TC-026.745/2006-4

Natureza: Recursos de Reconsideração.

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER (extinto), sucedido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.

Recorrentes: Roberto Borges Furtado da Silva (CPF 490.589.751-34), ex-Chefe Substituto da Divisão de Construção do extinto DNER; Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A (CNPJ 61.522.512/0001-02); Construtora Andrade Gutierrez S/A (CNPJ 17.262.213/0001-94); CBPO Engenharia Ltda. (CNPJ 61.156.410/0001-10); Iguatemi – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda. (CNPJ 83.256.172/0001-58).

Advogadas constituídas nos autos: Alexandre Aroeira Salles (OAB/MG 71.947), Patrícia Guercio Teixeira (OAB/MG 90.459), Marina Hermeto Corrêa (OAB/MG 75.173), Francisco de Freitas Ferreira (OAB/MG 89.353), Renata Aparecida Ribeiro Felipe (OAB/MG 97.826), Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (OAB/MG 101.379), Érlon André de Matos (OAB/MG 103.096), Nayron Sousa Russo (OAB/MG 106.011), Flávia da Cunha Gama (OAB/MG 101.817), Cynthia Póvoa de Aragão (OAB/DF 22.298), instrumentos de procuração às p. 13-16, peça 1.

Sumário: Tomada de contas especial decorrente de conversão de levantamento de auditoria (Fiscobras 2001). Superfaturamento em serviços de terraplanagem nas obras de duplicação da rodovia BR-101/SC – lote 8, trecho norte. Rejeição das alegações de defesa. Contas irregulares. Débito. Multa. Recursos de reconsideração parcialmente providos. Afastamento dos débitos e das multas. Julgamento pela regularidade com ressalva das contas dos responsáveis.

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

Trata-se de Recursos de Reconsideração interpostos pelo Consórcio formado pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, Andrade Gutierrez S/A e CBPO Engenharia Ltda. (peça 58, p. 3-26); pela empresa Iguatemi – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda. (peça 59, p. 3-74) e pelo Sr. Roberto Borges Furtado da Silva (peças 60-61; e 62, p. 1-35), contra o Acórdão 649/2011-Plenário (peça 15, p. 41-43), proferido na Sessão de 23/3/2011, Ata 9/2011, mantido pelo Acórdão 1.593/2011 – Plenário (peça 16, p. 48), em que o Tribunal julgou-lhes irregulares as contas e aplicou-lhes multa.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial – TCE, decorrente da conversão de relatório de levantamento de auditoria, conforme determinado pelo Tribunal no Acórdão n.º 1.887/2006-Plenário (peça 1, p. 2-4). O referido julgado determinou a constituição de dois processos apartados: um relativo às irregularidades concernentes aos superfaturamentos de itens de execução do Lote 1 e outro relacionado a itens de execução do Lote 8, ambos das obras de duplicação da rodovia BR-101/SC, trecho divisa PR/SC - Palhoça/SC (trecho norte), sendo o último lote o abordado nos presentes autos.

3. Após a citação dos responsáveis e análise das alegações de defesa, o Tribunal, por meio do Acórdão 649/2011-Plenário (peça 15, p. 41-43), mantido pelo Acórdão 1.593/2011 – Plenário (peça 16, p. 48), julgou-lhes irregulares as contas e aplicou-lhes multas.

4. Irresignados, o Consórcio formado pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, Andrade Gutierrez S/A e CBPO Engenharia Ltda.; bem como a empresa Iguatemi – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda. e o Sr. Roberto Borges Furtado da Silva interpuseram, cada um, recursos de reconsideração (peças 58, p. 3-26; 59, p. 3-74; 60; 61; e 62, p. 1-35).

5. O consórcio Andrade Gutierrez / Camargo Corrêa / CBPO requer o recebimento do recurso e o acolhimento do pedido para que seja declarada a regularidade do contrato, tornando insubsistentes os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 649/2011-Plenário ou, caso seja mantido o julgado, provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente a perícia (peça 58, p. 25).

6. A empresa Iguatemi solicita o conhecimento e provimento do recurso de reconsideração, de modo a desconstituir o sobrepreço a ela imputado, no bojo do Contrato PG-200/96-00, e, em consequência, afastar as penalidades impostas à empresa, mediante o Acórdão 649/2011-Plenário (peça 59, p. 22).

7. Por fim, o Sr. Roberto Borges Furtado da Silva requer (peça 60, p. 36-37):

> (...) seja arquivado definitivamente os presentes em relação a este defendente, tendo em vista a completa ausência de pressupostos válidos e regulares para o desenvolvimento desta ação, tendo em vista o decurso de aproximadamente 11 anos entre o fato gerador do débito e a inclusão deste recorrente neste processo, o que comprometeu, de maneira insanável, o direito constitucional de ampla defesa e o devido processo legal.
> 117) Não sendo este o entendimento, considerando (i) a inexistência de conduta ilícita por parte deste recorrente; (ii) a ausência de interferência deste recorrente na aprovação da 2ª Alteração de Projeto em Fase de Obras; e (iii) a inexistência de sobrepreço/superfaturamento, requer seja conhecido e provido o presente Recurso de Reconsideração, acolhendo integralmente as justificativas apresentadas por este recorrente para os fins de afastar as condenações impostas pelo Acórdão 649/2011 — Plenário.
> 118) Pelo princípio da eventualidade, caso esta Corte de Contas ainda assim entenda pela possibilidade de responsabilização, requer seja afastada a multa imputada a este recorrente, tendo em vista o decurso do prazo prescricional, estatuído pelo artigo 205 do Código Civil Brasileiro.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

119) Por fim, ainda em atenção ao princípio da eventualidade, ultrapassados todos os pedidos anteriores, espera-se seja observada a proporcionalidade, razoabilidade e não confisco na imputação de eventual débito e multa.

ADMISSIBILIDADE

8. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 58, p. 26-28; 59, p. 75-77; e 63, p. 27-31), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator (peça 63, p. 32), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4 e 9.4 do Acórdão 649/2011-Plenário, mantido pelo Acórdão 1.593/2011 – Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

9. Percebe-se, com a leitura dos três recursos interpostos, que há pelo menos dois grupos de argumentos comuns, os quais, em respeito à racionalidade administrativa e à economia processual, serão analisados em conjunto. As alegações não comuns serão enfrentadas de forma individualizada, na sequência da instrução.

Argumentos – Percentual representa variação normal do mercado (peças 58, p. 3-16; 59, p. 14-18;e 60, p. 32-34)

10. Os recorrentes inicialmente apresentam o histórico do processo, com destaque para as informações do consórcio Andrade Gutierrez / Camargo Corrêa / CBPO (peça 58, p. 3-8), que abarcam praticamente todos os fatos relatados pelos demais. Ressalta o grupo que aquelas empresas firmaram com o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER o contrato n. PG-200/96-00, com a finalidade de restaurar e duplicar o trecho PR/SC – Palhoça/SC da BR 101-SC, compondo o Lote 8 da obra, recebida em 31/12/2000.

11. Informa que, após a instauração do processo 003.715/2001-3, com a finalidade de apurar indícios de irregularidades nos Lotes 01, 02, 03, 05, 06, 07 e 08 da BR-101/SC, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.887/2006-Plenário, determinou, sem notificação prévia, a conversão dos autos em TCE para apurar o dano e identificar responsabilidades por pagamentos supostamente indevidos nos Lotes 01 e 08. Para tanto, transcreve os respectivos mandamentos da deliberação.

12. Assevera que, com os esclarecimentos dos responsáveis, mantiveram-se as investigações apenas em relação aos serviços de "ECT de mat de 2ª cat.", conforme trecho do Acórdão 1.887/2006-Plenário, transcrito no recurso (peça 58, p. 5-6), sendo que apenas no Lote 08 haveria indício de superfaturamento.

13. Afirma que, em 16/11/2006, com a decisão citada, o Tribunal de Contas da União – TCU instaurou a presente TCE e, em abril de 2007, mais de 10 anos depois da assinatura do contrato e sem ouvir previamente o Consórcio, notificou as empresas integrantes para recolherem a quantia de R$ 3.165.370,62, a preços iniciais, ou apresentar alegações de defesa.

14. Destaca que o superfaturamento apresentado pela Corte decorreu da comparação dos preços constantes do contrato com os valores do Sicro 2 (região Sul) de outubro de 2000, para obras de construção, retroagido até a data base do contrato, em maio de 1996. O cálculo, segundo o recorrente, foi ajustado, prevendo crescimento constante e proporcional das velocidades médias após 5.000m, com redução em 30% na produtividade dos caminhões e BDI de 32,68% do Sicro, vigente em outubro de 2000, afastando-se o BDI de 35,80% do DNER, à época da celebração do ajuste.

15. Nas primeiras alegações de defesa, o Consórcio salientou a necessidade de que a unidade técnica revisse os cálculos do débito, considerando as características específicas do Lote 8,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

desconsideradas no comparativo de preços realizado, o que demonstraria a regularidade dos valores contratuais.

16. Sustenta que, entre abril de 2007 e março de 2011, data do julgamento, o Consórcio sempre buscou subsidiar o processo, com a apresentação de memoriais e elementos técnicos hábeis a elucidar os indícios de irregularidade, mesmo diante das dificuldades em reunir documentos e dados, tendo em vista o transcurso de mais de 10 anos do início das obras e mais de sete anos da conclusão dos serviços.

17. O Consórcio observa que houve o acolhimento paulatino dos fatos e dados, com a redução considerável do valor inicialmente apontado como indício de superfaturamento, tendo o Tribunal acolhido a última proposta da Secretaria de Obras – Secob.

18. A unidade técnica reconheceu a velocidade de cruzeiro para os caminhões após determinada distância, manteve o BDI de 32,68% e considerou como não comprovada a influência das chuvas sobre os custos das atividades, com o uso do Sicro da região Sul e CPUs de construção e não restauração.

19. O Consórcio sustenta que o Tribunal, apesar de acatar os esclarecimentos dos responsáveis, condenou-os solidariamente ao pagamento de R$ 1.277.684,52 (a preços iniciais), o que constituiria quantia equivalente a 1,21% do valor total do contrato, além de multa. No rodapé do pedido, as empresas transcrevem trecho em que a unidade técnica fala sobre o débito (peça 58, p. 8).

20. Os três recorrentes, apresentando o Consórcio como um único autor, para facilitar a identificação, consideram normal o percentual de variação dos preços do contrato em relação ao mercado, não configurando superfaturamento.

21. O Consórcio aduz que o Plenário condenou-o a devolver sobrepreço de R$ 1.277.684,52, equivalente a 1,21% do valor total do contrato, não tendo observado que o valor final identificado não configura prejuízo ao erário, pois constitui variação normal de mercado, especialmente ao considerar que os valores retroagiram por quatro anos, sendo regulares.

22. A conclusão do Tribunal, segundo o Consórcio, deveria ser semelhante à alcançada na Auditoria de 2006, quando da análise dos demais Lotes 02, 03, 05 e 06, ou seja, com a constatação de sobrepreço irrisório, não podendo ser considerados irregulares. Nesse sentido, transcreve trecho do Acórdão 1.887/2006 – Plenário (peça 58, p. 10).

23. Sustenta que esta Corte, ao avaliar os sobrepreços dos lotes citados, os quais possuem percentuais compatíveis com os descritos no recurso, ou seja, 4,8% do total da terraplenagem e 1.21% do total do contrato, afastou o indício de irregularidade, reconhecendo a lisura do contrato, conforme quadro transcrito na peça recursal (peça 58, p. 10), convertendo em TCE apenas os Lotes 01 e 08.

24. Com isso, segundo as empresas, seria coerente dar ao Lote 8 o mesmo tratamento dos demais, sendo esse o posicionamento pacífico da jurisprudência do Tribunal, na concepção delas. Nessa senda, o Consórcio apresenta Acórdãos em que o TCU afastou sobrepreços entre 0,45% e 7,94% do valor total do contrato ou do valor faturado (peça 58, p. 11-16), em relação ao Sicro, considerando o percentual de 1,21% variação normal do mercado.

25. No mesmo sentido, a empresa Iguatemi também considera variações inferiores a 2% do valor contratado, em comparação aos preços de mercado, como normais, sem que se configure sobrepreço (peça 59, p. 14-15). Nessa linha, apontando como valores inicial e final do contrato os montantes de R$ 73.067.005,38 e R$ 105.372.364,03, respectivamente, considera o sobrepreço de R$ 1.277.684,52, a preços iniciais, como normal, tendo em vista perfazer somente 1,75% da quantia inicial e 1,21% do custo final da obra.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

26. A empresa Iguatemi destaca, ainda, que o hipotético sobrepreço presente no Acórdão 649/2011-Plenário consiste, em verdade, em variação de custos normalmente detectada no mercado, decorrentes de condições e *Know-how* de cada licitante, na busca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não sobrepreço.

27. Da mesma forma que o Consórcio, a empresa recorrente apresenta conjunto de jurisprudências nas quais esta Corte considerou que diferenças percentuais inferiores a 2% do valor do Contrato não configuram sobrepreço (peça 59, p. 15-18). Os julgados apresentados contêm percentuais entre 0,45% e 7,94%, tendo como parâmetro ora o item, ora o lote, ora o valor total do contrato ou o montante faturado. Há acórdão já citados pelo Consórcio.

28. O Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, após novamente buscar afastar a responsabilidade dele em relação às irregularidades, afirma que o débito que lhe foi imputado, atinente à 2ª Adequação de Projeto, equivale a apenas 1% do valor total do contrato, o que afasta as imputações de sobrepreço da equipe técnica, sendo aceitável. Igualmente, apresenta jurisprudência do TCU com isenção sobre percentual de preços realizados de 4,84% superior ao Sicro (peça 60, p. 34).

