índice de reajuste pactuado entre as partes no contrato.

48. Nos processos do TCU, é comum o pleito de se utilizarem referências mais recentes, para depois se retroagirem os preços até a data-base do contrato. Nesses casos, via de regra, existe uma redução do superfaturamento calculado. É sabido que um dos atributos de todo orçamento é a propriedade da temporalidade, que mostra que um orçamento realizado tempos atrás não é válido para hoje, bem como aquele orçamento elaborado hoje pode não corresponder aos custos que serão enfrentados pela construtora durante a execução da obra. Apesar da possibilidade do reajustamento, existem flutuações de preços dos insumos, alterações tributárias, evolução dos métodos construtivos, bem como diferentes cenários financeiros e gerenciais que limitam no tempo a validade e a precisão de um orçamento.

49. Em regra, quanto mais tempo transcorrer após a elaboração de determinado orçamento, menor será a sua precisão na estimativa do custo efetivo da obra. Assim, o orçamento tem sua validade

associada a uma data e novas datas-bases deverão incorporar novos parâmetros e a necessidade de realizar ajustes financeiros.

50. Ou seja, a adequação do orçamento com data posterior não é somente função da correção monetária. Não devem ser desprezadas a flutuação individual do preço de algum insumo, as modificações e obsolescência de equipamentos a alterar suas produtividades, os custos de propriedade e diversos outros componentes de custo.

51. A confrontação do orçamento contratado com outro elaborado com parâmetros de custo obtidos depois de vários anos é, pois, imprópria para aferição de adequação da proposta contratada com valores de mercado. As correções de preços por índices em datas demasiadamente longas não conseguem reproduzir as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato ou da celebração dos aditivos. Tais comparações mascaram eventual sobrepreço no contrato, quando comparado com paradigmas vigentes na época da contratação. Pode-se citar, nesse sentido, os Acórdãos 278/2008, 2127/2006, 1657/2011, 1922/2011, 854/2016 e 1317/2006, todos do Plenário.

52. A Fipe não apresentou também documentação comprobatória dos preços pesquisados junto aos fornecedores ou as composições dos sistemas de referência utilizados em seu parecer. Observa-se, portanto, ser impossível correlacionar os preços informados pela Fipe com as referências apresentadas. Tais fatos, por si próprios, já são motivos suficientes para a não aceitação do estudo elaborado pela Fipe. Cabe à parte manifestante o ônus da prova, principalmente quando os referenciais de preços utilizados pela equipe de auditoria do TCU são fontes oficiais e gozam de presunção relativa de validade. Nesse sentido, convém citar o voto condutor do Acórdão 3.061/2011 – Plenário:

“Nos processos de fiscalização de obras desta Corte, como presunção, adotam-se os referenciais oficiais da Administração como balizador de preços; estes seriam os preços de mercado. Ilações em contrário tem o ônus probandi de quem as apresenta.”

53. Desse modo, não resta outra providência a não ser negar provimento ao recurso de reconsideração. Por sinal, o superfaturamento em questão é o mesmo já examinado em outros quatro processos, havendo mais de uma dezena de decisões consonantes. Também por esse motivo, não vislumbro possibilidade de um desfecho diferente.

54. Incluído o processo em pauta, o recorrente peticionou solicitando o adiamento do julgamento, de modo a permitir a elaboração e a apresentação de memoriais em tempo hábil. Entendo que o pleito não pode ser atendido, pois tais elementos já foram entregues, ao menos em meu Gabinete, em 20/6/2023. Além do mais, os autos estão em curso no Tribunal há dezenove anos, demora esta que pode ser imputada, ao menos em parte, ao comportamento do recorrente, que apresentou em 2012 e em 2014 dois longos aditamentos às defesas que já haviam sido apresentadas no TC 013.538/2005-3, o que demandou novos exames por parte da unidade técnica deste Tribunal e contribuiu para que as contas do Sesc de 2003 continuassem sobrestadas.

Ante o exposto, ratificando os pareceres precedentes, voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 21 de junho de 2023.

BENJAMIN ZYMLER
Relator