

VOTO

Aprecio tomada de contas especial (TCE) instaurada em cumprimento ao subitem 9.1.1 do Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, com o objetivo de quantificar o débito e apontar os responsáveis pelos prejuízos identificados no Contrato 25/2005, pactuado entre a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (atual Infra S.A.) e a empresa SPA Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. (SPA).

2. O ajuste foi firmado em 23/12/2005 no valor de R\$ 236.617.605,90, a preços de novembro/2004, para executar as obras do Lote 5 da implantação da Ferrovia Norte-Sul, trecho entre Babaçulândia e Córrego Gavião, no estado do Tocantins, com 102,5 km de extensão; depois de aditivos contratuais, o valor global do contrato passou a R\$ 295.392.504,83, também a preços de novembro do ano de 2004.

3. O TCU fiscalizou o contrato em três oportunidades, dentro da sistemática de fiscalização de obras (Fiscobras): nos anos de 2007, 2008 e 2009.

4. O presente processo foi constituído, como mencionado, por força do Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário para tratar dos indícios de irregularidades originados das fiscalizações empreendidas no Fiscobras 2007 (TC 007.060/2007-8) e Fiscobras 2008 (TC 018.509/2008-9). Posteriormente, o Acórdão 1.887/2014-TCU-Plenário, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, em seu subitem 9.1.1, determinou a remessa de cópia do TC 010.141/2009-6 para se juntar aos desta TCE para quantificação do débito e identificação de responsáveis em face de irregularidades constatadas no mesmo contrato, mas no âmbito do Fiscobras 2009.

5. Depois da obtenção de documentos que possibilitaram mensurar o dano e apontar os responsáveis pelas diversas irregularidades agrupadas nesta TCE, a unidade instrutora submeteu proposta de citação dos responsáveis. O então relator, Ministro Bruno Dantas, em despacho de 2/3/2018, determinou a realização das citações na forma proposta.

6. Em seu exame, a AudPortoFerrovia afastou a ocorrência da prescrição e, conquanto tenha acatado parcialmente as alegações de defesa da maior parte dos responsáveis, concluiu estarem caracterizadas seis irregularidades e prejuízo ao erário, que totaliza mais de R\$ 220 milhões em valores atualizados, propondo condenações em ressarcimento do dano e aplicação de multas (peças 220-221 e 237-239).

7. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), nestes autos representado pela Procuradora-Geral, Cristina Machado da Costa e Silva, manifesta-se de acordo com a proposta alvitrada pela unidade técnica.

8. No tocante à análise de mérito, adianto que discordo das conclusões encartadas nos pareceres precedentes pelas razões que passo a expor, sendo necessário, de início, enfrentar a matéria prescricional.

I

9. Do exame de mérito empreendido pela unidade instrutora, evidenciam-se nos autos as seguintes irregularidades, que levaram à formulação das propostas de condenação (peça 237, p. 20-24):

a) superfaturamento decorrente da contratação de planilha orçamentária com preços excessivos frente ao mercado;

b) superfaturamento resultante de preços excessivos frente ao mercado identificado nos serviços de estaca escavada em material de 1ª categoria com lama bentonítica e diâmetro de 1,40m,

inclusive concreto e aço (referidas como estaca raiz nas peças 237, p. 23, e 220, p. 87, por erro material);

c) superfaturamento identificado nos serviços relativos aos mourões de cercas de concreto com espaçamento superior ao especificado;

d) superfaturamento decorrente de execução de mourões de seção triangular com preço de seção quadrangular;

e) superfaturamento advindo da medição de serviços de escoramento da ponte sobre o Rio Corrente e na passagem sob a Rodovia TO-424;

f) superfaturamento devido a sobrepreço no serviço relativo a dreno de talvegue.

10. Conforme mencionei, os presentes autos consolidam irregularidades constatadas no Contrato 25/2005 a partir de diferentes fiscalizações realizadas por este Tribunal em três anos consecutivos. A Tabela abaixo associa cada irregularidade à fiscalização que a identificou:

Tabela

Irregularidade (conf. item 9)	Fiscobras 2007 (007.060/2007-8)	Fiscobras 2008 (018.509/2008-9)	Fiscobras 2009 (010.141/2009-6)
Irreg. “a” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1, <i>caput</i>)		X	
Irreg. “b” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1.1.1, e Ac. 1.887/2014-Plenário, 9.1.1.2)	X	X	X
Irreg. “c” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1.1.2)		X	
Irreg. “d” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1.1.3)		X	
Irreg. “e” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1.1.5)	X		
Irreg. “f” (Ac. 1.910/2012-Plenário, 9.1.1.6)	X		

Fonte: elaboração própria, com base nas peças 1, 4 e 237 dos autos.

