

TC 001.976/2009-6

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade Jurisdicionada: Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes - Dnit, vinculado ao Ministério dos Transportes.

Responsáveis: Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87), e CMT Engenharia Ltda. (CNPJ 17.194.077/0001-42).

Proposta: mérito.

I) INTRODUÇÃO

Trata-se de Tomada de Contas Especial (TCE) originária do processo TC 006.415/2008-8, relativo ao Levantamento de Auditoria realizado nas obras de construção da BR-230/PA, no trecho entre Marabá e Altamira, no estado do Pará, nos termos do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, relacionada ao Contrato PD/2-003/01-00.

II) HISTÓRICO DAS AÇÕES E DELIBERAÇÕES PROFERIDAS

2. No âmbito do Fiscobras 2008, TC 006.415/2008-8, identificou-se a irregularidade de superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado.

3. Este processo, autuado em janeiro de 2009, conforme determinação constante do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.439/2008-TCU-Plenário, visa apurar os valores considerados indevidos e efetivamente pagos, no âmbito do Contrato PD/2-003/01-00 (peça 1, p. 1).

4. Em abril/2009, por meio do Ofício 1006/2009/DG (peça 1, p. 8-25), o Dnit encaminhou ao TCU documentos e informações necessários à individualização do débito e à citação dos responsáveis, para atender ao disposto na diligência expedida no Ofício 49/2009-TCU/SECOB, de março de 2009 (peça 1, p. 7).

5. A partir da documentação encaminhada pelo Dnit, calculou-se o débito de R\$ 1.992.565,12 (peça 1, p. 40), data-base de abril/2001, a preços iniciais, considerando os quantitativos de serviços executados e pagos até a 19ª medição (peça 1, p. 14-25). Esse valor do débito apurado (R\$ 1.992.565,12) é superior ao inicialmente calculado (R\$ 1.013.444,58) devido aos aditamentos contratuais não considerados no cálculo à época da auditoria.

6. Foram citados como responsáveis solidários pelo débito apurado: a empresa CMT Engenharia Ltda., na condição de contratada, e o Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, na condição de chefe do 2º DRF/DNER, ambos pela celebração de contrato com preços acima dos preços de referência, nos termos do art. 3º e inciso IV do art. 43, todos da Lei 8.666/1993.

7. Os comprovantes de ciência das citações constam dos presentes autos, às folhas discriminadas na tabela a seguir.

Nome	Comprovante de citação
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 2, p. 46; e peça 3, p. 2
CMT Engenharia Ltda.	peça 2, p. 45 e 51-52; e peça 3, p. 4

8. As alegações de defesa dos responsáveis foram acostadas a estes autos conforme discriminado na tabela abaixo.

Nome	Alegações de defesa
Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro	peça 16, p. 3-96
CMT Engenharia Ltda.	peça 15, p. 3-197

9. Em maio/2012, para dar andamento ao processo, o Dnit encaminhou por meio do Ofício 348/2012/AUDINT/Dnit (peça 26) as informações solicitadas pelo TCU - Ofício 139/2012-TCU/Secob-2 (peça 21).

10. Sendo assim, a presente instrução tem por fim a análise das alegações de defesa dos responsáveis citados acima.

III) EXAME TÉCNICO

III.1) DO SUPERFATURAMENTO DECORRENTE DE PREÇOS EXCESSIVOS FRENTE AO MERCADO, COM DÉBITO NO VALOR DE R\$ 1.992.565,12 (DATA-BASE EM ABRIL/2001) A PREÇOS INICIAIS (PI)

11. A irregularidade é referente à celebração do Contrato PD/2-003/01-00 com preços superiores aos de referência, conforme transcrição a seguir (peça 7, p. 68-69).

Da análise dos preços do contrato nº PD-2-003/01, constatou-se que os mesmos encontram-se cerca de 7,1% acima dos preços referenciais do Sicro devidamente adaptado às características da obra, conforme Quadro C-5. O referido percentual equivale a aproximadamente R\$ 1.013.444,58 (a P.I. abril/2001).

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA CMT ENGENHARIA LTDA. (PEÇA 15, P. 3-197)

12. Inicialmente a empresa CMT Engenharia Ltda. alega que, na formação dos preços de referência, a Secob teria utilizado como taxa de BDI (Benefício e Despesas Indiretas) o percentual de 32,68%, enquanto o Contrato PD/2-003/01 teria utilizado 40,0% (peça 15, p. 3-7).