29. Com isso, os três recorrentes não consideram que o percentual de acréscimo nos preços em relação ao Sicro-2 possa configurar sobrepreço, devendo-se afastar os débitos que lhes foram imputados.

Análise

30. Os argumentos dos responsáveis estão corretos e são capazes de afastar o débito que lhes foi imputado. Primeiramente, é necessário esclarecer parte do *iter* para constatação do suposto sobrepreço constante do Lote 08 do Contrato PG-200/96-00. Para tanto, nos mesmos moldes da deliberação recorrida, cabe reproduzir os seguintes trechos do voto condutor do Acórdão 1.887/2006-Plenário, que ordenou a citação dos responsáveis:

> 2. Para o Lote 8, o débito é estimado em R$ 3.199.340,16, a preços de maio de 1996 e decorre de superfaturamento de itens de Escavação, Carga e Transporte (ECT) de material de 2ª categoria, para diversas distâncias, em quantitativos acrescidos aos já existentes no contrato inicial ou relativos a novas distâncias não previstas inicialmente e também incluídas por meio de aditivos.
>
> 3. O critério para se definir os preços excedentes cobrados do extinto DNER foi o Sicro 2, de acordo com a metodologia referendada pela Secob e já explicitada no precedente Relatório.
>
> 4. Os quantitativos acrescentados e incluídos nos aditivos contratuais estão representados por faixas de distância de ECT de 2ª categoria na tabela do parágrafo 52 do relatório de inspeção, reproduzido no Relatório que antecede este Voto e revela um superfaturamento no percentual de 44,92% em relação aos preços do Sicro 2.
>
> [...]
>
> 13. Com base no até aqui exposto, estou convicto de que a unidade técnica logrou individualizar os atos e liames contratuais que definem a responsabilidade dos agentes solidários, a conseqüência das condutas desses agentes que culminaram com o pagamento de itens de execução das obras dos Lotes 1 e 8 da duplicação da BR 101/SC, trecho norte, com preços acima dos de mercado, calculados sob o parâmetro do Sicro 2, conforme metodologia proposta pela Secex-SC e corroborada pela Secob, após a avaliação determinada pelo Acórdão nº 596/2005-Plenário.
>
> 14. Ressalto que os resultados apurados na presente fase representam um consistente amadurecimento da metodologia de cálculo do débito e da adequação dos pressupostos jurídicos às particularidades do empreendimento, haja vista ter sido financiado com recursos do BID e ter utilizado as normas desse organismo internacional para a realização da licitação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> 15. Em duas oportunidades o Tribunal considerou inadequados os paradigmas utilizados para fins de apuração de superfaturamento. Assim é que o Acórdão nº 166/2004-Plenário rejeitou a comparação entre os preços contratados e os orçados com base no Sicro 1. Também por ocasião do Acórdão nº 596/2005-Plenário mostrou-se insatisfatório o cálculo do débito baseado no orçamento elaborado em 1989 e nas propostas vencedoras, com vistas a identificar a compatibilidade entre os preços unitários e globais.
>
> 16. Dessa forma, sempre orientado pela busca da verdade material, é que se autorizou uma terceira análise do tema superfaturamento, desta vez com a utilização dos preços do Sicro 2, mais confiável do que o Sicro 1, corrigindo seus valores por índices oficiais para comparar com os preços pagos para itens acrescentados e para itens que tiveram seus quantitativos aumentados por meio de termos aditivos aos contratos originais, entre os anos de 1997 e 2001, período em que foram executadas as obras.
>
> (...)
>
> 18. Sob a nova abordagem empregada no derradeiro trabalho da Secex-SC, logrou-se afastar suspeita de débito nos Lotes 2 a 7 da obra, restando apurada a prática de preços superiores aos de mercado para itens de serviços acrescentados ou que tiveram quantitativos aumentados nos Lotes 1 e 8, conforme exposto no decorrer deste Voto e do Relatório que o antecede.
>
> (...)

31. Por deliberação do Acórdão 1.887/2006-Plenário e de despacho do Ministro Relator, com determinação para que a Secob desse continuidade à TCE, a unidade técnica especializada quantificou dois valores de débito com distintas origens e responsáveis solidários, ambos relacionados ao Lote 8 das obras.

32. O primeiro débito se originou do 2º Termo Aditivo ao Contrato PG-200/96-00, com preços unitários superiores aos valores encontrados no Sistema Sicro 2, analisando-se os acréscimos dos itens de ECT de material de 2ª categoria entre as distâncias de 3.000-5.000 metros, 17.000-20.000 metros, 20.000-23.000 metros, 23.000-26.000 metros e 26.000-29.000 metros.

33. O segundo débito, por outro lado, refere-se à 2ª Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras ao Contrato PG-200/96-00, no qual constaram valores unitários superiores aos preços calculados com base no Sicro-2 para os quantitativos acrescidos ao contrato dos itens de ECT de material de 2ª categoria entre as distâncias de 5.000-7.000 metros, 7.000-10.000 metros, 10.000-15.000 metros e 15.000-17.000 metros.

34. Naquela ocasião, os débitos que integraram as citações foram definidos com base nas quantias presentes no relatório de inspeção (peça 18, p. 26), calculando-se o percentual de majoração por comparação entre o valor contratado e os preços de mercado de cada um dos nove itens dos serviços de escavação, carga e transporte de material de segunda categoria (peça 1, p. 37). Após, calcularam-se os débitos em cada medição, nas respectivas datas de pagamento, utilizando os percentuais de sobrepreço encontrados (peça 1, p. 38-43 e 44-51).

35. O sobrepreço total atribuído aos responsáveis, no Lote 8, até aquele momento, girou em torno de R$ 3.165.370,62, correspondente a 23,93% em relação aos itens de ECT de 1ª e 2º categorias e 12,01% do total de terraplenagem (peça 39, p. 50), bastante superior aos acréscimos encontrados nos demais lotes.

36. Após a análise das alegações de defesa apresentadas e especialmente de memoriais juntados pelo Consórcio, a Secob-2 reconheceu que a velocidade média dos caminhões, a partir de Distâncias Médias de Transporte superiores a 5.000m, tende a se manter constante e não crescente como havia

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

calculado a Secretaria de Controle Externo de Santa Catarina - Secex/SC (peça 15, p. 19-21).

37. Diante disso, a unidade técnica especializada realizou novo cálculo, reduzindo para menos da metade o débito anteriormente imputado. A manifestação da Secob-2 integra o relatório da deliberação recorrida e foi acompanhada pelo Tribunal (peça 15, p. 19-21).

38. Os técnicos apontaram débito de R$ 1.277.684,52 (peça 15, p. 20), montante usado pelos recorrentes para se defenderem nos recursos em análise. Essa quantia, contudo, é diferente do somatório total dos débitos por data de pagamento, presentes nas tabelas finais de condenação (peça 15, p. 41-43), o qual equivale R$ 1.499.969,35.

39. A diferença entre os dois totais tem razão de ser. O débito a ser atribuído aos recorrentes foi calculado, ao final, aplicando-se os percentuais de sobrepreço colocados a mão ao lado da planilha à p. 37, da peça 1 sobre os pagamentos em cada medição (peça 56, p. 21-35). Por conta disso, esse montante inclui tanto o valor pago a preços iniciais quanto a parcela excedente nos reajustamentos, conforme se nota no memorial do cálculo do débito (peça 56, p. 21-35).

40. É essa porção que não constou no cálculo preliminar da Secob-2 presente no relatório do Acórdão recorrido (peça 15, p. 20), por se tratar de conta envolvendo apenas os preços unitários iniciais.

41. Não há qualquer incorreção no procedimento da unidade técnica, pois os reajustamentos também embutem o sobrepreço dos valores iniciais. Assim, antes de qualquer discussão acerca da materialidade do sobrepreço, o valor a ser utilizado será R$ 1.499.969,35.

42. Diante desse valor e com base nos dados dos lotes constantes dos autos (peça 39, p. 50) e citados na peça recursal, o sobrepreço no Lote 8 equivale a 10,07% do total de ECT de 1ª e 2ª categoria e 5,69% do total de terraplenagem, esse último percentual calculado indiretamente por não estar claro nos autos o montante-base. Com isso, nota-se que, após as últimas adequações, o valor excedente retrocedeu à metade do cálculo inicial da TCE, permanecendo apenas um pouco acima dos demais, em especial o Lote 3 (peça 39, p. 50).

43. Em que pese os percentuais apresentados pelos recorrentes não serem verdadeiros, os diferenciais em relação ao Sicro-2, de fato não são substanciais de modo a fundamentar de maneira justa débito aos responsáveis, quando se constata já ser a terceira tentativa de verificação do débito pelo Tribunal, já tendo esta Corte rechaçado o uso dos valores do orçamento de 1989 e do Sicro-1.

44. Em relação ao total do contrato, de R$ 106.340.481,00 (peça 38, p. 46), o percentual do excesso individualmente é muito baixo, correspondendo a cerca de 1,41%, podendo, como discorreram os recorrentes, caracterizar alteração normal de mercado.

45. Em relação à variada jurisprudência apresentada pelos recorrentes com aceitação, como normal, de baixos percentuais de sobrepreço, em que pese corresponder a entendimento construído paulatinamente pelo Tribunal, deve ser observado com cautela. O melhor posicionamento sobre a questão está descrito no Acórdão 1.054/2011 – Plenário:

> 47. Prosseguindo, observo que o sobrepreço final apurado (R$ 11.034.149,22) pela unidade técnica equivale a 6,59% do valor final do contrato (R$ 178.598.358,68), após a 5ª e 6ª revisões, daí que poder-se-ia argumentar que o mencionado percentual seria decorrente das variações naturais de mercado, insuficiente, assim, a configurar a irregularidade.
>
> 48. Primeiramente, tenho que o entendimento construído por este Tribunal ao longo dos anos (v.g. Acórdão 394/2003, 1198/2004, 752/2007 e 2130/2010, todos do Plenário), no sentido de considerar aceitáveis pequenas diferenças de preços em relação ao parâmetro de comparação, não pode ser

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> aplicada indiscriminadamente a todas as situações, mas sopesando as circunstâncias de cada caso concreto, especialmente as condições em que os preços foram contratados, as variações de preços verificadas e os reflexos do sobrepreço nos itens da planilha contratual.

46. Para que se possa considerar o sobrepreço encontrado variação normal do mercado, devem-se analisar as circunstâncias do caso concreto e a confiabilidade do comparativo de preços, além da baixa materialidade.

47. Diante disso, no presente caso, além do baixo percentual do sobrepreço em relação ao item ECT de 1ª e 2ª categorias, ao valor final da terraplenagem e no que concerne ao montante global do contrato, não se pode olvidar, também, que a comparação se baseou no Sicro-2 de 2000, com preços retroagidos a 1996, data-base do ajuste, por índices da Fundação Getúlio Vargas, após o afastamento de outros dois parâmetros. As mudanças no mercado envolvem mais do que os índices oficiais podem coletar.

48. A metodologia utilizada, como se discutirá detalhadamente no próximo tópico, poderia justificar grandes discrepâncias entre os valores praticados no contrato e a referência do Sicro-2. Todavia, ao retroagir os valores e identificar baixo percentual de sobrepreço, ratifica-se o posicionamento dos recorrentes de que essas variações podem realmente configurar discrepâncias normais de mercado.

49. Assim, apenas para o caso concreto, a baixa materialidade relativa do sobrepreço encontrado justifica o afastamento do débito.

50. Dessa forma, propõe-se o afastamento do débito dos responsáveis e, por conseguinte, das multas que lhes foram aplicadas, excluindo-se os subitens 9.2, 9.2.1, 9.2.2, 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4 e 9.4 do Acórdão recorrido, julgando-se regulares com ressalva as contas de todos os envolvidos.

Argumentos – Metodologia utilizada para cálculo do débito (peças 58, p. 16-19; 59, p. 18;e 60, p. 34)

51. Os recorrentes sustentam que, em razão da ausência de referências seguras, a unidade técnica optou por retroagir os valores do Sicro de outubro de 2000 para maio de 1996, em período superior a quatro anos. Para tanto, o Consórcio transcreve trecho do Acórdão 1.887/2006 – Plenário nesse sentido, afastando-se a comparação anterior baseada no Sicro 1.

52. Essa nova comparação, de acordo com as empresas e com base, segundo elas, na jurisprudência do Tribunal, pode provocar graves distorções nos resultados. Apresentam, nessa linha, julgados desta Corte, em que se discute a confiabilidade dos resultados na retroatividade de valores com o uso de índices oficiais.

53. Em um dos julgados, o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira declara não considerar legítima a técnica de deflacionar preços do Sicro para comparar valores exercidos em contratos no passado, tendo em vista que esses montantes poderão não espelhar, com fidedignidade, aqueles da conjuntura vigente na época da contratação (peça 58, p. 17).

54. Em outra decisão, questiona-se a confiabilidade de atualizações realizadas sobre períodos muito longos, tais como 10 anos, o que provocaria distorções nos preços (peça 58, p. 18). Com isso, conclui o Consórcio sobre esse argumento, que é comum a todos os recorrentes:

> 29. Tem-se, portanto, que, **além de o suposto superfaturamento ter sido apontado em percentual final ínfimo (1,21%), que legitimamente não representa irregularidade, o comparativo de preço realizado, definitivamente, não entrega confiabilidade ao resultado obtido**. (Grifos no original).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

55. Não consideram razoável e justo condená-los por pequena diferença de preços, especialmente quando o acréscimo decorre de técnica que pode ensejar distorções nos valores de referência, em razão do grande lapso de tempo entre os montantes praticados no contrato em 1996 e os referenciais de 2000, retroagidos até aquela data.

Análise

56. Os argumentos dos recorrentes estão parcialmente corretos. Como relatado na deliberação recorrida (peça 15, p. 5-6), a sistemática utilizada pela Secex/SC e corroborada em grande medida pela Secob-2 foi bastante conservadora, aplicando-se, inclusive, redutor de 30% nas velocidades em áreas urbanas, percentual três vezes superior ao preconizado pelo Sicro.