11. O Relatório de Fiscalização 152/2007 (peças 2, p. 23-50; 3; e 4, p. 1-43, do TC 007.060/2007-8) apontou, com relação ao Lote 5 da Ferrovia Norte-Sul (Contrato 25/2005), as irregularidades “b” (peça 3, p. 43 e 47-49), “e” (peça 3, p. 49; peça 4, p. 1) e “f” (peça 3, p. 41 e 44); portanto, é pertinente agrupá-las com o fito de examinar a ocorrência da prescrição. Registro que a irregularidade “b”, conquanto tenha sido inicialmente constatada em 2007, também foi objeto de exame nos TC 018.509/2008-9 e 010.141/2009-6.

12. Para essas irregularidades, pois, o marco inicial para a contagem do prazo prescricional é a data de assinatura do relatório, ou seja, 27/4/2007, nos termos do art. 4º, inciso IV, da Resolução-TCU 344/2022. O dispositivo é específico ao asseverar que o prazo de prescrição será contado da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal.

13. A AudPortoFerrovia, à peça 237, itens 27-59, arrolou eventos interruptivos da contagem prescricional ocorridos entre 27/4/2007 e 11/8/2011, demonstrando que, antes da constituição da presente TCE, em 8/8/2012, não se configurou a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória para as irregularidades “b”, “e” e “f”.

14. Extrai-se a mesma conclusão do exame acerca das irregularidades “a”, “c” e “d”. Originalmente identificadas no Relatório de Fiscalização 86/2008 (Fiscobras 2008, TC 018.509/2008-9), seu marco inicial para fins de contagem prescricional é 16/9/2008, data de encaminhamento do relatório ao ministro relator. Os indícios correspondentes às irregularidades “a” e “b” estão registrados,

respectivamente na peça 4, p. 37-40 e p. 33-37; já os indícios associados às irregularidades “c” e “d” constam da peça 3, p. 45-46, daqueles autos.

15. No período compreendido entre 16/9/2008 e 25/7/2012, diversos eventos processuais interromperam a contagem do prazo prescricional para essas irregularidades, conforme demonstrado pela unidade técnica (peça 237, itens 60-64).

16. A irregularidade “b”, como visto, foi também objeto do Fiscobras 2009 (TC 010.141/2009-6, peça 2, p. 42-49), que culminou na prolação do Acórdão 1.887/2014-TCU-Plenário, de 16/7/2014. O seu subitem 9.1.1.2. refere-se especificamente ao superfaturamento nos serviços de estaca escavada constatado no âmbito do Contrato 25/2005.

17. Essa decisão configura, portanto, evento processual apto a interromper a contagem prescricional **apenas para a referida irregularidade**, nos termos preconizados pela jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 983/2024-TCU-Plenário, rel. Min. Jorge Oliveira, e 668/2023-TCU-Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, do qual se extrai o seguinte enunciado:

“Em processos que envolvam a análise de diversas irregularidades, o ato de apuração relativo a uma irregularidade específica não interrompe a contagem da prescrição para as demais. A interrupção da prescrição por ato inequívoco que importe apuração do fato exige identidade entre as irregularidades investigadas e aquelas que futuramente venham a justificar o exercício da pretensão punitiva ou ressarcitória.”

18. Nesse diapasão, decisão exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 3/10/2022, publicada em 6/10/2022, ao apreciar o MS 38.421/DF, dispôs que “*A interrupção da prescrição por ato inequívoco que importe apuração do fato exige identidade entre as irregularidades investigadas e aquelas que futuramente venham a justificar o exercício da pretensão punitiva*”.

19. Desse modo, para as demais irregularidades identificadas pela unidade técnica (“a”, “c”, “d”, “e” e “f”) transcorreu prazo superior a três anos entre a data da autuação da presente TCE, 8/8/2012, e a instrução de 12/11/2015, com proposta de diligência à Infra S.A. (peças 9-11), configurando-se para elas a prescrição intercorrente das pretensões punitiva e ressarcitória, nos termos do art. 8º da Resolução-TCU 344/2022.