13. À frente, a manifestante alega que teria ocorrido a decadência do direito de a Administração exigir o ressarcimento de valores superfaturados, pois teria transcorrido mais de 5 anos da ocorrência da irregularidade, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999. (peça 15, p. 8-10)

14. Além da alegação de decadência, segundo a ora manifestante, teria ocorrido preclusão administrativa, pois, como as obras estariam paralisadas desde 2004, a situação contratual não teria se alterado desde as análises anteriores por parte do TCU (TC 008.595/2001-6, 006.359/2002-8, 008.719/2003-1, 006.686/2004-8, 006.687/2004-5, 007.190/2005-6, 007.191/2005-3, 007.192/2005-0 e 008.385/2006-0), e nenhum desses processos teria mencionado essa irregularidade. (peça 15, p. 11-16).

15. Alega que as irregularidades como deficiência do projeto e do processo licitatório seriam alheias à contratada, por isso não podem ensejar medidas corretivas à empresa (peça 15, p. 18-22).

16. Em relação ao sobrepreço apontado no relatório de auditoria, a manifestante afirma que as especificidades da obra impediriam a aplicação automática dos critérios do Sicro, pois, segundo a manifestante, os preços unitários do contrato poderiam conter "circunstâncias específicas" não contempladas nas composições dos sistemas gerais de preços como o Sicro (peça 15, p. 23-26).

17. Em seguida, com base em parecer técnico produzido pelo Engenheiro Celso Ragazzi (peça 15, p. 99-197), afirma ainda que os custos horários dos equipamentos constantes das

composições de custos unitários do Sicro2 estariam subestimados por considerarem nos custos improdutivos desses equipamentos apenas o custo da mão de obra, sem incluir o custo do capital investido (peça 15, p. 27-31).

18. Adiante, a partir do parecer citado no parágrafo anterior, aponta que haveria divergências entre as composições de preços unitários do Sicro2 e as composições de preços contratadas. As divergências levantadas consistiriam em: adoção da taxa de BDI 32,68% em vez da taxa de 40% prevista no contrato; utilização dos insumos brita e areia produzidos em vez de comerciais, como constaria do projeto; adoção das produtividades da equipe constante do Sicro2 em vez das produtividades das composições contratadas, que seriam menores; utilização de composição de preço para escavação, carga e transporte de material de 1ª categoria com carregadeira em vez de ser com motoscaper, conforme proposta comercial; e utilização de hidrossemeadura como referência para proteção vegetal em vez de enleivamento, que teria sido o efetivamente executado (peça 15, p. 31-62).

19. Acrescenta que a licitante estaria vinculada à planilha de quantitativos e serviços do edital de licitação, e que a execução de uma obra envolveria diversas despesas que não constariam da planilha orçamentária da Administração. Como não poderia alterar a planilha orçamentária do certame, teria incluído essas outras despesas na composição do BDI, o que impediria a fixação da taxa de BDI de referência, e destaca que o BDI não poderia ser analisado de forma destacada das demais condições da proposta do licitante (peça 15, p. 63-80).

Da análise

20. Em relação à alegação de que a Secob teria utilizado para composição dos preços de referência a taxa de BDI de 32,68% em vez da taxa de 40,0% apresentada pela contratada, entende-se que os preços de referência foram corretamente calculados com base nos custos do Sicro2, acrescidos da taxa de BDI de referência de 32,68%, também constante do Sicro, região Norte, de abril/2001, data-base do contrato para fins de aplicação dos reajustes contratuais.

21. Na análise da Secob-2 não se busca alterar a taxa de BDI da contratada, mas sim estabelecer o preço de referência, que é composto pelos custos de referência mais a taxa de BDI, também de referência. Assim, a utilização do BDI de referência não implica análise isolada desse item que compõe o preço referencial, conforme consta do Voto condutor do Acórdão 589/2012-TCU-Plenário.

11.2 Com relação à alegação de que a jurisprudência do Tribunal acataria BDI até superior a 40%, bem como que vedaria alteração retroativa de BDI, vale destacar que, no caso em questão, a unidade técnica detectou sobrepreço no custo total dos itens pesquisados. O BDI de referência não foi utilizado isoladamente, mas como composição do preço justo dos itens, conforme se vê na instrução da Secob-4:

"128. Com relação às argumentações da alegante acerca do BDI, explicita-se, inicialmente, que será mantido o entendimento exposto na instrução da Secob 1 e no relatório resultante da fiscalização no âmbito do Fiscobras 2010, segundo o qual a adoção de um BDI referencial para a análise de preços não intenta realizar análise isolada daquele item nem, conseqüentemente, imputar irregularidade quanto a ele especificamente.