57. Além disso, a unidade técnica, após os questionamentos dos responsáveis, analisou a aceitabilidade dos preços dos principais insumos de terraplenagem na composição escolhida, atestando a adequação da metodologia (peça 15, p. 17-18).

58. Assim, ao contrário do que afirmam os recorrentes, a composição de preços escolhida poderia embasar questionamentos para grandes diferenças de valores praticados no contrato e, por conseguinte, sobrepreço elevado, como o encontrado inicialmente na formação da TCE (peça 2, p. 19), com débito superior a R$ 3,5 milhões de reais.

59. Por outro lado, depois das inúmeras discussões ocorridas no processo e após sucessivas reduções no valor do dano, a sistemática de retroagir os preços de 2000 a maio de 1996, utilizando-se parâmetros da FGV, resultando em diferenças de preços inferiores a 10% do valor final de terraplenagem e menos de 2% do montante total do contrato, pode, de fato, como afirmam os recorrentes, constituir variação normal de mercado não abarcada pelos índices oficiais. O valor do débito inicial reduziu-se para menos da metade (peça 15, p. 41-43).

60. Nessa linha, não fosse a baixa materialidade do sobrepreço em relação ao valor final de terraplenagem, ao montante de ECT de 1ª e 2ª categoria e ao valor total do contrato, a sistemática seria perfeitamente aceitável.

61. Assim, em que pese a metodologia pudesse embasar o cálculo do sobrepreço pressuposto no Acórdão 1.887/2006 – Plenário, não é razoável, ao se deparar com as pequenas variações obtidas após os ajustes efetuados na deliberação recorrida.

RECURSO CONSÓRCIO ANDRADE GUTIERREZ / CAMARGO CORRÊA / CBPO (peça 58, p. 3-26)

Argumentos (peça 58, p. 19-20)

62. Os argumentos individuais do Consórcio Andrade Gutierrez / Camargo Corrêa / CBPO serão analisados a partir deste ponto. O recorrente afirma que a unidade técnica desconsiderou o pedido dele para observar a perda de produtividade decorrente das reconhecidas chuvas na região sul do país, fato que deve ser considerado na fase de orçamento, segundo trecho do Manual de Custos Rodoviários, transcrito no pedido (peça 58, p. 19).

63. Destaca que o Tribunal reconhece o impacto negativo das chuvas na execução de obras de infraestrutura, conforme trecho do Acórdão 490/2005-Plenário, em que a Corte aponta como necessária, em cada caso, a verificação de possíveis ajustes atinentes ao impacto desse fator climático não previsto no Sicro-2. Isso fragilizaria ainda mais o resultado, na concepção das empresas.

Análise

64. Não assiste razão ao Consórcio. Primeiramente, é importante ressaltar que o Tribunal já

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

deixou claro que o Acórdão 490/2005-Plenário tratou de questão específica, não podendo ser considerado como paradigma para todas as situações envolvendo questões climáticas, como destacado no relatório da deliberação combatida (peça 15, p. 6):

> Inicialmente cumpre registrar que o entendimento firmado no Acórdão nº 490/2005-Plenário não deve ser estendido a outros casos, pelo caráter excepcional de que se reveste, conforme clara manifestação registrada na ocasião e abaixo transcrita:
> '15. Há, assim, base na jurisprudência da Corte para que se possa anuir, ainda que em caráter excepcional, com a metodologia de incorporação dos efeitos da chuva aplicada pelo Dnit ao orçamento básico da licitação para as obras de duplicação da BR-101/Nordeste, muito embora não se tenha chegado, ainda, a consenso firme o suficiente sobre a correção dessa metodologia, que, ademais, constitui uma inovação na prática de licitações da autarquia, como ela bem reconhece em seus esclarecimentos prestados à equipe durante os trabalhos de acompanhamento. Há também que considerar que se trata ainda de orçamento-base, sobre cujo valor total, tido como limite máximo, incidirão os descontos a serem propostos pelas licitantes que acorrerem à licitação' (...) (Acórdão nº 2.061/2006-Plenário)

65. O Acórdão 2.061/2006 – Plenário destaca, também, que paralisações inferiores a nove dias, decorrentes da influência das chuvas, estariam compensadas por outros fatores supervalorizados pelo Sicro, tais como custo de aquisição de equipamentos e depreciação. Dessa forma, não obstante esse sistema não abarcar os fatores climáticos, possui outros elementos compensatórios com precificação em excesso:

> '(...)
>
> 3.2.11 A título de exemplo apresenta-se a planilha exemplificativa em anexo (fls. 333/337), que traz o serviço 'Escavação carga e transporte de materiais de 1ª categoria, DMT 400 a 600m, c/ carregadeira', simulando uma situação em que ocorrem 9 dias de paralisação decorrentes de chuvas, dentro de um mês no período de construção rodoviária (computados os dias em que chove e o tempo de espera até que haja condições de trabalho). Admitindo-se como hipótese a pior das situações, ou seja, aquela em que a obra fica paralisada completamente durante esses dias, ainda assim ficou comprovado que não há elevação significativa no custo do serviço (fls. 334/335). Ao se levar em conta apenas dois dos fatores redutores de custo citados acima e não considerados pelo Sicro (custo de aquisição de equipamentos e depreciação), constatou-se que o custo do serviço, pelo contrário, mostra-se abaixo daquele constante do Sicro (fls. 336/337).

66. Nesse sentido, exatamente como manda o precedente indicado pelo recorrente, a Secob-2 avaliou, com precisão, os impactos das chuvas sobre as obras da BR-101, utilizando dados encaminhados pelo próprio Consórcio, tais como o índice pluviométrico de 5mm, como fator de paralisação. Contudo, adequadamente, não os considerou suficientes para alterar os parâmetros de precificação:

> 65. Tabulando-se os dados pluviométricos encaminhados como defesa (fls. 362/366, Vol. 1), elaborou-se o Quadro 2 (fls. 558/559, Vol. 2). Ali calculou-se a quantidade de dias com precipitação acima de 5mm para cada ano, no período de 1997 a 2000, confrontando-se em seguida com o total de dias do mesmo período para obter-se o percentual de dias em que ocorreu a mencionada precipitação em relação ao total. Multiplicando-se esse percentual por trinta, obtém-se a média de dias de paralisação dos trabalhos no período de um mês. Feito isto, verifica-se que a referida média de dias com precipitação acima de 5mm em um mês não chega a oito dias (7,6 dias/mês), inferior, portanto ao valor considerado no estudo antes mencionado, trazido pelo Acórdão nº 2.061/2006. Ou seja, mesmo que fosse considerada aceitável a paralisação dos serviços com precipitações de apenas 5mm/dia, observa-se que o número de dias paralisados não excede aquele comprovadamente coberto pelos outros fatores desconsiderados pelo Sicro e que compensam a não consideração das chuvas, conforme o citado Acórdão nº 2.061/2006-Plenário (9 dias/mês).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> Logo, não restou comprovada, no presente caso concreto, a situação de chuvas extraordinárias que serviu de base para a decisão prolatada em caráter excepcional por ocasião do Acórdão nº 490/2005-Plenário, não cabendo, portanto, sua aplicação. (peça 15, p. 8).

67. Dessa forma, assim como solicita o Consórcio recorrente, a unidade técnica avaliou a influência do clima nos preços do Sicro-2, restando claro que as chuvas ocorridas no período de realização das obras não seriam capazes de influenciar os custos incorridos.

Argumentos (peça 58, p. 20-21)

68. O recorrente reclama, também, que o BDI utilizado pela Secob nos valores de referência não foi o percentual praticado pelo próprio DNER, atual DNIT, na data-base do contrato. Com isso, para o Consórcio, o Tribunal, 15 anos depois da celebração do contrato, a partir de referenciais de mercado retroagidos por período superior a quatro anos, desconsiderando as peculiaridades da região, condenou-o injustamente por sobrepreço correspondente a apenas 1,2% do valor contratual, variação normal do mercado, segundo eles.

Análise

69. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. A questão do BDI já foi exaustivamente discutida pela unidade técnica e, como afirmou a Secob, em manifestação transcrita no relatório do Acórdão recorrido (peça 15, p. 26), seria destemperado utilizar todos os parâmetros do Sicro-2 e apenas o percentual de despesas indiretas praticado em 1996.

70. A mistura de referências seria prejudicial à busca da verdade real. O BDI do sistema empregado apenas poderia ser afastado, caso ficasse absolutamente clara a inadequação do parâmetro, o que, de pronto, não ocorreu na espécie.

71. Ao contrário, o percentual aplicado pela unidade técnica é bastante razoável, pois essa proporção se encontra em queda na precificação de obras rodoviárias, sendo que o BDI do Sicro-2 de 2002 era de 23,90% e, atualmente, de acordo com a Portaria 1.186/2009 do DNIT, encontra-se no patamar de 27,84%. Não fosse a baixa materialidade relativa do sobrepreço, o índice seria plenamente aplicável para corroborar o excesso.

Argumentos (peça 58, p. 21)

72. Além dos argumentos analisados acima, o Consórcio Andrade Gutierrez / Camargo Corrêa / CBPO alega que o Acórdão os submete a pesados ônus financeiros (juros) relativos a 15 anos de tramitação processual, dos quais ele teve a oportunidade de defesa apenas nos últimos quatro exercícios.

73. Sustenta que o valor apontado como indevido é de R$ 1.277.684,52, os quais, com o acréscimo de juros de mora e correção monetária, atingem R$ 7.588.526,28, correspondentes a seis vezes o valor originalmente apontado pelo Tribunal, o qual, segundo o recorrente, sequer pode ser considerado sobrepreço.

Análise

74. Não assiste razão ao responsável. Inicialmente, com os ajustes na argumentação do recorrente explanados anteriormente, o valor do débito atribuído por esta Corte é de R$ 1.499.969,35. A correção monetária e os juros moratórios tem amplo embasamento no art. 19 da Lei 8.443/1992, fundamento do subitem 9.2 do Acórdão 649/2011-Plenário. Além disso, não houve irregularidade nos procedimentos do Tribunal quanto ao contraditório e a ampla defesa do Consórcio, argumento a ser discutido com detalhe no próximo tópico.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

Argumentos (peça 58, p. 21-24)

75. O Consórcio, utilizando-se do princípio da eventualidade, busca aplicar ao caso a Instrução Normativa/TCU 56/2007, que dispensa a TCE ou determina o arquivamento dos autos em trâmite no Tribunal após o decurso de 10 anos, contados da data do evento ou da ciência do fato, ressalvando-se a possibilidade de apurar a responsabilidade do agente que deu causa ao atraso. Nesse sentido, transcreve os §§ 4º e 5º do art. 5º e o §2º, incisos I e II, da Lei Orgânica do TCU.

76. Destaca, ainda, o disposto no art. 10 da referida instrução normativa, também transcrito no pedido, o qual, na concepção das empresas, exige o arquivamento dos autos nas hipóteses de valor e tempo definidos.

77. Aduz que, havendo tempo excessivo entre o fato gerador do processo de contas e a primeira notificação do responsável, haverá grave comprometimento das prerrogativas de defesa da parte. Nessa linha, sustenta, com subsequente transcrição de inúmeros julgados do Tribunal, que:

> (...) o longo tempo decorrido entre os fatos questionados (suposto sobrepreço no Contrato n.° PG-200/96-00) e a notificação da empresa 10 anos depois comprometeu, de forma significativa, sua defesa, devendo, as contas serem julgadas iliquidáveis, conforme jurisprudência desta Corte de Contas, senão vejamos: (...) (peça 58, p. 22).

78. Com isso, considera não ser possível apontar irregularidade em preços pactuados legitimamente há tantos anos, sendo que o decurso de 10 anos impede o exercício adequado do direito de defesa, em razão das dificuldades em se provar os fatos e realizar a comparação de preços de serviços pactuados em momentos econômicos distintos.

Análise

79. Não assiste razão ao recorrente. O primeiro pagamento incluído no débito ocorreu em 20/1/1998 (peça 1, p. 26 e 38) e a citação das empresas que compõem o Consórcio se efetivou na data de 20/4/2007 (peça 3, p. 3, 6 e 10), após transcorridos nove anos, três meses e quatro dias do fato gerador. Desse modo, os dispositivos da Instrução Normativa/TCU 56/2007 foram plenamente respeitados, não havendo equívocos na atuação do Tribunal nesse ponto.

Argumentos (peça 58, p. 24-25)

80. O Consórcio afirma, ainda, que a realização de prova pericial por órgão ou técnico externo a esta Corte teria confirmado a regularidade dos preços contratuais, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

81. Aduz que a prova pericial é prerrogativa do princípio da ampla defesa, conforme trecho doutrinário transcrito no recurso (peça 58, p. 24). Segundo os autores citados, com fundamento no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, assegura-se aos litigantes em processo judicial ou administrativo a possibilidade de apresentar razões, documentos e produzir provas, inclusive periciais, sob pena de nulidade.

82. Assevera que a prova pericial no Tribunal encontra respaldo no art. 298 do RITCU, que permite a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil – CPC; nos artigos 420 e seguintes do CPC, com dispositivos referentes à perícia; e no art. 38 da Lei 9.784/1999, com permissão de solicitação de perícia no processo administrativo.

83. Argumenta que somente a prova pericial seria arcabouço probatório incontroverso para definir a existência ou não de irregularidade, devendo-se presumir a boa-fé e a inocência do administrado, caso não se autorize a perícia, especialmente ao se deparar com apenas 4,8% de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

sobrepreço em relação ao total de terraplenagem e 1,21% no que concerne ao total do contrato.