20. O MPTCU assevera que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional deveria coincidir com o fim da vigência contratual, em 2011, “*uma vez que só a partir desse momento é que seria possível a autuação de processo de tomada de contas especial, por iniciativa da Administração contratante ou da Corte de Contas*” (peça 223, p. 7).

21. Mesmo que se queira defender, *ad argumentandum tantum*, que o marco inicial da contagem prescricional teria se dado com o encerramento do contrato em 2011, o primeiro ato interruptivo da prescrição terá sido o Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário. Este, ao examinar as auditorias conduzidas nos TCs 007.060/2007-8 e 018.509/2008-9 (Fiscobras 2007 e 2008), determinou a autuação desta tomada de contas especial; efetuada em 8/8/2012, a autuação configurou outro evento interruptivo, com base no art. 5º, inciso II, da Resolução-TCU 344/2022.

22. Independentemente da interpretação adotada, concluo que da paralisação dos autos, no período entre 9/8/2012 e 12/11/2015, resultou a prescrição intercorrente de que trata o art. 8º daquela resolução, restando extintas as pretensões punitiva e ressarcitória deste Tribunal para as irregularidades abaixo mencionadas, além das referidas nos subitens 9.1.1.4 e 9.1.1.7 do Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário:

i. superfaturamento decorrente da contratação de planilha orçamentária com preços excessivos frente ao mercado (subitem 9.1, *caput*, do acórdão);

ii. superfaturamento resultante da execução dos serviços relativos aos mourões de cercas de concreto com espaçamento superior ao especificado (subitem 9.1.1.2);

- iii. superfaturamento identificado na execução de mourões de seção triangular com preço de seção quadrangular (subitem 9.1.1.3);
- iv. superfaturamento na medição de serviços de escoramento da ponte sobre o Rio Corrente e na passagem sob a Rodovia TO-424 (subitem 9.1.1.5); e
- v. superfaturamento originado do sobrepreço no serviço relativo a dreno de talvegue (subitem 9.1.1.6).

II

23. Quanto ao superfaturamento nos serviços de estacas escavadas, não se verifica a ocorrência de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória no âmbito deste Tribunal. Aplicadas as hipóteses estatuídas no art. 5º da Resolução-TCU 344/2022, temos os seguintes atos processuais, aptos a interromper a prescrição ordinária, entre outros:

- a) em 27/4/2007, com a assinatura do Relatório de Fiscalização 152/2007, de 27/4/2007 (peça 3, p. 43 e 47-49, do TC 007.060/2007-8);
- b) em 16/9/2008, data da remessa do Relatório de Fiscalização 86/2008, que constatou indícios da irregularidade (peça 4, p. 33-37, do TC 018.509/2008-9), ao relator;
- c) em 3/8/2009, com a assinatura do Relatório de Fiscalização 109/2009, que apontou indícios da irregularidade (TC 010.141/2009-6, peça 2, p. 42-49);
- d) em 11/8/2009, data do despacho do relator determinando a oitiva prévia da Valec e da SPA Engenharia (peças 4, p. 45-48, do TC 010.141/2009-6) em razão de indícios de sobrepreço e superfaturamento nas fundações, entre outros indícios de irregularidade;
- e) em 25/7/2012, pelo Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário (peça 3), que determinou a constituição deste processo apartado de tomada de contas especial em razão do sobrepreço identificado no serviço relativo às estacas escavadas no Contrato 25/2005 (subitem 9.1.1.1), entre outras irregularidades;
- f) em 8/8/2012, com a autuação da presente TCE;
- g) em 21/11/2013, no âmbito do Fiscobras 2009, com a análise de mérito efetuada pela unidade técnica após as oitivas prévias da Valec e da SPA Engenharia (peças 52-54 do TC 010.141/2009-6);
- h) **em 16/7/2014, pela prolação do Acórdão 1.884/2014-TCU-Plenário** (peça 6), que examinou as respostas às oitivas prévias e determinou a remessa de cópia do TC 010.141/2009-6 a esta TCE, a fim de quantificar o débito e identificar os responsáveis pelo superfaturamento nos serviços de estaca escavada (subitem 9.1.1.2), entre outras irregularidades;
- i) em 12/11/2015, com a realização de diligência à Valec para a obtenção de elementos necessários à quantificação do dano e identificação dos responsáveis (peças 9-12);
- j) em 6/3/2018, data do despacho do ministro-relator autorizando as citações dos responsáveis por diversas irregularidades, inclusive o superfaturamento no serviço de estacas escavadas (peças 75-78);
- k) em 11/3/2020, com a instrução de mérito elaborada pela unidade técnica (peça 220);
- l) em 28/6/2021, data de emissão do parecer do MPTCU juntado à peça 223;
- m) em 28/12/2023, com a derradeira instrução de mérito elaborada pela unidade técnica (peça 237).