22. Quanto à alegação de decadência com base no art. 54 da Lei 9.784/1999, destaca-se que esse dispositivo legal não se aplica aos processos de competência do Tribunal de Contas da União, conforme consta do voto que fundamenta o Acórdão 78/2005-TCU-Plenário.

12.O instituto da decadência a que se refere o art. 54 da Lei 9.784/1999 já foi examinado por este Plenário, que, por meio da Decisão nº 1.020/2000, firmou o entendimento de que a citada lei, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem

aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo art. 71 da Constituição Federal. A não-incidência da Lei nº 9.784/1999 e, portanto, do prazo decadencial previsto em seu art. 54, sobre os atos de controle externo a cargo do TCU repousa no entendimento de que a natureza desses atos não é tipicamente administrativa, mas especial, porquanto inerente à jurisdição constitucional de controle externo.

13. Ademais, consoante a tese sustentada na aludida Decisão 1.020/2000, a processualística aplicável aos processos de controle externo está delineada na Lei nº 8.443/1992, portanto, não é o caso de se adotar as regras da Lei nº 9.784/1999. A propósito, o art. 69 da Lei nº 9.784/1999 excepcionaliza os processos administrativos específicos, os quais continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

14. Sobre este tema, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, afirmou a inaplicabilidade do instituto da decadência do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 em processo de controle externo ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.859.

23. A alegação de que teria ocorrido preclusão administrativa também não procede, pois, dos processos anteriores, citados pela contratada, não constam análise ou decisão do TCU acerca do sobrepreço no contrato em questão.

24. As alegações de que as irregularidades referentes à deficiência do projeto e do processo licitatório seriam alheias à contratada não se aplicam ao presente caso, pois não se relacionam ao Contrato PD/2-003/01-00.

25. Quanto às alegações de que os custos horários dos equipamentos constantes das composições de custos unitários do Sicro2 estariam subestimados, que haveria divergências entre as composições de preços unitários do Sicro2 e as composições de preços contratadas e de que esses ajustes, segundo o parecer técnico apresentado pela contratada, descaracterizaria a irregularidade apontada na auditoria, entende-se que não devem ser acatadas, pois o sistema Sicro teve sua importância reconhecida pelo TCU e foi considerado como referência de custos confiável (Acórdãos 267/2003-TCU-Plenário, 198/2000-TCU-Plenário e 67/2002-TCU-Plenário, e Decisões 755/2001-TCU-Plenário, 931/2000-TCU-Plenário e 45/2001-TCU-Plenário).

26. Assim, para descaracterizar as composições de preços unitárias de referência do Sicro, seria necessário demonstrar por meio de documentos e de outras fontes de informações que essas composições do Sicro não refletem a realidade dos serviços. Essa inaplicabilidade das composições do Sicro não foi demonstrada. Ademais, o sistema de referência do Sicro é amplamente utilizado pelo Dnit em licitações na região norte, e, quando da licitação das obras em questão, não houve impugnação do edital pelas licitantes questionando os preços unitários do orçamento licitado.

27. Em relação ao parecer técnico apresentado pela contratada, a utilização de BDI de referência em vez do BDI de 40% da contratada para compor o preço de referência deve ser mantida. Conforme exposto no início desta análise, a utilização do BDI de referência não implica análise isolada desse item.

28. No que concerne à utilização dos custos do Sicro referentes aos insumos de brita e areia produzidos em vez de comerciais, mantém-se a composição inicialmente adotada pela auditoria, pois, conforme consta do orçamento base da licitação (peça 31, p. 47-55), o código dos serviços que utilizam brita ou areia é referente a composição do Sicro1 com areia ou brita produzida, conforme exemplo (peça 33).

29. Quanto à utilização de composições contemplando escavação, carga e transporte - ECT - com carregadeira em vez de ECT com motoscaper, entende-se que também devem ser mantidas as composições inicialmente utilizadas como referência, com carregadeira, pois, para a utilização das composições contemplando a execução dos serviços de ECT com motoscaper, por ser mais

onerosa, deveria ser demonstrada a impossibilidade técnica e econômica da execução de ECT com carregadeira.

30. Já, em relação à utilização da composição referente à hidrossemeadura para o serviço de proteção vegetal, em vez de enleivamento, como a auditoria ocorreu em 2008 e a última medição para o Contrato PD/2-003/01-00 foi em dezembro de 2002 (peça 1, p. 11), entende-se que não é possível afirmar que o serviço de proteção vegetal em questão não tenha sido executado com placas de grama. Assim, por não haver nos autos elementos suficientes para afirmar que o serviço de proteção vegetal tenha sido executado por meio de hidrossemeadura, reconhece-se razão à contrata, passando-se a adotar nesta instrução como preço de referência para esse item de serviços a composição do Sicro "2 S 05 100 00 - Enleivamento".