84. Com isso, requer, caso o Tribunal mantenha a deliberação recorrida, a realização de prova pericial, com fundamento nos princípios da ampla defesa, do contraditório e da ampla instrução probatória, nomeando-se perito oficial imparcial e permitindo a participação de assistentes técnicos para acompanhamento dos trabalhos.

Análise

85. Não assiste razão ao Consórcio quanto ao esse ponto. Como já destacado na deliberação recorrida (peça 15, p. 26 e 39), a prova pericial não possui previsão legal quanto ao processo administrativo nesta Casa. Além disso, a questão foi adequadamente analisada por duas distintas unidades técnicas do Tribunal, com intensa atuação dos responsáveis, com capacidade para o amadurecimento técnico suficiente do tema.

86. Pode-se, inclusive, culminar no afastamento integral dos débitos imputados pela deliberação combatida, conforme proposta constante desta instrução, e, ainda que se mantenha o posicionamento anterior, as inúmeras análises presentes nos autos demonstram a lisura no procedimento desta Corte.

RECURSO IGUATEMI – CONSULTORIA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA. (peça 59, p. 3-22)

Argumentos (peça 59, p. 3-14)

87. Os argumentos individuais apresentados pela empresa Iguatemi – consultoria e serviços de engenharia Ltda. serão analisados a partir deste tópico. A recorrente, após descrição dos fatos, relata ser inédita a responsabilização dela por dano ao erário, nos 35 anos de existência daquela pessoa jurídica, tendo atuado em diversas frentes junto ao Poder Público no país.

88. Afirma sempre ter atuado com observância aos procedimentos éticos e no estrito cumprimento das obrigações contratuais e legais, o que novamente ocorreu no Contrato PG-200/96-00. Aduz não haver nos autos qualquer elemento que contradiga isso e possa responsabilizá-la por sobrepreço na execução das obras, não havendo causa para a condenação.

89. Alega que os trabalhos realizados por ela no bojo do Contrato PG-200/96-00, inclusive as revisões e adequações do projeto das obras, consideraram as obrigações constantes do ajuste para supervisão do Lote 8 das obras da BR-101/SC, com observância das normas técnicas e administrativas pertinentes, bem como a realidade das obras executadas.

90. Argumenta, com base no art. 67 da Lei 8.666/1993, transcrito no pedido, que a execução do contrato deve ser fiscalizada pela Administração, podendo contratar terceiros para realização o acompanhamento.

91. Essa fiscalização tem por objeto o controle da quantidade e da qualidade dos serviços executados, cotejando-os com o especificado no contrato e de acordo com as normas técnicas. Para a recorrente, não cabe à supervisora analisar os preços contratados, preconcebidos como corretos por decorrerem de certame licitatório regular. Para tanto, transcreve julgados do Tribunal nesse sentido.

92. Alega que, no presente caso, a revisão e adequação de projeto do Contrato PG-200/96-00, resultantes nos acréscimos de quantitativos e em novos serviços de ECT de material de 2ª categoria, foram realizados a contento por ela, baseando-se nas normas técnicas e nos dispositivos contratuais. Com isso, na concepção da empresa, não caberia imputar-lhe responsabilidade por suposto sobrepreço, pois essa irregularidade refere-se à análise econômico-financeira não incluída nas atribuições da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

recorrente.

93. Nesse sentido, afirma, com base em trechos dos Termos de Referência do DNER transcritos na peça recursal (peça 59, p. 7-8), não estar inserido nas atribuições pertinente à atuação da supervisora a definição dos preços a serem adotados. As normas transcritas fazem referência à natureza, abrangência, atribuições e responsabilidades da supervisão.

94. Os objetivos da supervisão, segundo o texto apresentado, envolvem a apresentação de informações relativas à qualidade dos serviços, dentre outras, além da execução direta de trabalhos tais como o detalhamento, revisão e atualização do projeto de engenharia. Com isso, resume que cabia à ela "fiscalizar a execução das obras e, por meio de adequações/revisões de projeto, auxiliar na adequada concretização do empreendimento" (peça 59, p. 8).

95. Afirma que definitivamente não havia no contrato de supervisão qualquer dispositivo que a obrigasse quanto ao preço a ser pago ao Consórcio construtor, não podendo responder por ato que não poderia ter exercido.

96. Ressalta, ainda, com transcrição do item 3.4 dos Termos de Referência, que a responsabilidade final pelas obras cabia à fiscalização do DNER, à qual a firma supervisora estaria subordinada, recebendo orientações e diretrizes quanto ao desenvolvimento dos serviços e quanto às responsabilidades de ordem financeira e administrativa.

97. Busca corroborar as afirmações com acórdão do Tribunal que afastou a responsabilidade da empresa supervisora em relação ao suposto superfaturamento apontado por ela não ter contribuído para os atos impugnados, correspondentes, na espécie, à produção de relatórios falsos de medição e pagamento antecipado.

98. Afirma restar demonstrado não existir relação de causalidade entre o ato praticado pela empresa supervisora e o suposto superfaturamento decorrente do preço pactuado entre o Consórcio e o DNER para o item "E.C.T de material de 2ª categoria", capaz de fundamentar a condenação.

99. Aponta duas doutrinas que incluem entre os requisitos para configuração do dever de indenizar, com abordagens distintas, a ação ou omissão voluntária, o nexo de causalidade, o dano e a culpa. No mesmo sentido, transcreve deliberação do Tribunal sobre o assunto (peça 59, p. 9-10).

100. Conclui que a supervisora realizou o que lhe competia, sendo que as obras foram realizadas com a qualidade desejada pelo DNER, atual DNIT. Segundo a empresa, a análise da adequabilidade e aceitabilidade dos preços previstos no contrato, com a comparação desses valores com os referenciais do mercado, por meio de verificação econômico-financeira, cabia exclusivamente ao Poder Público contratante.

101. Nesse sentido, apresenta o §3º do art. 65 da Lei 8.666/1993, segundo o qual os serviços acrescidos devem conter preços unitários, sendo que em novas contratações, os valores a serem pagos serão fixados por acordo entre as partes contratantes, não cabendo qualquer atribuição à empresa supervisora.

102. Alega, ainda sobre o tema, que mesmo na hipótese de a empresa supervisora dever posicionar-se ou emitir opinião sobre os preços dos serviços contratados, ainda assim não seria possível imputar-lhe responsabilidade, pois caberia ao Poder Público a palavra final sobre a adequabilidade e aceitabilidade desses valores, o que corrobora a ausência de responsabilidade da recorrente.

103. Ainda em discussão sobre o mesmo argumento, assevera que a aplicação de sanções não deve basear-se nas singularidades e características pessoais dos sujeitos, como o fato de ser empresa supervisora de contratos administrativos, mas sim nos termos do que efetivamente ocorreu, dosando-se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

a punição de acordo com a conduta e o grau de participação do agente.

104. Nessa linha, argumenta que devem ser individualizadas as condutas irregulares para que, após o contraditório e a ampla defesa, o Tribunal possa analisar a culpabilidade dos responsáveis e aplicar-lhes as sanções devidas. Para tanto, apresenta julgados do TCU e do Poder Judiciário nesse sentido.

105. Na sequência, após discutir novamente sobre a ausência de nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o suposto sobrepreço, conclui que, "além de não ter tido sua conduta analisada individualmente, a Recorrente foi responsabilizada solidariamente com o Consórcio Construtor e o Gestor do contrato" (peça 59, p. 12).

106. Após, em argumentação também relacionada ao mesmo tema, afirma que a responsabilidade solidária não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, nos termos do art. 265 do Código Civil, transcrito na peça recursal.

107. Aduz que, no presente caso, não existindo previsão legal ou contratual sobre a responsabilização solidária entre a Supervisora e o Consórcio Construtor e Gestor, não pode essa solidariedade ser presumida. Busca corroborar esse entendimento com os ensinamentos de Nelson Rosenvald, segundo o qual cada um se responsabiliza por seus atos, sendo que, em caso de dúvida sobre a interpretação da vontade contratual, prevalecerá o fracionamento da obrigação.

108. Reclama que o Acórdão recorrido não se ateve ao grau de responsabilidade de cada uma das partes constantes dos autos, não tendo atentado para a gradação exata da contribuição de cada um no suposto dano ao erário, afrontando-se a individualização das condutas exigida constitucionalmente. Assim, segundo a recorrente, não seria possível atribuir-lhe responsabilidade pelo sobrepreço no Contrato PG-200/96-00 ou aplicar-lhe multa, como o fez a deliberação combatida, com base no art. 57 da Lei 8.443/1993.

Análise

109. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Primeiramente, cabe transcrever trecho do próprio recurso, em que a empresa destaca a atuação da supervisora no contrato PG-200/96-00:

> 2.2 Executar diretamente serviços compreendendo:
> - detalhamento do projeto de engenharia licitado quando este for omisso quanto a aspectos construtivos;
> - esclarecimento à Construtora quanto ao projeto de engenharia;
> **- revisão e/ou atualização do projeto de engenharia, conforme e quando necessário;**
> (...) (Grifos nossos)
> (peça 59, p. 7)

110. Nota-se claramente, conforme os ajustes contratuais, que caberia à empresa Iguatemi a responsabilidade direta pela revisão ou atualização do projeto de engenharia, incluindo-se todas as informações constantes desses trabalhos técnicos.

111. Nessa linha, é importante apresentar informação constante do Acórdão 1.887/2006-Plenário, relativa à gênese do sobrepreço que originou a presente TCE:

> 130. Quanto ao Lote 8, os danos resultam tanto do acréscimo substancial de quantitativos de itens com preços muito acima dos de mercado quanto da inclusão de itens novos com preços muito acima dos de mercado.
> 131. No caso dos acréscimos, com relação aos seguintes itens, já houve significativo aumento de quantitativos na **'2ª Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras'**, sem reflexo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

financeiro no valor global do contrato (fls. 7.483):
a) 'ECT mat. de 2ª cat. – DMT 5.000 – 7.000 m': 20.034,00 m³ para 46.871,801 m³ - 34 %
b) 'ECT mat. de 2ª cat. – DMT 7.000 – 10.000 m': 24.989,00 m³ para 56.000,00 m³ - 24 %
c) 'ECT mat. de 2ª cat. – DMT 10.000 – 15.000 m': 23.985,00 m³ para 62.000,00 m³ - 58 %
d) 'ECT mat. de 2ª cat. – DMT 15.000 – 17.000 m': 13.491,00 m³ para 68.000,00 m³ - 404 %
134. Com relação ao acréscimo de quantitativos do item 'ECT mat. 2ª cat. DMT 3.000 – 5.000 m', o primeiro acréscimo (de 212 %, aumentando-se o quantitativo de 58.464,00 m³ para 182.464,00 m³) **ocorreu na 1ª Revisão com reflexo financeiro e que gerou o 2º Termo Aditivo ao Contrato nº PG-200/96-00** (fls. 7.464 do Vol. 66), como se conclui a partir da análise da planilha de fls. 7.504 do Vol. 67, dos valores totais a PI (preços iniciais) de fls. 7.525 do Vol. 67, e do item 3 do 2º aditivo (AUMENTO DE VALOR CONTRATUAL) de fls. 7.464 do Vol. 66.
135. Com relação aos preços novos dos quatro itens de ECT de material de 2ª categoria em distâncias entre 17.000 metros e 29.000 metros, todos eivados de alto sobrepreço, observa-se que tais preços também **foram incluídos na 1ª Revisão, a qual gerou o 2º aditivo**, como se conclui a partir da análise dos mesmos documentos acima.
(...)
137. Além do agente público e do terceiro interessado, é importante ressaltar a importância da atuação da empresa supervisora no cometimento do dano.
138. Como se observa às fls. 7.482 a 7.609 do Volume 67, todas as adequações e revisões foram elaboradas pela empresa supervisora, a IGUATEMI – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda, inclusive a 2ª adequação (fls. 7.482/7.502) e a 1ª Revisão (fls. 7.503/7.525), esclarecendo-se que foram copiadas e juntadas aos autos apenas a folha inicial das propostas de adequação ou revisão e a planilha proposta. (Grifos nossos).

112. Com os dados apresentados, verifica-se que o sobpreço para os itens de ECT de material de 2ª categoria ora em debate foram incluídos na 1ª Revisão (peça 41, p. 26-48), que culminou no 2º aditivo ao Contrato PG-200/96-00 (peça 40, p. 35-37), bem como na "2ª Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras" (peça 41, p. 5-25), ambos de responsabilidade da ora recorrente. A empresa Iguatemi Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda. sequer impugna de maneira especificada os dados descritos acima.

113. Dessa forma, ao contrário do que se afirma na peça recursal, a recorrente tinha responsabilidade pelas informações presentes nas readequações e revisões do Contrato PG-200/96-00, exatamente de onde se extraíram os sobrepreços questionados pela unidade técnica.

Argumentos (peça 59, p. 18-21)

114. A recorrente disserta sobre a desproporção e injustiça na condenação. Relembra que está sendo condenada por débito atualizado e com juros no montante de R$ 7.588.526,28, bem como multa de R$ 80.000,00, referentes ao suposto superfaturamento identificado no Contrato do Construtor.

115. Considera esse montante desarrazoado e desproporcional, pois está sendo compelida a pagar quantia que, além de não decorrer de ato por ela praticado, é superior ao valor de pagamento para Supervisão das Obras do Lote em questão. Para tanto, apresenta valor do Contrato PG-189/94-00, com montante para supervisão, a preços iniciais, de R$ 6.354.697,27 e de R$ 11.190.828,07, incluindo-se os reajustamentos.

116. Conclui que teria que devolver à Administração valor astronômico, equivalente a 2/3 do contrato de supervisão com duração de 71 meses, de março de 1995 a janeiro de 2001, cujo objeto era supervisionar quatro lotes da construção, sendo dois da duplicação e dois de obras de artes especiais. Segundo a empresa, o valor é proporcionalmente superior à quantia recebida pelo serviço de supervisão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

do Lote 8 e poderá inviabilizar a continuidade da recorrente, por constituir encargo insuportável.