24. De igual modo, não há que se falar na ocorrência da prescrição intercorrente, porquanto não houve estado de paralisia processual por mais de três anos no curso da apuração do superfaturamento no serviço de estacas escavadas. Em contraste com as outras irregularidades identificadas pela unidade técnica em sua derradeira instrução, a contagem do prazo prescricional foi interrompida em 16/7/2014 pela prolação do Acórdão 1.887/2014-TCU-Plenário (Fiscobras 2009), do qual extraio o seguinte excerto:

“9.1. determinar, com fundamento no art. 47 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 252, do Regimento Interno do TCU, a remessa de cópia destes autos aos processos de tomada de contas especial já instaurados em relação aos contratos de construção da Ferrovia Norte-Sul citados abaixo, de forma a quantificar o débito e apurar os responsáveis em face das seguintes irregularidades:

9.1.1. **TC-024.990/2012-4, relativo ao Contrato CT 25/2005 (Lote 5)**, pactuado com a construtora SPA Engenharia, Indústria e Comércio Ltda.:

9.1.1.1. liquidação irregular da despesa em virtude da aplicação genérica de fatores de compactação entre cortes e aterros, além do acréscimo considerável do movimento de terra executado em relação ao previsto do projeto executivo;

9.1.1.2. superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado identificado nos serviços de estaca escavada;

9.1.1.3. superfaturamento decorrente de reajustamento irregular das obras de arte especiais;

9.1.2. TC-025.000/2012-8, relativo ao Contrato CT 11/2006 (Lote 6), pactuado com a Construtora Norberto Odebrecht S.A.: (...)” (grifei)

25. As irregularidades apontadas pelos subitem 9.1.1.1 e 9.1.1.3 acima nem sequer foram objeto de citação nesta TCE. A apontada no primeiro subitem se considerou prejudicada pela AudPortoFerrovia diante do transcurso do prazo desde o fato gerador e da falta de documentação relativa ao levantamento topográfico do perfil primitivo do terreno. Por seu turno, a de que trata o subitem 9.1.1.3 foi devidamente reparada pela Valec mediante a formalização do 10º Aditivo Contratual, que determinou o expurgo do percentual de 0,5% na fórmula de reajustamento das obras de arte especiais (peça 75, p. 17-18, e 220, p. 5); diante das razões expostas pela unidade técnica à peça 75, manifesto-me de acordo com tais conclusões.

26. O subitem remanescente, 9.1.1.2 do acórdão acima referenciado, por sua parte, aborda a mesma irregularidade identificada no subitem 9.1.1.1 do Acórdão 1.910/2012-TCU-Plenário, qual seja, superfaturamento nos serviços de estacas escavadas.

III

27. Do superfaturamento total apontado pela unidade técnica, 95,4% foram obtidos a partir do método de limitação do preço global (MLPG), pelo qual foram consideradas as compensações entre os serviços superavaliados e aqueles com desconto (peça 217, p. 1). Por esse método quantificou-se a irregularidade “a”, referente à contratação de planilha orçamentária com preços excessivos frente ao mercado.

28. Por sua vez, o superfaturamento nos serviços de estacas escavadas (1,7% do total) foi calculado pelo método de limitação dos preços unitários (MLPU), sob o argumento de que o serviço foi incluído por termo aditivo ao contrato; em razão da diferença na metodologia de cálculo, o valor não integrou o balanço de compensações utilizado para a avaliação global do contrato.

29. Tal diferença metodológica, contudo, não se justifica, porquanto o serviço foi incluído em substituição a outro (fundação por tubulão) sem que o aditivo tenha promovido incremento de quantitativos ou de preços de insumos previstos originalmente. Ao final, o superfaturamento em razão dos itens relativos ao serviço de “estaca escavada” foi unicamente decorrente de sobrepreço, razão pela qual deveria ter sido incluído à planilha inserta à peça 217, p. 1.