31. Da mesma forma, conforme consta na análise das alegações de defesa do Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro, em que pese a data-base do Contrato PD/2-003/01-00 para fins do pagamento do reajuste contratual ser de abril/2001 (peça 13, p. 9), como o critério de aceitabilidade de preço previsto no item 18 do Edital 041/01-02 foi o orçamento base em anexo ao edital, com preços referentes ao mês de novembro/2000, conforme subitem 18.5 desse edital (peça 31, p. 15), reconhece-se a necessidade de adotar, nesta instrução, a tabela do Sicro2, região Norte, de novembro/2000, para compor os preços de referência.

32. Assim, foram refeitos os cálculos dos preços de referência para os itens que compõem a faixa "A" da curva "ABC" do Contrato PD/2-003/01-00 com base nos custos constantes das tabelas do Sicro2, região Norte, de novembro/2000, e utilizando a composição de serviço referente ao enleivamento para o item "proteção vegetal", resultando no sobrepreço de R\$ 545.351,20, que representa 3,71% em relação ao valor de referência calculado (R\$ 14.712.509,00 - Ref.: nov/2000), e 2,92% em relação ao valor total do contrato (R\$ 18.705.267,43 - Ref.: abr/2001), conforme planilha demonstrativa (peça 32, p. 3).

33. Ante o maior preço global de referência para a amostra obtido a partir da tabela do Sicro2, região Norte, de novembro/2000, quando comparado com o preço global de referência utilizado pela auditoria, Sicro2, região Norte, de abril/2001, buscou-se verificar o motivos de ter havido uma redução nos preços unitários de referência do Sicro2 de novembro/2000 para abril/2001. Observou-se que a redução de alguns dos preços de referência se deve à redução dos custos produtivos de alguns equipamentos, principalmente caminhão basculante de 10 m³ e caminhão tanque, utilizados nos principais serviços da obra em questão, e de alguns insumos, conforme apresentado à peça 34.

34. Como a data-base do Contrato PD/2-003/01-00 é em abril/2001, procedeu-se à correção dos preços unitários de referência, calculados nesta instrução, por meio da aplicação das variações dos índices de reajustamento de obras rodoviárias publicados pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (peça 32, p. 2), entre novembro/2000 e abril/2001.

35. Comparando-se os preços unitários de referência corrigidos para abril/2001 com os preços contratuais, obteve-se o sobrepreço de R\$ 206.884,93, representando 1,37% em relação ao valor de referência corrigido (R\$ 15.050.975,27 - ref.: abril/2001), e 1,11% em relação ao valor total do contrato (R\$ 18.705.267,43 - Ref.: abr/2001), conforme planilha demonstrativa (peça 32, p. 1).

36. Considerando que o sobrepreço de 1,11%, resultante da comparação dos preços unitários do Contrato PD/2-003/01-00 com os preços de referência calculados nesta instrução, se enquadra no entendimento do TCU de que sobrepreços globais de baixa materialidade em obras públicas não tem a musculatura suficiente para materializar o dito enriquecimento sem causa, entende-se ser pertinente considerar descaracterizado o débito inicialmente apontado, conforme entendimento constante dos Acórdãos 136/1995, 678/2008, 2339/2011, todos do plenário do TCU, e no Acórdão 544/2002-TCU-2ª Câmara, referentes a decisões no âmbito de tomadas de contas

especiais. Também são nesse sentido os Acórdãos 159/2003, 394/2003, 175/2004, 763/2011 e 2450/2011, todos do plenário do TCU, em âmbito de Relatórios de Auditoria.

37. Reconhece-se também razão à contratada quanto ao fato de que estaria vinculada ao edital e seus anexos, contudo, essa alegação não se contrapõe à adoção de uma taxa de BDI de referência para análise dos preços em face do mercado. Ao se estabelecer um BDI referencial não se busca fixar um valor limite para o contratado. A utilização de um valor médio, em associação com outros custos do empreendimento, propicia a percepção do preço esperado da obra - aceitável -, harmônico entre os interesses da Administração e do particular.

DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO SR. MANOEL NAZARETH SANT ANNA RIBEIRO (PEÇA 16, P. 3-96)

38. O Sr. Manoel Nazareth alega, preliminarmente, a prescrição para o "exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal", com base no art. 1º da Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, em razão de os fatos terem ocorrido entre os anos 2001 e 2003 e a citação ter ocorrido em 2010 (peça 16, p. 6-9).