117. Aduz não ter obtido qualquer proveito econômico em relação ao sobrepreço, o qual possui como beneficiária a empresa detentora do contrato irregular. Assevera que o princípio da proporcionalidade impõe a conformação do ato com a situação que demandou a expedição dele, sendo inválido o excesso desnecessário, por superar a finalidade legal. Para tanto, transcreve trecho doutrinário nesse sentido.

118. Alega que, tendo em vista que a finalidade da devolução dos valores é restabelecer o patrimônio público, a presente condenação ultrapassa o objetivo legal, podendo configurar enriquecimento sem causa da Administração Pública em detrimento de grave prejuízo à recorrente.

119. Conclui que a restrição a direitos deve ser proporcional ao interesse público e à conduta praticada, o que não ocorreu no caso em análise em virtude da ausência de avaliação individualizada da conduta de cada responsável, afastando-se, como consequência, a responsabilidade da empresa Iguatemi na definição do preço contratual, sem falar no princípio da proporcionalidade novamente citado pela responsável.

120. Afirma que, além de não ter qualquer participação no ato que culminou na irregularidade, está sendo condenada por valor desproporcional e sem razoabilidade.

Análise

121. Esses argumentos da autora não merecem prosperar, não obstante o débito não possa subsistir pelos motivos expostos anteriormente. Antes de qualquer discussão, é importante destacar que a comparação desejada pela recorrente entre o valor do dano a ela imputado e a quantia recebida pelos trabalhos de supervisão não é possível. Os montantes para supervisionar o contrato questionado nesta TCE datam no máximo de 3/5/2000 (peça 59, p. 19 e 73-74), sem atualização, sendo que a quantia atribuída como débito está atualizada até 5/4/2011 (peça 16, p. 19-21).

122. Além disso, cabe ressaltar que, como determina o princípio da unidade da constituição, não há hierarquia entre normas ou princípios constitucionais, devendo-se eventual colisão ser resolvida pela ponderação entre os bens jurídicos tutelados.

123. A aplicação de juros e correção monetária sobre o débito imputado às partes tem autorização no art. 19 da Lei 8.443/1992, não sendo desarrazoada a imputação de dívida a quem comprovadamente tenha lhe dado causa.

124. No presente caso, em que pese seja possível o afastamento do débito imputado aos responsáveis, como discutido anteriormente nesta instrução, o excesso nos preços dos materiais, ainda que pequeno, decorreu da ação direta da recorrente, não sendo possível o afastamento da responsabilidade dela, caso o Tribunal entenda pela manutenção do valor devido, sem que haja afronta à proporcionalidade.

125. Por fim, não se pode olvidar que a posicionamento anteriormente descrito de que suposto sobrepreço pode ser considerado como alteração normal do mercado, tendo vista a baixa materialidade da diferença e as controvérsias na retroatividade dos cálculos do excesso, abarca a situação da empresa Iguatemi, responsabilizada solidariamente pelo dano apontado na deliberação recorrida.

Argumentos (peça 59, p. 21-22)

126. Em relação à multa aplicada, a recorrente destaca ensinamento doutrinário, segundo o qual essa penalidade tem como pressuposto a prática de ato ilícito, tendo como função sancionar o descumprimento de deveres jurídicos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

127. Aduz que, diante dos argumentos expostos no recurso, verifica-se a inexistência de ato ilícito praticado pela Supervisora, não havendo que se falar em aplicação de multa ou imposição de débito, tendo a empresa cumprido os deveres contratuais.

128. Com isso, considera atendidos os requisitos do Regimento Interno desta Casa para o julgamento das contas pela regularidade dos atos da empresa, nos termos do art. 202, §2º, do RITCU, transcrito no pedido.

129. Apresenta, também, doutrina do Ministro Benjamin Zymler, a qual considera não ser possível a apenação de responsável sem a demonstração de culpa em sentido estrito ou dolo. Com isso, requer a reavaliação do processo, com julgamento pela regularidade dos atos praticados pela empresa.

Análise

130. Os argumentos da empresa Iguatemi devem ser acatados, contudo, por outros fundamentos. Caso se mantivesse o débito, a ação da empresa, como supervisora do contrato em debate, manter-se-ia condenável, como explanado nos subitens 109 a 113 desta instrução. Entretanto, tendo em vista que a multa aplicada à recorrente decorreu do débito imputado por meio do subitem 9.3 da deliberação combatida, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992, o afastamento da dívida e a ausência de outras irregularidades capazes de alterar o fundamento legal e manter a penalidade impedem a condenação com o referido fundamento ou com qualquer outro, isentando os responsáveis.

131. Nos moldes discutidos nos itens 30 a 50 desta instrução, o sobrepreço atribuído à atuação da recorrente e dos demais responsáveis não subsiste ao crivo da proporcionalidade, quando comparado com os montantes globais do item, do valor final de terraplenagem e especialmente com o total do contrato.

132. Além disso, a realização de três diferentes sistemáticas para cálculo do débito, culminando na retroação dos valores do Sicro-2 de 2000 até 1996, por índices da FGV, pode ser a causa da pequena diferença percentual encontrada nos preços. Logo, a medida mais justa, diante das fragilidades e da baixa materialidade do excesso, é afastar o débito e a multa aplicados, julgando-se regulares com ressalva as contas dos envolvidos.

RECURSO ROBERTO BORGES FURTADO DA SILVA (peça 60, p. 3-37)

Argumentos (peça 60, p. 3-15 e 27-32)

133. A partir deste tópico, serão analisados os argumentos individuais relativos ao Sr. Roberto Borges Furtado da Silva. Inicialmente, cabe apresentar alguns fatos não relatados anteriormente específicos ao ora recorrente.

134. O Sr. Roberto informa que foi chamado ao processo em razão de ter atuado como Chefe Substituto da Divisão de Construção do extinto DNER, com a inclusão das alterações quantitativas constantes da 2ª Adequação de Projetos em Fase de Obras no sistema de medições do órgão, conforme aponta a Secob, cuja manifestação encontra-se transcrita na peça recursal (peça 60, p. 4).

135. Nesse sentido, afirma ter sido citado por meio do Ofício 220/2008-TCU/SECOB (peça 10, p. 5-8), em 20/8/2008, tendo apresentado defesa em 15/10/2008, procurando demonstrar a regularidade da atuação dele.

136. Após, o ex-gestor, por meio do Acórdão 649/2011-Plenário, com trecho apresentado no pedido (peça 60, p. 4), foi condenado em débito e apenado com multa de R$ 32.000,00, com fundamento no art. 57 da Lei Orgânica do Tribunal.

137. Observa que a principal irregularidade tratada nestes autos é a aprovação da 2ª Revisão de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

Projetos em Fase de Obras, com admissão de preços unitários acima dos referenciais de mercado para os quantitativos acrescidos ao contrato.

138. Na sequência, discorre sobre o necessário arquivamento dos autos. Esclarece novamente que foi incluído no processo por ter autorizado, em 3/11/1997, a inclusão no sistema MEDI do extinto DNER das alterações quantitativas, sem reflexos financeiros, decorrentes da 2ª Adequação de Projetos em Fase de Obras. Informa ter atuado em substituição ao Chefe da Divisão de Construção, conforme se nota em documentos já juntados aos autos (peça 9, p. 50-51), bem como no recurso (peça 60, p. 39-40).

139. Afirma que o ato questionado pelo TCU ocorreu em 3/11/1997, portanto distante cerca de 11 anos da inclusão dele na relação processual, efetivada somente em 20/9/2008, como demonstram os ofícios e os AR anexos ao pedido (peça 60, p. 42-45).

140. Ressalta, com transcrição de trecho, que a própria unidade técnica reconheceu que ele foi citado de forma tardia, sendo o único responsável chamado ao processo depois de transcorrido o lapso temporal superior a 10 anos.

141. Com isso, sustenta preliminar de prejuízo ao exercício das garantias ao contraditório e à ampla defesa, com a citação tardia, dificultando-se a obtenção de provas imprescindíveis à busca da verdade material.

142. Aduz que a citação é o instrumento hábil e essencial para o chamamento do responsável à relação jurídico-processual, bem como para garantir o contraditório, nos termos da doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, transcrita na peça recursal (peça 60, p. 6-7).

143. Considera inadequado e desproporcional a distância entre o conhecimento dos fatos por ele a os supostos atos irregulares, razão pela qual não foi possível obter a documentação necessária para comprovar as alegações de defesa, o que prejudica de forma definitiva o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

144. Segundo lição de Hely Lopes, apresentada pelo recorrente (peça 60, p. 7), os princípios da ampla defesa e do contraditório estão assegurados pela Constituição, como decorrência do devido processo legal.

145. A garantia da defesa, segundo o autor, envolve não apenas o rito adequado, mas também a cientificação do processo ao interessado e a possibilidade de contestar, produzir prova, acompanhar a instrução dos autos e recorrer, havendo nulidade caso haja cerceamento no direito de se defender.

146. O recorrente afirma que o Supremo Tribunal Federal reconhece a incidência de todas as garantias constitucionais nos procedimentos administrativos perante os Tribunais de Contas. Para tanto, transcreve julgados da Máxima Corte, com concessão para produção de provas, devido processo legal, contraditório, plenitude de defesa, ciência da instauração do processo com as intervenções cabíveis, possibilidade de formulação prévia de alegações, sob pena de nulidade da medida restritiva (peça 60, p. 8-10).

147. Considera impossível reconhecer a regularidade e validade de qualquer processo sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, sendo que o grande lapso temporal verificado nos presentes autos interfere na obtenção de provas necessárias ao exercício dessas garantias.

148. Traz lição doutrinária sobre a necessidade de que se assegure às partes os direitos de produzir provas para influenciar o convencimento do julgador, bem como que se possibilite o exame e a contestação dos argumentos e elementos que lhe sejam desfavoráveis (peça 60, p. 10).

149. Alega que, embora lhe tenha sido oportunizada a apresentação de alegações de defesa, as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

razões aduzidas basearam-se nas provas já presentes no processo, sem que fosse possível a obtenção e inserção de novos elementos, por já terem se perdido em razão do tempo transcorrido entre os fatos gerados e a citação.

150. Aduz que o princípio da ampla instrução probatória, de acordo com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, não pôde se concretizar. Esse postulado, segundo a doutrina citada, significa que o administrado tem o direito de oferecer e produzir provas e fiscalizar a formação do arcabouço probatório pela Administração em termos de correção e adequação técnica (peça 60, p. 11).

151. Sustenta, com isso, que, por conta dos prejuízos ao exercício do contraditório e da ampla defesa, no que concerne à produção de provas, impõe-se que se reconheça a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 212 do RITCU, descrito no pedido.

152. Nessa linha, apresenta jurisprudência em que o Tribunal reconhece a necessidade de arquivamento dos autos quando o responsável é citado de maneira bastante tardia, considerando as contas iliquidáveis (peça 60, p. 11-12).

153. Em outro julgado, o Tribunal considerou que o transcurso de mais de 10 anos entre o fato gerador e a notificação do responsável configura ausência de um dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. O julgado baseou-se nos artigos 5º, §4º; e 10 da Instrução Normativa / TCU 56/2007, bem como nos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual, promovendo-se o arquivamento dos autos (peça 60, p. 12).

154. Apresenta doutrina de Jorge Ulisses Jacoby no mesmo sentido (peça 60, p. 14), concluindo ser necessário reconhecer a ausência de pressupostos de constituição válida e regular do processo em virtude dos prejuízos operados sobre o contraditório e a ampla defesa.

155. Aduz que o fato de a TCE ter sido instaurada em momento anterior não afeta as considerações apresentadas, pois ele não fazia parte da relação processual, estando em discussão o grande lapso temporal entre o ato praticado e a inclusão dele nos autos, o que ocorreu de forma intempestiva.

156. Cita lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, no sentido de que o posicionamento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário minimiza ou elimina o exercício do direito de defesa do causador do dano ao Estado, tendo em vista que ninguém guarda documentação comprobatória além de um prazo razoável, não demasiadamente longo, somente o próprio Poder Público.

157. Assevera o doutrinador que a Constituição não poderia abonar resultados tão distintos dos princípios que adota em relação ao direito de defesa. Para o jurista, a Constituição, quando quis aplicar a imprescritibilidade, manifestou-se expressamente como nos crimes de racismo.

158. O recorrente considera que seria diferente caso ele tivesse sido citado em tempo razoável, podendo precaver-se e conservar a documentação suficiente pelo prazo necessário para o esclarecimento dos fatos.

159. Contudo, afirma que a situação é distinta, posto que tomou conhecimento do processo depois de decorridos cerca de 11 anos da prática do ato impugnado, o que, segundo ele, reforça a afirmação de que não existe nos autos pressupostos mínimos para o desenvolvimento válido e regular. Com isso, afirma:

> 31. Desta feita, considerando o grande lapso temporal entre os fatos apurados nestes autos e a citação, em respeito à segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> e devido processo legal, garantias constitucionais asseguradas a qualquer cidadão, o arquivamento destes autos mostra-se a medida mais adequada, o que desde já requer a esta Corte. (peça 60, p. 15).

160. Ainda em discussão sobre os efeitos do tempo sobre as penalidades que lhe foram aplicadas, discorre o recorrente sobre o não cabimento da multa aplicada a ele (peça 60, p. 27-32). Considera, com base no princípio da eventualidade, que, caso a responsabilização dele seja mantida, a pena pecuniária deverá ser revista.

161. Relembra que foi apenado com multa de R$ 32.000,00, em razão de suposta reprovabilidade da conduta dele. Afirma, entretanto, estar prescrita a pretensão punitiva e, por conseguinte, a possibilidade de aplicação de multas por esta Corte.