30. Segundo a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 1.551/2008 e 2.126/2010, apreciados pelo Plenário e sob relatoria do Min. Augusto Nardes), o MLPU deve ser utilizado para apuração de superfaturamento decorrente de variações em quantitativos de serviços que causem desequilíbrio na equação econômico-financeira original do contrato, tanto pela inclusão de itens (ou aumento de quantitativos de itens existentes) com preços acima dos parâmetros de mercado quanto pela supressão de itens cujos preços tenham sido ofertados com descontos em relação a esses mesmos referenciais (o conhecido “jogo de planilha”).

31. Logo, deveria o MLPG ter sido aplicado de maneira a incluir mais esse sobrepreço (serviço de estaca escavada) no balanço de compensações – por ser, mais uma vez, o método apropriado para avaliação do sobrepreço global de um contrato de obra pública –, de modo a permitir que a sua variação acima do preço de mercado pudesse ser parcialmente compensada com o somatório dos itens contratuais com subpreço, isto é, favoráveis à contratada.

32. Pela forma como foi efetuada a citação referente ao superfaturamento no serviço de estacas escavadas (peça 75, p. 9-10 e 23-24), calculado separadamente e sem considerar o exame global dos itens orçamentários, eventual condenação resultante desse débito seria técnica e juridicamente questionável, além de incompatível com a jurisprudência do TCU. Conforme destacado pelo Acórdão 2.307/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, a metodologia utilizada para apuração de superfaturamento que não efetue compensação entre os serviços superavaliados e aqueles com desconto impede a caracterização de débito. O relator asseverou em seu voto “*que sobrepreços unitários não são suficientes para caracterizar, de pronto, o superfaturamento, desde que o valor global esteja compatível com os preços de mercado*”.

33. De modo similar, o Acórdão 335/2013-TCU-Plenário, rel. Min-Subst. Augusto Sherman, desqualifica o sobrepreço “*quando a metodologia de cálculo utiliza apenas um conjunto parcial de itens da obra e computa somente os serviços cujos preços são superiores aos do Sinapi, acrescidos de Benefícios e Despesas Indiretas, desconsiderando-se os itens que possuem preços inferiores àquele sistema referencial*”.

34. Além disso, o superfaturamento nos serviços de estacas escavadas foi quantificado em R\$ 2.589.330,73, calculado a partir do exame sobre o valor total do item, de R\$ 4.375.531,31 (peças 217, p. 1, item 29, 49, p. 5-7, e 60, em valores atualizados monetariamente até 2/5/2024). Ou seja, **o superfaturamento apurado corresponde a apenas 0,3% do valor do Contrato 25/2005, que é de aproximadamente R\$ 862 milhões em valores atuais, e a amostra de análise de preços contendo unicamente esse item orçamentário representa somente 0,51% do montante global pactuado.**

35. Como visto, à exceção dos serviços de estacas escavadas com lama bentonítica, **os demais itens com sobrepreço ou superfaturamento foram atingidos por prescrição – a qual tem natureza de prejudicial de mérito e obsta o exame da questão de fundo da causa –**, tornando a amostra pouco representativa, uma vez que resta um único item com sobrepreço e que deveria ter sido compensado por outros itens com subpreço, segundo o método da limitação do preço global. O fato é que a prescrição da quase totalidade da pretensão ressarcitória do débito apurado nestes autos torna ainda mais evidente a imprecisão metodológica mencionada anteriormente e inviabiliza por completo qualquer possibilidade de cobrança de potencial superfaturamento de um único item, ainda mais em contexto de desconsideração dos diversos itens contratuais apurados com subpreço.

36. Sendo assim, em virtude da incidência de prescrição sobre a quase totalidade, ou 98,3%, do superfaturamento apontado pela unidade técnica, tenho que o exame da irregularidade apurada nos serviços de estacas escavadas restou prejudicado por não ser possível concluir pela ocorrência de dano ao erário, tanto pela ínfima representatividade da amostra remanescente quanto pela adoção de método de quantificação que desconsiderou a compatibilidade do valor global do contrato com os preços de mercado.



Ante essas ponderações, manifesto-me no sentido de que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 29 de maio de 2024.

MINISTRO JHONATAN DE JESUS
Relator