39. Adiante, acrescenta que teria ocorrido cerceamento no direito de defesa, sob a alegação de que, além do lapso temporal de sete anos entre os atos questionados e a instauração deste processo, esta TCE não teria especificado os fatos que constituiriam a ilegalidade, e que a citação traria apenas afirmações genéricas, o que dificultaria saber que ato impugnado deveria ser enfrentado (peça 16, p. 9-11).

40. Ressalta que "(...) a presente Tomada de Contas Especial não foi instaurada no prazo estabelecido de 180 (cento e oitenta) dias da ocorrência dos atos praticados, conforme estabelecido no § 1º do artigo 1º da IN/TCU n. 13/96, o que a sujeita à responsabilização solidária da autoridade administrativa competente (...)" (peça 16, p. 10), por isso este processo deveria ser arquivado.

41. Sustenta que, além de o Contrato PD/2-003/01-00 ter sido firmado em consonância com as normas vigentes e com base em pareceres técnicos e jurídicos, a irregularidade não teria sido apontada em outras auditorias por parte do TCU, processos TC 006.686/2004-8, TC 006.687/2004-5, TC 007.190/2005-6, TC 007.191/2005-3, TC 007.192/2005-0 e TC 008.385/2006-0 (peça 16, p. 11).

42. O manifestante sustenta ainda que teria constituído a comissão de licitação para dar andamento ao certame, e que, junto com a Assessoria Jurídica do Dnit, essa comissão de licitação teria elaborado o referido contrato. Em razão disso não caberia a responsabilização dele (peça 16, p. 12-14).

43. Acrescenta que os cálculos dos sobrepreços realizados pela Secob-2 não poderiam ser considerados, pois não corresponderiam à realidade da obra contratada, tampouco teriam levado em conta a especificidade e a urgência da obra (peça 16, p. 14).

44. Prosseguindo, afirma que os sistemas referenciais poderiam não corresponder à realidade da obra ou serviço a ser realizado, e que seriam necessárias adequações nas composições de preços unitários de referência (peça 16, p. 14-16).

45. Adiante, informa que, em análises anteriores por parte do TCU, os preços teriam sido avaliados e teria sido comprovada a ausência de superfaturamento (peça 16, p. 17).

46. Acrescenta que a contratada teria apresentado proposta com o menor preço global, abaixo do orçamento base do edital, e que os aditamentos ao contrato teriam sido em razão da revisão do projeto básico após a aprovação do projeto executivo (peça 16, p. 18-22).

47. Em seguida, sustenta que, por ter constituído a Comissão de Licitação e o edital ter sido analisado pela Procuradoria Regional do Dnit, os atos do ora manifestante não seriam passíveis de discricionariedade, restando a chancela formal da licitação, pois teria recebido o contrato com a aprovação das áreas técnicas do órgão, conforme atestam os documentos referentes à avaliação e aprovação do projeto executivo (peça 16, p. 22-36).

48. O manifestante alega ainda que "(...) verifica-se não haver comprovação de qualquer dano. Os comparativos utilizados não se prestam a justificar a restituição vez que inconsistentes (...)". E que não teriam sido ouvidos os engenheiros residentes do Dnit, tampouco os fiscais de obras dessa autarquia, o que impediria a conclusão de que o contrato teria sido danoso à Administração, carecendo os autos de provas acerca dos débitos apontados (peça 16, p. 37).

49. O manifestante acrescenta também que não haveria dolo ou culpa por parte do agente público, tampouco seria verificado o nexo de causalidade entre os atos administrativos e o dano causado ao erário, pois ele não seria o ordenador de despesas e teria como procedimento encaminhar os Boletins de Desempenho da Obra e as medições para a sede do Dnit, em Brasília, para apreciação da chefia (peça 16, p. 38-47).

50. Mais à frente, alega que feriria o princípio da segurança jurídica o fato de a Administração, a qualquer tempo, revisar contratos há muito interrompidos. Assim, em razão da demora na instauração da TCE, seria presumível a legitimidade dos atos praticados, o que vincularia a Administração às decisões do TCU que antecederam ao TC 006.415/2008-8 (peça 16, p. 47-50).

Da análise

51. Em relação à alegação de prescrição da ação punitiva, tanto a Lei 9.873/1999 quanto os precedentes apresentados pelo manifestante se referem ao exercício do poder de polícia da Administração sobre seus administrados, e não se aplica à atividade constitucional de controle exercida pela Administração, entendimento esposado no Acórdão 1.241/2010-TCU-Plenário. Esse entendimento foi apresentado na análise de recurso interposto pelo Sr. Manoel Nazareth, no âmbito do TC 006.415/2008-8, conforme apresentado a seguir (peça 30, p. 4-5).