162. Argumenta que a unidade técnica, em que pese tenha reconhecido a realização da citação do autor mais de 10 anos depois do fato gerador, fundamentou a posição do órgão na imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme o art. 37, §5º, da Constituição Federal (peça 60, p. 28).

163. O autor concorda que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mas afirma que a multa não tem a função de ressarcir o erário de eventuais perdas.

164. Ressalta que houve dupla punição, uma vez que foi condenado com multa, detalhada pelo Relator; e solidariamente pelo suposto prejuízo ao erário, nos termos dos subitens 9.2.2 e 9.3 da deliberação recorrida, transcritos no pedido (peça 60, p. 28-29).

165. Aduz tratarem-se de penalidades distintas, sendo uma relacionada ao ressarcimento ao erário e outra relativa à aplicação de multas. A primeira, segundo o recorrente, tem natureza imprescritível, nos termos do art. 37, §5º, da Constituição, o que, entretanto, não ocorre com a penalidade pecuniária.

166. Assevera que a Constituição Federal dispôs expressamente que as ações destinadas a ressarcir o erário são imprescritíveis. Mas, para o autor, essa interpretação não pode ser ampliada para as penalidades impostas pelo Tribunal, tornando-as também imprescritíveis, posicionamento corroborado com lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (peça 60, p. 30).

167. Afirma que a regra é a prescrição, como corolário da segurança jurídica, devendo a imprescritibilidade ser consignada expressamente, como no caso das ações de ressarcimento. Como a multa tem natureza distinta da pretensão ressarcitória, deve ser considerada prescritível, seguindo a normalidade.

168. Traz à colação novamente doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na qual o autor define a multa como pena pecuniária, correspondente à sanção imposta à pessoa, em razão do descumprimento de regra, princípio ou contrato, obrigando-se ao pagamento de quantia em dinheiro.

169. A multa, segundo o recorrente, possui caráter estritamente punitivo, não podendo ser confundida com ações de ressarcimento ao erário. Logo, essas penalidades possuem prazos prescricionais, previstos na legislação ordinária e embasados na primeira parte do artigo 37, 5º, da Constituição Federal.

170. Tendo em vista que não há regra específica que estabeleça prazos prescricionais para serem aplicados na ação punitiva do Tribunal, o ex-gestor aplica ao presente caso a regra geral constante do art. 205 do Código Civil Brasileiro, o qual estabelece período de 10 anos para prescrição. Para tanto, transcreve deliberação do Tribunal nesse sentido (peça 60, p. 31-32).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

171. Considera como certo que as multas aplicadas por esta Corte não possuem natureza de ressarcimento ao erário mas sim pretensão punitiva estatal, devendo observar o prazo decenal contido no Código Civil de 2002.

172. Alega que seria desproporcional e contrário à segurança jurídica permitir que o Tribunal pudesse, a qualquer tempo, aplicar multas em virtude da prática de atos considerados contrários ao ordenamento. Com isso, conclui:

> 95) Desta feita, considerando que a citação operou-se mais de dez anos após a ocorrência dos fatos geradores, conforme inclusive reconhecido pela Unidade Técnica deste Tribunal, interrompendo-se o prazo prescricional apenas a partir deste momento, não há possibilidade aplicação de multas, o que deverá ser reconhecido por esta Corte nesta oportunidade. (peça 60, p. 32).

Análise

173. Não assiste razão ao responsável nesse ponto. O Tribunal, já no TC 003.715/2001-3, autuado em 11/4/2001, iniciou as investigações que culminaram na presente TCE. Além disso, como adequadamente discorreu o relator do Acórdão recorrido, a TCE foi instaurada por determinação direta desta Corte, em 2006, portanto antes do transcurso do prazo de 10 anos, ainda que se considere como fato gerador a autorização, em 3/11/1997, para inclusão no sistema MEDI do extinto DNER das alterações quantitativas, decorrentes da 2ª Adequação de Projetos em Fase de Obras, como quer o recorrente. O TCU tinha autorização no art. 5º, § 4º, da Instrução Normativa / TCU 56/2007, *in verbis*:

> § 4° Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º.

174. Nota-se que o dispositivo permite o início de tomadas de contas especiais em até 10 anos contados do fato gerador, assegurando-se a prerrogativa desta Corte de identificar o responsável e quantificar o dano ao erário, o que foi feito nesta TCE, sempre com respeito ao contraditório e à ampla defesa dos responsáveis. Além disso, a questão tem íntima relação com a prescrição das ações de ressarcimento ao erário e da capacidade punitiva deste Tribunal, exatamente como discute o responsável.

175. Nessa linha, em relação ao débito, caso mantido pelo Tribunal, é amplamente majoritário o posicionamento desta Corte pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em obediência ao art. 37, §5º, da Constituição Federal, fato incontroverso também para o recorrente.

176. É nesse sentido que a jurisprudência do Tribunal caminha de forma coerente, inclusive manifestando-se por meio de incidente de uniformização (Acórdão 2.709/2008 - Plenário). 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 § 4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007 (Acórdão 1.185/2009 - Plenário, Acórdão 5.866/2009 - Primeira Câmara), o que não ocorreu na espécie.

177. Todavia, a TCE não tem apenas a função de ressarcimento ao erário, cabendo a esse procedimento, também, a identificação e responsabilização dos gestores que deram causa ao débito, podendo o Tribunal aplicar sanções aos envolvidos. Quanto à última finalidade, ainda há controvérsia sobre a prescrição da pretensão punitiva estatal.

178 É necessário analisar se incide a prescrição sobre a capacidade de o Estado, por meio do Tribunal de Contas da União – TCU, punir administrativamente a conduta dos agentes responsáveis pelos desvios objetos das ações de ressarcimento ao erário. Permanece a dúvida se a Administração Pública, além de preservar o direito de ressarcir-se do dano por tempo indeterminado, poderia aplicar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

sanções como multas e inabilitação para o exercício de cargos em comissão e funções de confiança, dentre outras, também de forma indefinida.

179. Nesse diapasão, dispõe o §5º, do art. 37, da Constituição Federal, que "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Nota-se que, na parte inicial do dispositivo, aplica-se a prescrição; e no trecho final, destinado à devolução dos valores aos cofres públicos, vige a imprescritibilidade.

180. Em mais um episódio de inércia legislativa, o referido normativo não foi editado até o presente momento. Contudo, como afirma o ora recorrente, os ilícitos praticados pelos agentes causadores de prejuízos ao erário não podem ser chancelados como imprescritíveis, juntamente com as ações de ressarcimento. O legislador constituinte originário elencou as infrações atingidas pela imprescritibilidade, como o racismo, por exemplo. A regra no sistema é a prescritibilidade dos atos contrários ao Direito, em homenagem à segurança jurídica.

181. Em não havendo dispositivo legal dispondo sobre a prescrição para ilícitos vinculados a danos ao erário, inseridos na atuação desta Corte, a aplicação analógica de normativos existentes é o único caminho para reconhecer os efeitos inexoráveis do tempo sobre a inércia do Estado em punir o agente envolvido.

182. Em manifestação anterior desta Secretaria, propôs-se a aplicação da Lei 9.873/1999, que estabelece normas sobre a prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal. Entretanto, o Tribunal, de maneira pacífica, entendeu que o referido instrumento não se amolda à atuação do Tribunal no controle externo das contas públicas, afastando-se essa opção, nos moldes do voto condutor do Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário.

183. Em regra, esta Corte historicamente não diferencia as duas hipóteses, tratando tanto o ressarcimento ao erário, quanto a pretensão punitiva do Tribunal como imprescritíveis, deixando de distinguir as partes inicial e final do §5º do art. 37 da Constituição:

> 8. Tendo a Tomada de Contas Especial a finalidade precípua de apuração dos fatos, de identificação dos responsáveis e, após os devidos cálculos, de ressarcimento do dano ao erário, incide sobre ela a norma contida no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao patrimônio público. Nesse sentido, de forma emblemática, decidiu o STF no MS nº 26210/DF, in DJ de 10/10/2008. (Acórdão 4856/2010 TCU - Segunda Câmara).

184. Contudo, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário, citado acima, e outros mais recentes, como o Acórdão 474/2011-Plenário, tem entendido que, em relação à atividade punitiva da Corte, aplica-se analogicamente o prazo prescricional geral do Código Civil, previsto no art. 205, *in verbis*: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

185. De toda sorte, esses julgados são relevantes, primeiramente, por reconhecer que a atuação do Tribunal tem duas facetas, que não podem ser tratadas igualmente: a punitiva e a de ressarcimento do dano ao erário. Essa posição retoma, inclusive, posicionamento do Exmo Sr. Ministro Marcos Bemquerer Costa, quando do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que fixou as balizas da prescrição nesta Casa (TC 005.378/2000-2):

> 11. Vê-se, da leitura atenta do parágrafo 5o do art. 37, que foram estabelecidos dois gêneros de ações à disposição do poder público:
> 11.1 - a 1ª parte do parágrafo -"prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário" - que estabelece as ações relativas às punições ao agente que cause dano ao erário;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> 11.2 - a 2ª parte do parágrafo -"ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" - que estabelece serem imprescritíveis as ações tendentes a determinar o ressarcimento dos danos causados pelos agentes a que alude o subitem anterior.
> 12. Nesse sentido preleciona José Afonso da Silva (in Curso de Direito de Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 22a edição, 2003, página 653):
> 'Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. É o princípio do art. 37, § 5º, [da CF] que dispõe: (...). Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e a punição do ilícito, não porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non sucurrit ius). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada'. (Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário).

186. Por outro lado, na análise do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, percebe-se, talvez em razão do julgamento do Mandado de Segurança 26.210-9/STF, no Supremo Tribunal Federal, que o TCU não se debruçou sobre os dois pólos das decisões em Tomada de Contas Especial - TCE, passando a considerar tudo o que se decide nessa espécie como imprescritível, o que não se pode aceitar.

187. Destaque-se que o STF também não se pronunciou sobre a integralidade do que pode ser decidido em TCEs, como se depreende do trecho do voto vencedor do eminente Relator, Ricardo Lewandowski, no Mandado de Segurança citado:

> No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º da Constituição de 1988, segundo o qual:
> (...)
> Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.
> Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:
> (...) 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non sucurrit ius)'.

188. Ao contrário, ao citar a doutrina de José Afonso da Silva, o relator deixa claro que a pretensão punitiva estatal não poderá afrontar o tempo. Nesse ponto, a Constituição Federal deverá ser interpretada com a máxima efetividade, não podendo o Tribunal de Contas da União desconsiderar a questão.

189. Por conta disso, é relevante o novo caminho apontado por esta Corte no Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário e em outros no mesmo sentido. Entretanto, o Código Civil, apontado como solução, instrumento aplicável a ações de ressarcimento, indenização e causas de natureza cível, não é a opção mais viável analogicamente par reger a prescrição da pretensão punitiva estatal.

190. Nesse ponto, é importante destacar o Memorando Circular 002/2011, da Consultoria Jurídica desta Casa, em que o Consultor Jurídico alerta;

> Encaminho, para conhecimento, inteiro teor de sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal de São Paulo/SP (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100), na qual é ressaltada a prescrição quinquenal da pretensão da União em executar os acórdãos do Tribunal de Contas da União que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

imputem multa a responsáveis, conforme jurisprudência citada na decisão.

Dessa maneira, ante a possibilidade de consolidação de tal entendimento perante o Poder Judiciário, esta Consultoria Jurídica sugere a todas as unidades técnicas e gabinetes envolvidos nos procedimentos de formalização das cobranças executivas e encaminhamento à Advocacia-Geral da União atenção especial quanto à necessidade de celeridade de tais medidas, ante a possibilidade de ocorrência da referida prescrição quinquenal.

191. O julgado (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100) a que se referiu o Consultor discute a prescrição da pretensão executória das multas aplicadas por esta Corte, nos seguintes termos, considerando a transcrição extensa pela importância do tema nos rumos dos julgamentos desta Casa:

> Quanto ao tema de fundo, procede a alegação de prescrição. O acórdão do Tribunal de Contas da União que impôs ao executado o pagamento da multa transitou em julgado em 16/06/2005 e a presente ação foi ajuizada tão somente em 21/06/2010, ou seja, após o prazo qüinqüenal .Não há que se falar, como quer a exeqüente, na aplicação do disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que consagra a imprescritibilidade das ações que visem ressarcimento ao erário público, dado que na hipótese dos autos se trata de execução de multa aplicada em decorrência do dano causado ao erário e não de cobrança dos danos (ressarcimento) causados ao erário, caso em que se aplicaria a regra constitucional mencionada.Nesse sentido confira-se os seguintes julgados:(...) 1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF. 2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/92. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra o prazo qüinqüenal. 3. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário." (...). É que, enquanto o ressarcimento do dano possui natureza civil, a multa tem caráter punitivo, o que afasta a imprescritibilidade. (...).Isto posto, reconheço a prescrição e julgo EXTINTO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

192. Não obstante tratar a sentença da pretensão executória, ou seja, da cobrança da multa imposta em julgado do TCU, as conclusões ali presentes aplicam-se integralmente à pretensão punitiva desta Corte, anteriormente aos julgamentos. A Lei 9.873/1999, que foi aplicada ao caso analogicamente, trata tanto da punição pela Administração Pública, em seu art. 1º, quanto da execução do crédito, em seu art. 1º-A, sendo aplicável o prazo quinquenal para ambas as hipóteses.

193. Esse normativo prevê, também, em seu art. 1º, §1º, a figura da prescrição intercorrente, que incide sobre o procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. A importância desse lapso temporal está descrita por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 640), nos seguintes termos:

> Pode efetivamente ocorrer que, diante de uma irregularidade, a Administração Pública inicie a apuração, mas, posteriormente, abandone de tal modo a apuração, revelando tal descaso com o já manifestado interesse de punir, que decorra integralmente novo lapso prescricional.