8.1. Análise: Tanto a Lei quanto os precedentes apresentados pelo recorrente referem-se à normas que regulam a relação da Administração e seus administrados, no exercício do poder de polícia daquela sobre estes.

8.2. No caso em tela, trata-se de relação da Administração, no exercício da função constitucional de controle, e seus agentes públicos com funções administrativas, para a qual não se aplica prescrição da Lei 9.873/99.

8.3. A jurisprudência desta Corte é pacífica em relação à matéria, tendo sido recentemente revisitada pelo Acórdão 1241/2010-TCU-P, nos seguintes termos:

'11.1 Quanto à prescrição, em cinco anos, da ação punitiva da Administração Pública Federal anos suscitada pelo Projeto Ação em Vida, transcrevo excerto do Voto condutor do Acórdão 71/2000 - Plenário:

Mais recentemente, a Lei nº 9.873, de 23/11/99, estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, no exercício de poder de polícia.

O Analista, invocando as lições proferidas por renomados doutrinadores, como Maria Sylvania Zanella Di Prietro (Direito Administrativo[...]), destaca que 'o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia, ...que é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público'.

Assim, as prerrogativas judicantes atribuídas a esta Corte não têm como fundamento o exercício do poder de polícia, mas sim o exercício de atividades de controle externo, de previsão constitucional.' [...]

8.4. Do mesmo modo, a jurisprudência da Corte de Contas afasta a aplicabilidade do referido Decreto às ações de Controle, como se pode observar no voto condutor do Acórdão 709/2008-TCU-P:

'Com relação ao Decreto n.º 20.910/1932, cabe assinalar que a prescrição quinquenal ali prevista tem como objeto as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal. No caso presente, a União representa o pólo ativo, e não o passivo, não se aplicando, por conseguinte, a prescrição quinquenal indicada no referido normativo.' [...]

8.5. Não obstante ainda inexistir qualquer disposição expressa em lei específica fixando a prescrição da pretensão punitiva em sede de controle, poder-se-ia utilizar a disposição genérica de prescrição do Código Civil: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor". Tal posicionamento encontra-se defendido em alguns precedentes desta Corte, como se observa no mesmo Acórdão citado no item anterior:

'A propósito, inexistindo, na esfera de atuação do TCU, lei específica que trate de prazos prescricionais relativos a atos de que resultem dano ao erário, a jurisprudência do Tribunal tem buscado harmonizar a aplicação subsidiária das disposições legais ordinárias com o preceito contido no art. 37, § 5º, da Constituição, in verbis:

[...]

Nesse contexto, o entendimento predominante nesta Casa antes da edição do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) era o de que se aplicava às situações a regra do art. 177, c/c o art. 179, do Código Civil anterior, qual seja, a da prescrição vintenária (v.g. Acórdãos 08/1997-2ª Câmara, 11/1998-2ª Câmara, 210/1999-1ª Câmara, 71/2000-Plenário).

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o Tribunal vem firmando entendimento no sentido de que se aplica às dívidas apuradas em processos de contas o comando geral fixado no art. 205 do atual Código ('A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor'), observada a regra de transição prevista no art. 2.028 ('Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada') da mencionada norma (cf. Acórdãos 1.727/2003, 1.538/2004 e 83/2005, todos da 1ª Câmara, e 53/2005 da 2ª Câmara).

28.1. Desse modo, considerando que o convênio em debate teve sua execução em 2001 e que a prescrição válida às dívidas apuradas em processos de contas no âmbito do TCU é a decenária, não há que se falar na prescrição deste feito.'

8.6. No entanto, como está fixada em dez anos, e os fatos imputados ao recorrente teriam ocorrido seis anos antes da sua oitiva, em nada favorece ao recorrente.

52. Quanto ao suposto cerceamento do direito de defesa, entende-se que a afirmação não se sustenta, pois a irregularidade questionada se encontra devidamente discriminada (peça 1, p. 38; peça 2, p. 1), e é corroborada com planilhas demonstrativas (peça 13, p. 24-38), não havendo dúvida quanto ao ato impugnado, conforme excertos abaixo.

(...) para que se apure os indícios de sobrepreço/superfaturamento da ordem de 7,1% (R\$ 1.013.444,58 a P.I.) em relação aos preços referenciais de mercado, apontados no âmbito do contrato PD/2-003-01, conforme Quadro C-5; (...) (peça 1, p. 38)

(...) Ato impugnado: celebração e gestão de contrato danoso à Administração (PD/2-003/01-00), com preços acima dos de mercado, consubstanciados em superfaturamento após efetivo pagamento. (...) (peça 2, p. 1)

53. A alegação de intempestividade da instauração da TCE, apoiada no art. 1º, §1º, da IN/TCU 13/96, não se aplica ao caso em apreço. Esse dispositivo legal, revogado e tratado pela IN/TCU 56/2007, abre prazo para que a Administração adote as providências necessárias à caracterização da infração com vistas ao ressarcimento ao erário, sujeitando a autoridade administrativa à imputação de sanção ao agente público responsável pelo ato impugnado. Observe-se que outros parágrafos desse mesmo artigo também atribuem à Administração a obrigação de agir na ocorrência de possível dano ao erário: o §3º desse mesmo artigo estabelece que, esgotadas as medidas administrativas cabíveis, deverá ser instaurada a TCE. Portanto, esse dispositivo legal estabelece prazo para a Administração instaurar a TCE, não para o TCU.

54. Para a alegação de que o Contrato PD/2-003/01-00 estaria de acordo com as normas jurídicas, e a irregularidade não teria sido suscitada em auditorias anteriores, ressalta-se que não houve manifestação do Sr. Manoel no sentido de afastar a irregularidade, tampouco foram apresentados os alegados exames que tais procedimentos teriam recebido por parte do TCU. Frise-se que não houve decisão do TCU acerca dos preços do contrato em processos anteriores.

55. Em relação ao fato de haver pareceres técnicos e jurídicos, mesmo que favoráveis à adjudicação do contrato, o ato de homologação do certame não é ato meramente formal, porquanto pressupõe o dever de o gestor avaliar a legalidade e a legitimidade de todo o processo licitatório que lhe é submetido, não devendo ser acolhida essa argumentação, conforme entendimento constante do voto que fundamenta o Acórdão 3.389/2010-TCU-Plenário, transcrito abaixo.

(...)

9. Ademais, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que não deve prosperar a pretensão do gestor de imputar todas as irregularidades praticadas nos certames licitatórios inquinados à comissão de licitação, esquecendo-se de que, ao homologar os atos praticados, a eles vinculou sua responsabilidade, reconhecendo-os como válidos (v.g. Acórdãos nºs 195/2004, ratificado pelo 681/2005, e 58/2005, ratificado pelo 1.851/2005, todos do Plenário).

(...)

56. Quanto à afirmação de que os cálculos realizados pela Secob não corresponderiam à realidade da obra contratada e não teriam observado a especificidade e urgência da obra, destaca-se a Secob-2 utilizou como referência de preços as composições de preços unitários constantes do Sicro2, sistema oficial do Dnit e consagrado pelo TCU, considerando a região de execução da obra e a data-base do contrato. Como o sistema de preços Sicro é destinado, principalmente, à elaboração de orçamento de obras rodoviárias do Dnit, entende-se que foi observada a especificidade da obra. Mesmo que houvesse urgência na execução da obra, isso não afasta a obrigação de se observar os preços de referência oficiais para contratar com a Administração, o que torna improcedente essas afirmações.

57. Da mesma forma, a alegação de que os sistemas referenciais de preços poderiam não corresponder à realidade da obra e que seriam necessárias adequações nas composições de preços unitários também não pode ser aceita, pois as composições de preços unitários utilizadas para estabelecer o valor de referência para a obra são as mesmas composições constantes do Sicro2, alterando-se apenas os custos em função da data-base das tabelas.

58. A alegação de que os preços teriam sido avaliados em auditorias anteriores não afasta a irregularidade, pois não há decisão anterior ao TC 006.415/2008-8 acerca do sobrepreço ou superfaturamento do Contrato PD/2-003/01-00.

59. No entanto, em relação à alegação de que a proposta da empresa contratada seria a que apresentou menor valor global, e que estaria abaixo do orçamento base do Edital 041/01-02, com data-base em novembro/2000, conforme ata de abertura das propostas (peça 16, p. 63), reconhece-se que assiste razão ao manifestante, pois, em que pese a data-base do Contrato PD/2-003/01-00 para fins do pagamento do reajuste contratual ser de abril/2001 (peça 13, p. 9), como o critério de

aceitabilidade de preço previsto no item 18 do Edital 041/01-02 foi o orçamento base em anexo ao edital, com preços referentes ao mês de novembro/2000, conforme subitem 18.5 desse edital (peça 31, p. 15), entende-se que a data-base para formação dos preços de referência devem ser os valores constantes das tabelas do Sicro2, região Norte, de novembro/2000.

60. Também, reconhece-se razão à alegação da contratada de que o serviço de proteção vegetal teria sido executado com enleivamento em vez de hidrossemeadura, conforme já justificado na análise das alegações de defesa da empresa contratada (CMT Engenharia Ltda.).