194. De fato, como leciona Sílvio de Salvo Venosa, "a prescrição refere-se a todos os direitos indistintamente" (Direito Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 575). Assim, seja para punir, seja para executar a penalidade de multa, ou seja para regular a inércia após o início da apuração dos fatos, a prescrição incidirá da mesma forma, podendo variar apenas o prazo e as formas de suspensão e interrupção.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

195. Ressalte-se, ainda, que o julgado apresentado pela Conjur não é isolado, por isso a preocupação do órgão. Em consulta aos cinco Tribunais Regionais Federais – TRFs do país, verifica-se que, em pelo menos três deles, encontram-se decisões no mesmo sentido, julgadas em segunda instância. Nesse sentido, pode-se citar como exemplos, dentre os vários julgados encontrados:

a) TRF Primeira Região: Apelação Cível – AC - 200340000012842 Relator: Juiz Tourinho Neto. Órgão julgador Terceira Turma Fonte: e-DJF1:07/05/2010 pagina:307;

b) TRF Segunda Região: Agravo 2010.02.01.006367-6: Relator: Desembargador Reis Friede. Órgão julgador: Sétima Turma especializada. Fonte: DJE: 18/1/2011;

c) TRF Quinta Região: AC 468630-PB 2008.82.00.002696-4, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Órgão julgador: Primeira Turma. Fonte: DJE: 22/4/2010.

196. Destaque-se, também, que praticamente todos os julgados baseiam-se na manifestação do Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 894.539/PI, assim ementado:

> ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.
> 1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.
> 2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo qüinqüenal.
> (...)
> (REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)

197. Logo, o Poder Judiciário não mais aceita a omissão legislativa ou a parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal como fundamento para que esta Corte tenha prazo indefinido para aplicar multas, declarar empresas inidôneas para licitar com a Administração Pública, dentre outras punições. Vê-se que é movimento sem retorno no que tange à interpretação pela prescritibilidade da pretensão punitiva deste Tribunal.

198. Por outro lado, a opção pela Lei 9.873/1999, de fato, é a mais acertada, pois a aplicação de penalidades pelo TCU tem caráter punitivo. O exercício dos julgadores nesse mister utiliza-se de institutos nitidamente penais, como dolo, culpa, nexo de causalidade e culpabilidade. Assim tem sido reconhecido pelos Tribunais. Dessa forma, esse normativo será utilizado para analisar a incidência da prescrição nos presentes autos.

199. Todavia, ainda em análise por analogia, dispõe o art. 2º, inc. II, da Lei 9.873/1999, que se interrompe a prescrição da ação punitiva *"por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato"*.

200. Nessa linha, o TC 003.715/2001-3, que deu origem à presente TCE, foi autuado nesta Corte em 11/4/2001, portanto menos de cinco anos depois da autorização, que ensejou a apenação do responsável (peça 60, p. 16), datada de 3/11/1997, e bem próximo dos pagamentos supostamente irregulares ocorridos entre 1998 e 2001.

201. Ao consultar o histórico desse processo, verifica-se que esta Corte não se quedou inerte sequer um ano, estando os autos sempre em apreciação e diligências até a prolação do Acórdão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

1.887/2006-Plenário, que determinou a formação de apartados para investigar o possível sobrepreço nos Lotes 1 e 8 das obras de duplicação da rodovia BR-101/SC.

202. Após, em 16/11/2006, formou-se o presente processo, no qual foram realizadas inúmeras diligências e análises tanto pela Secex/SC quanto pela Secob-2, em busca da verdade real. Ao compulsar o histórico do TC 026.745/2006-4, também se percebe a atuação constante desta Corte, não havendo que se falar em inércia capaz de fazer incidir o fenômeno da prescrição, seja pelo *caput* do art. 1º da Lei 9.873/1999, seja pelo §1º do mesmo artigo.

203. Assim, o Tribunal, além de ter autorização no §4º do art. 5º da Instrução Normativa/TCU 56/2007, para instaurar regularmente a TCE antes de 10 anos, contados do fato gerador, sempre agiu tempestivamente para dar a melhor solução ao caso, sem permitir a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal ou para cobrança do débito, o qual poderá ser discutido por outros argumentos, mas não pelos efeitos do tempo.

204. Destaque-se, por fim, que não há que se falar em inviabilidade de defesa para o recorrente, tendo em vista que consta no processo documentos suficientes para fundamentar os argumentos contrários do ex-gestor, tais como os elementos constantes das páginas 50-51, da peça 9, aos quais ele teve amplo acesso e os utilizou para delinear seu recurso.

Argumentos (peça 60, p. 15-25)

205. O recorrente afirma, também, não ter responsabilidade sobre os fatos relatados, o que discorre, segundo ele, apenas para argumentar, por entender que a medida mais adequada é o arquivamento dos autos.

206. Informa que a responsabilização dele ocorreu em virtude de suposta autorização para as alterações decorrentes da "Segunda Adequação de Projeto em Fase de Obras". Contudo, sustenta que atuou apenas na inclusão no sistema de Medições do extinto DNER dos quantitativos que já haviam sido aprovados a partir da 2ª Adequação.

207. Para tanto, junta o pedido de autorização para promover, no sistema MEDI, a adequação das quantidades contratuais, com a respectiva autorização, ambas assinadas por ele no dia 3/11/1997, sendo o pedido diretamente como Chefe do Sv. Pg.C.Co. e a concessão, em substituição ao Chefe da Divisão de Construção (peça 60, p. 16).

208. Aduz que o ato se limitou a autorizar a inclusão das alterações quantitativas, sem reflexos financeiros, decorrentes da 2ª Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras, no sistema de medição do DNER, as quais foram objeto do Processo Administrativo n. 51.100.008.445/98-01. Alega que não aprovou a 2ª Adequação de Projetos ou analisou os preços praticados nesse documento, sendo que a modificação foi precedida de processo administrativo, no qual os valores e quantidades foram devidamente analisados pelos setores técnicos do órgão.

209. Argumenta que o documento apresentado não aprovou a 2ª Adequação de Projetos, mas sim as alterações nos sistemas informatizados do órgão, sendo momentos distintos. Primeiro, segundo o recorrente, são analisadas e aprovadas as Adequações de Projeto e, depois de devidamente aprovadas pelo setor competente, as alterações são incluídas no sistema de medição, tendo a atuação dele se limitado à segunda etapa.

210. Busca esclarecer que o DNER adotava duas metodologias para aprovar as adequações de projeto. Primeiramente era aprovada a adequação e depois autorizadas as alterações no sistema MEDI ou era aprovada e autorizada a inclusão no sistema MEDI simultaneamente.

211. Exemplifica a primeira sistemática adotada pelo DNER, a qual considera ser a mesma

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

discutida nos presentes autos, com situação em que se procedeu à aprovação em um momento (10/2/2000 e 21/2/2000) e à autorização de inclusão no sistema MEDI em outro (28/2/2000). Apresenta nesse sentido as chancelas de aprovação e inserção dos dados de revisão empreendida no Contrato PG-194/96 (peça 60, p. 18-19).

212. Ressalta novamente que apenas autorizou a alteração no sistema MEDI, não tendo atuado na aprovação da 2ª Adequação de Projeto, com remissão aos documentos transcritos no pedido, sendo que no primeiro foram aprovadas as alterações de projeto e no segundo autorizada a inserção nos sistemas do órgão, nos mesmos moldes do presente processo, segundo ele.

213. Informa que não foi juntada aos autos cópia da aprovação da 2ª Adequação de Projeto em fase de obras. Após, busca diferenciar, com exemplo ligado ao Contrato PG-194/96 (peça 60, p. 20), o documento juntado ao processo com a autorização para que se inclua no sistema MEDI de outro que procede à aprovação das adequações de projetos.

214. No exemplo apresentado, segundo o ex-gestor, houve aprovação expressa do 7º Relatório de Revisão de Projeto em Fase de Obras com autorização simultânea para alteração no sistema MEDI, evidenciando, na concepção dele, situações distintas.

215. Na sequência, relembra entendimento constante do Acórdão 649/2011-Plenário, segundo o qual o pagamento dos materiais com preços elevados decorreu da solicitação de alteração dos serviços da autorização para alterações em fase de obras, ambos de responsabilidade do recorrente (peça 60, p. 21).

216. Aduz que houve interpretação equivocada do Tribunal sobre o documento juntado aos autos, especialmente por não ter sido acostada cópia integral do processo administrativo para aprovação da 2ª adequação, segundo ele, único documento hábil a comprovar o responsável pela chancela dos valores.

217. Pretende mostrar que o ato de inclusão no sistema MEDI é complementar e visa impulsionar o procedimento administrativo, sem, contudo, possuir conteúdo decisório, tendo em vista que a aprovação já teria ocorrido antes pelos órgãos competentes.

218. O ato praticado, segundo o ex-gestor, teve a única finalidade de materializar internamente a decisão que já havia sido tomada pelo órgão competente, correspondente à aprovação da 2ª Adequação de Projeto em Fase de Obras. Logo, a ação do recorrente produziu efeitos apenas para dentro da Administração Pública, conforme doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo.

219. Destaca que, depois de aprovada a adequação, os efeitos em relação ao terceiro já estavam concluídos, sendo que a inclusão no sistema de medição estava inclusa apenas na sistemática interna do DNER, com o objetivo de concretizar o que já havia sido decidido e devidamente aprovado.

220. Sustenta que a adequação já estava aprovada, sendo que, independentemente da alteração no sistema MEDI, o Contrato já estava alterado entre as partes, especialmente quando se considera que este último ato tratava-se apenas de procedimento interno do DNER, dedicado ao controle e fiscalização das obras em andamento.

221. Afirma que não participou de Comissões de Classificação de Materiais, objeto da 2ª Adequação de Projeto em Fase de Obras, constituídas pela Chefia do 16º DRF/DNER, as quais analisam, no local, a ocorrência e volume dos materiais, propondo a reclassificação de parte dos quantitativos, com a finalidade de espelhar a realidade da obra.

222. Apresenta os subitens 16.2 e 16.2.1.C) da Norma CA/DNER n. 212/87-PG, presente em todos os editais do DNER e DNIT, segundo ele. Conforme os dispositivos citados e na concepção do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

recorrente, compete, de forma inequívoca, ao Distrito Rodoviário Federal, proceder à classificação geológica dos serviços de terraplenagem.

223. Por conta disso, alega o recorrente que não era necessária a aprovação dele no âmbito da sede, cabendo ao órgão em Brasília proceder aos ajustes de quantitativos verificados pela Comissão designada pelo 16º DRF, com os respectivos ajustes no sistema MEDI.

224. Argumenta não haver motivos que levassem a uma reanálise do que já havia sido proposto, mesmo porque a proposta encaminhada pelo DRF tinha como objetivo ratificar o que havia sido constatado em campo, onde era possível avaliar a quantidade e promover adequações.

225. Afirma não haver justificativas para não aceitar a proposta formulada, já analisada e aprovada pelo órgão responsável, especialmente pelos profissionais que estavam em trabalho de campo, sendo que cada passo na Administração Pública possui presunção de legitimidade e de veracidade. Logo, na concepção do recorrente, presumiam-se verdadeiras as análises já empreendidas.

226. Argumenta não ser competência dele analisar os preços constantes da adequação de projeto, bem como valorar a oportunidade e a economicidade do ato da administração, que já estava concluído.

227. Discorda da afirmação da unidade técnica de que os pagamentos somente foram executados após a implantação dos quantitativos no sistema MEDI, tendo em vista que, segundo ele, esse fato não possui nexo de causalidade com o suposto prejuízo ao erário.

228. Aduz que, caso fosse verdadeiro o raciocínio dos técnicos, até mesmo o servidor que executou a transferência bancária de valores da Administração à Contratada seria solidariamente responsável pelo pagamento de serviços com sobrepreço, o que não pode ser aceito, na concepção dele.

229. Reafirma que o ato praticado por ele não tem conteúdo decisório, mas apenas concretiza providência determinada pela Administração, concluindo que, embora verdadeira a afirmação de que o pagamento ocorre apenas com a transferência dos valores, o agente nesse caso não tem responsabilidade pelo mérito do gasto.

230. Igualmente, conforme o recurso, a inclusão da alteração no sistema MEDI não representa qualquer análise valorativa do mérito da questão e não poderia representar irregularidade, tendo em vista tratar-se de ato administrativo não discricionário que concretiza situação já definida, não sendo exigida conduta diversa do recorrente.

231. Sustenta que seria desarrazoado exigir dele que, para inclusão no sistema de medições do órgão de algo já analisado e aprovado, fossem realizadas novas vistorias *in loco* ou novas análises de preços, as quais constituem procedimento complexo, exigindo-se setor técnico competente.

232. Para o ex-gestor, está comprovado que o ato por ele praticado não pode atribuir-lhe responsabilidade pelo eventual prejuízo ao erário, razão pela qual o débito e a multa aplicados por esta Corte mostram-se inadequados e devem ser revistos.

Análise

233. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Ainda que houvesse segregação nas funções de aprovar a adequação e de incluí-la no sistema, dividindo as alçadas, o que o recorrente não comprovou com qualquer normativo, não é possível afastar a responsabilidade dele.

234. Ao contrário, os documentos acostados aos autos demonstram que a inclusão no sistema MEDI configurou também a própria aprovação da alteração em si. O engenheiro Roberto Shcwansee Ribas, Chefe do 16º DRF/DNER/SC, encaminhou ao Chefe da Divisão de Construção do DNER, em Brasília, ofício para análise e aprovação da 2ª adequação (peça 9, p. 50), em 27/10/1997.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

235. Logo após, consta a solicitação de inclusão da alteração no sistema MEDI, com as adequações e a autorização para fazê-lo, ambas assinadas pelo ora recorrente. É exatamente a inclusão da 2ª Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras no sistema MEDI, com suposto sobrepreço embutido, que deu origem ao suposto dano ao erário constante da deliberação recorrida (peça 9, p. 50-51).

236. Não se pode conceber, ainda, que o recorrente, atuando simultaneamente como dirigente do setor que promoveu a inserção da adequação no sistema e Chefe da Divisão de Construção, não tenha qualquer responsabilidade sobre a lisura dos preços inseridos. A propósito, causa estranheza essa chancela simultânea pelo ex-gestor. Ele pediu a inclusão e ele mesmo aprovou.

237. Em que pese fosse possível, em princípio, a apenação dos demais gestores que chancelaram a 2ª Adequação de Projeto em Fase de Obras, a responsabilidade do Sr. Roberto Borges está clara na autorização constante dos documentos presentes nos autos (peça 9, p. 51) e no próprio recurso (peça 60, p. 16). Assim, o Tribunal tem permissão para imputar ao recorrente a responsabilidade que lhe cabe.

238. Igualmente, o despacho que autoriza a inclusão das alterações quantitativas no sistema tem claro conteúdo decisório. Busca o ex-gestor, ao tentar afastar a ação dele como Chefe da Divisão de Construção, aproximar o ato impugnado da simples gestão de sistemas de informática, o que não se concebe, tendo em vista que, por conta da alteração empreendida, possibilitaram-se os pagamentos irregulares.

Argumentos (peça 60, p. 25-27)

239. Além dos argumentos enfrentados anteriormente, o recorrente alega não existirem elementos para comprovar a participação dele na aprovação da 2a Revisão de Projetos. Sustenta, com base em documentos juntados aos autos (peça 9, p. 50-51), que inclusão dele no processo se baseou em duas páginas do Processo Administrativo n. 51.100.008.445/56-01, que culminou na aprovação dos quantitativos relativos à Segunda Adequação de Projeto.

240. Considera, contudo, que a aludida documentação está incompleta, não sendo possível fazer juízo de valor sobre ela, pois as análises deveriam envolver o processo todo e não a simples alteração dos quantitativos no sistema de medição do extinto DNER.

241. Aduz que, conforme se pode observar nos documentos apresentados no recurso, apesar de se referirem a outros contratos, demonstram que o procedimento para aprovação das alterações de projetos era complexo, envolvendo diversas etapas atribuíveis a setores diversos da autarquia. Nesse sentido, apresenta o que afirmar ser o *iter* procedimental para aprovar as modificações:

> Em primeiro lugar, a empresa responsável produzia um Relatório de Adequação de Projeto, com as devidas justificativas;
>
> O Relatório era analisado pelo Distrito Regional (DRF), que proferia seu parecer pela aprovação ou não, encaminhando toda documentação pertinente à Divisão de Construção;
>
> O Chefe da Divisão de Construção, por sua vez, tomava ciência da proposta e a encaminhava à Divisão de Estudos e Projetos, que analisava a documentação e proferia seu parecer, pela aprovação ou não da adequação de projeto, encaminhando tudo ao Diretor de Engenharia Rodoviária para deliberação final;
>
> O Diretor de Engenharia Rodoviária aprovava ou não o Relatório de Revisão de Projeto, e prosseguia-se o feito para que a Divisão de Estudos e Projetos adotasse as medidas cabíveis.
>
> Após, todo processo era encaminhado ao Arquivo Técnico, na Divisão de Estudos e Projetos, para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

> as devidas anotações e, posteriormente, retornava à Divisão de Construção;
>
> O Chefe do Sv. Pg. C. Co., por sua vez, após já concretizada a aprovação do Relatório de Adequação de Projeto de Engenharia em Fase de Obras, solicitava então autorização para promover, no sistema MEDI, as adequações já aprovadas pelos setores competentes;
>
> 4 Por fim, o Chefe da Divisão de Construção, então, procedia à autorização para que fossem procedidas as alteração no sistema MEDI.

242. Afirma que, para uma análise correta, com a finalidade de imputar responsabilidade pela aprovação, seria necessário analisar todas as etapas do procedimento, verificando cada uma das manifestações constantes do processo administrativo que aprovou a 2ª Adequação de Projeto, cuja cópia integral deveria constar do processo.

243. Assevera que a documentação constante dos presentes autos está incompleta e insuficiente para fundamentar a condenação dele, faltando elementos que comprovem responsabilidade do ex-gestor em relação aos fatos apurados.

244. Renova a afirmação de que o ato praticado por ele limitou-se a autorizar as alterações no sistema MEDI, tendo em vista que a aprovação já havia ocorrido, mas os documentos que embasaram esse momento não foram juntados aos autos e também não foram encontrados pelo recorrente, segundo ele, possivelmente em razão do longo prazo decorrido entre estas alterações e o chamamento do ex-gestor ao processo.

245. Consigna que a observação do conteúdo dos documentos utilizados para imputar-lhe responsabilidade demonstram, com mais evidência, a ausência de elementos probatórios. Sustenta que:

> 75) Neles o Engenheiro Chefe do 16° DRF encaminha a documentação pertinente "para análise e aprovação 2ª Adequação de Quantitativos referente às obras de Ampliação da Capacidade da BR-101/SC". Entretanto, logo em seguida já é apresentada a solicitação de autorização para se promover as alterações no sistema MEDI. Onde se encontram os documentos encaminhados pelo 16° DRF? Onde se encontra a análise e a aprovação da Adequação? (peça 60, p. 27).

246. Argumenta não caber a ele responder essas indagações, mas conclui ser inafastável a conclusão de que a documentação acostada aos autos não pode comprovar a interferência do ex-gestor na aprovação da 2ª Adequação, cujo documento não consta do processo.

Análise

247. Não assiste razão ao responsável. Os argumentos apresentados pelo Sr. Roberto, ao contrário de afastarem, reforçam a tese de que a aprovação da alteração de inclusão da 2ª Adequação de Projeto constitui também a aprovação da própria modificação, sendo a documentação constante dos autos suficiente para emitir juízo de valor sobre a conduta do ex-gestor.

248. Note-se que, segundo o recorrente, após a elaboração do relatório pela empresa responsável e análise pelo DRF, a documentação seria enviada à Divisão de Construção, que encaminharia os dados à Divisão de Estudos e Projetos para análise e parecer.

249. Depois, a adequação seria encaminhada ao Diretor de Engenharia Rodoviária para deliberação final, com retorno à Divisão de Estudos e Projetos para medidas cabíveis e arquivo técnico. Apenas depois disso, o Chefe do Sv. Pg. C. Co., solicitaria autorização para promover, no sistema MEDI, as modificações já aprovadas pelos setores competentes, com posterior autorização pelo Chefe da Divisão de Construção.

250. Entretanto, os dados constantes do processo demonstram não ser verossímil a argumentação do recorrente. Como já destacado no tópico anterior, o Chefe do 16º DRF/DNER/SC

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

encaminhou ao Chefe da Divisão de Construção a 2ª Adequação de Quantitativos para análise e aprovação em 27/10/1997.

251. Apenas sete dias depois, ocorreu a solicitação para inserção no sistema MEDI simultaneamente à aprovação desse ato, ambos com a chancela do ora recorrente. Naturalmente, não seria possível a emissão de parecer pela Divisão de Estudos e Projetos, pelo Chefe da Divisão de Construção, pelo Diretor de Engenharia Rodoviária, com subsequente arquivo técnico, como afirma o recorrente sem trazer qualquer normativo interno sobre a divisão dessas tarefas, em tão curto espaço de tempo.

252. Verifica-se que, ainda que essas chancelas de fato fossem necessárias, no caso em análise, a hipótese mais aceitável é que a inclusão no sistema constituiu, de fato, a aprovação das próprias modificações, o que se torna claro com o exíguo espaço de tempo para qualquer análise distinta. Ou ocorreu dessa forma ou não houve verificação dos preços praticados, o que também atrairia a responsabilidade do ex-gestor pela conduta culposa.

Argumentos (peça 60, p. 34-36)

253. Argumenta, ainda, com base no princípio da eventualidade, sobre os altos valores imputados como débito e multa, os quais atingem cifras milionárias, não se mostrando adequada, caso o Tribunal se decida pela manutenção do posicionamento anterior.

254. Considera que essa decisão fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, configurando confisco vedado pela Constituição Federal, uma vez que a imputação desse montante ao recorrente acarretará a insolvência dele.

255. Ressalta que não auferiu qualquer vantagem financeira relacionada ao suposto sobrepreço, sendo que a condenação não corresponde à capacidade financeira do autor, ocasionando a ruína financeira do ex-gestor, com reflexos sobre o sustento dele e da família, em atentado à dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais do individuo.

256. Afirma que, mesmo considerando a solidariedade com os demais responsáveis, tendo em vista o poderio econômico do requerido não ser suficiente para quitar o débito, a condenação imposta pelo Tribunal não atingirá o interesse público almejado, pois constitui débito impagável para servidor público de carreira.

257. Nesse sentido, apresenta doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, em que o autor leciona que as multas devem atender o princípio da proporcionalidade, não podendo constituir confisco, sob pena de nulidade.

258. Apresenta, ainda, o art. 2º, inc. VI, da Lei 9.784/1999, segundo o qual, nos processos administrativos, deve-se observar a adequação entre meios e fins, não sendo possível a aplicação de obrigações, restrições e sanções em medida superior ao que for necessário para atender o interesse público.

259. Na mesma linha, destaca trecho doutrinário, assinalando que em algumas ocasiões imputa-se débito ao agente que poderá levá-lo à insolvência ou desconto permanente na remuneração do gestor, sem, ainda assim, a devida recomposição de danos ao erário. O autor destaca, também no trecho, que a não imposição da sanção constitui relevação tão nociva quanto a imposição excessiva. Com isso, conclui que a "multa revela o seu forte caráter pedagógico e efetiva uma Justiça razoável em termos de contas públicas" (peça 60, p. 36).

260. Assevera que o débito a ele imputado não atingirá a finalidade buscada, pois é desproporcional quando comparado com a capacidade econômica do autor e a multa aplicada não

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

atenderá a função pedagógica, tendo em vista que o recorrente agiu em observância aos deveres funcionais.

261. Requer que o Tribunal, mesmo entendendo pela reprovabilidade da conduta praticada e pela existência do prejuízo, observe os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, não-confisco e dignidade da pessoa humana na imputação das penalidades.

Análise

262. Os argumentos do recorrente não estão corretos quanto a esse ponto, não obstante o débito não possa subsistir pelos motivos expostos anteriormente. Essa questão já foi objeto de análise quando do enfrentamento das razões da empresa Iguatemi.

263. Como anteriormente destacado, de acordo com o princípio da unidade da constituição, não há hierarquia entre normas ou princípios constitucionais, devendo-se eventual colisão ser resolvida pela ponderação entre os bens jurídicos tutelados. A proporcionalidade e a legalidade encontram-se no mesmo patamar.

264. Nessa linha, a aplicação de juros e correção monetária sobre o dano imputado às partes tem autorização no art. 19 da Lei 8.443/1992, não sendo desarrazoada a imputação de débito a quem comprovadamente tenha lhe dado causa, como no caso do ora recorrente. É o conjunto composto por correção monetária e juros que elevou o valor devido pelo recorrente, caso o Tribunal entenda pela manutenção do posicionamento anterior, não constituindo afronta à razoabilidade.

265. Os valores cobrados pelo Tribunal constituem o posicionamento da Corte presente na deliberação recorrida de que teria havido pagamento de preços excessivos nos materiais aplicados no Lote 8 das obras da BR-101/SC. A cobrança desse montante deve ser corrigida monetariamente, com a incidência de juros, prevista legalmente.

266. Assim, em que pese o argumento em si não possa afastar a responsabilidade do ora recorrente, não se pode olvidar que o posicionamento anteriormente descrito, segundo o qual o suposto sobrepreço pode ser considerado como alteração normal do mercado, tendo vista a baixa materialidade da diferença e as controvérsias na retroatividade dos cálculos do excesso, abarca a situação do Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, responsabilizado solidariamente pelo dano apontado na deliberação recorrida. Logo, impõe-se o julgamento pela regularidade das contas do responsável, com afastamento do débito e, consequentemente, da multa aplicada, tendo em vista não subsistir elementos para apenar o ex-gestor.

267. Por fim, é importante ressaltar que a proposta de provimento parcial ao recurso, por disposição contida no art. 281 do RI/TCU, beneficia, também, o responsável Maurício Hasenclever Borges, afastando-se o débito e a multa a ele imputados.

PROPOSTA

267. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos pelo Consórcio formado pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, Andrade Gutierrez S/A e CBPO Engenharia Ltda.; pela empresa Iguatemi – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda. e pelo Sr. Roberto Borges Furtado da Silva, contra o Acórdão 649/2011-Plenário, proferido na Sessão de 23/3/2011, Ata 9/2011, mantido pelo Acórdão 1.593/2011 – Plenário;

b) dar parcial provimento aos recursos para afastar os débitos e as multas imputados aos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.

responsáveis, excluindo-se os subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4 e 9.4 do Acórdão 649/2011-Plenário, mantido pelo Acórdão 1.593/2011 – Plenário, dando-se ao item 9.2 da deliberação recorrida a seguinte redação;

> 9.2. julgar, com fulcro nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II, 18 e 23, II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, regulares com ressalva as contas dos Srs. Maurício Hasenclever Borges e Roberto Borges Furtado da Silva e das empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, Construtora Andrade Gutierrez S/A, CBPO Engenharia Ltda. e Iguatemi – Consultoria e Serviços de Engenharia Ltda., dando-lhes quitação.

c) comunicar aos recorrentes, ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, à Procuradoria da República em Santa Catarina e aos demais interessados, a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 20 de julho de 2012.

[assinado eletronicamente]
Judson dos Santos
AUFC – mat. 5677-4

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48803579.