61. Assim, adotando como novos parâmetros de referência os preços unitários obtidos a partir das tabelas do Sicro2, região Norte, de novembro/2000, e corrigindo-se a referência para o item "proteção vegetal", considerando o serviço de enleivamento em vez de hidrossemeadura, tem-se que o Contrato PD/2-003/01-00 passa a apresentar o sobrepreço de 1,11% em relação ao valor total de referência para a faixa "A" da curva "ABC" do contrato (peça 32, p. 1), conforme apresentado ao final da análise das alegações de defesa da empresa contratada, adiante.

62. Em razão disso, entende-se ser pertinente considerar descaracterizado o débito inicialmente apontado, considerando que o sobrepreço de 1,11%, resultante da comparação dos preços unitários do Contrato PD/2-003/01-00 com os preços de referência calculados nesta instrução, se enquadra no entendimento do TCU de que sobrepreço global de baixa materialidade em obras públicas não é suficiente para materializar o dito enriquecimento sem causa, conforme Acórdãos 136/1995, 678/2008, 2339/2011, todos do plenário do TCU, e no Acórdão 544/2002-TCU-2ª Câmara, referentes a decisões no âmbito de tomadas de contas especiais. Também são nesse sentido os Acórdãos 159/2003, 394/2003, 175/2004, 763/2011 e 2450/2011, todos do plenário do TCU, em âmbito de Relatórios de Auditoria.

IV) DA CONCLUSÃO

63. Em face das análises apresentadas acima, propugna-se por acolher parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro e pela empresa CMT Engenharia Ltda, reduzindo o sobrepreço inicialmente apontado de R\$ 1.013.444,58 (ref.: abril/2001) (peça 1, p. 4; e peça 13, p. 24), para R\$ 206.884,93 (ref.: novembro/2000, corrigido para abril/2001) (peça 32, p. 1), em razão dos seguintes motivos:

- a. o critério de aceitabilidade de preço previsto no item 18 do Edital 041/01-02 foi o orçamento base em anexo ao edital, com preços referentes ao mês de novembro/2000, conforme subitem 18.5 desse edital (peça 31, p. 15), reconhecendo-se a necessidade de adotar, nesta instrução, a tabela do Sicro2, região Norte, de novembro/2000, para compor os preços de referência, corrigidos pelos índices de reajustamento de obras rodoviárias publicados pela FGV de novembro/2000 para abril/2001;
- b. utilização da composição do Sicro "2 S 05 100 00 - Enleivamento" para o item "proteção vegetal", em vez de hidrossemeadura, adotada inicialmente.

64. Entende-se ser pertinente considerar descaracterizado o débito inicialmente apontado, considerando que o sobrepreço de 1,11%, resultante da comparação dos preços unitários do Contrato PD/2-003/01-00 com os preços de referência calculados nesta instrução, se enquadra no entendimento do TCU de que sobrepreço global de baixa materialidade em obras públicas não tem a musculatura suficiente para materializar o dito enriquecimento sem causa, conforme Acórdãos 136/1995, 678/2008, 2339/2011, todos do plenário do TCU, e no Acórdão 544/2002-TCU-2ª Câmara, referentes a decisões no âmbito de tomadas de contas especiais. Também são nesse sentido os Acórdãos 159/2003, 394/2003, 175/2004, 763/2011 e 2450/2011, todos do plenário do TCU, em âmbito de Relatórios de Auditoria. Desse modo, com fundamento no art. 5º, § 1º, inciso IV, c/c art.



10 da Instrução Normativa TCU 56/2007, propõe-se arquivar o presente processo por descaracterização do débito.

V) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

65. Ante todo o exposto, propõe-se que os autos sejam submetidos ao Ministério Público junto ao TCU para emissão de parecer, com o posterior encaminhamento ao Gabinete do Exmo. Senhor Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, com as seguintes propostas:

I - acolher parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Nazareth Sant Anna Ribeiro (CPF 000.364.122-87) e pela empresa Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01), em razão de o débito inicialmente apontado ter restado descaracterizado;

II - arquivar, com fundamento no art. 5º, § 1º, inciso IV, c/c art. 10 da Instrução Normativa TCU 56/2007, o presente processo por descaracterização do débito;

III - dar ciência do Acórdão que vier a ser proferido, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentarem, aos responsáveis;

IV - arquivar, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU, o presente processo.

Secob-2/2ª DT, 28 de setembro de 2012.

(Assinado eletronicamente)

Roseno Gonçalves Lopes

AUFC, Matr. 8571-5