

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 043.940/2012-9

Natureza: Tomada de Contas Especial

Responsáveis: Alfredo Soubiê Neto, ex-Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER; Francisco Augusto Pereira Desideri, ex-Chefe da Divisão de Construção do DNER; Gerardo de Freitas Fernandes, ex-Chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º DRF; José Orlando Sá de Araújo, ex-Chefe do R. 15/3 do 15º DRF; José Ribamar Tavares, ex-Chefe do 15º DRF; Maurício Hasenclever Borges, ex-Diretor-Geral do DNER; e Iter Engenharia de Construções Ltda.

Unidade: 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (DNIT/MA)

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE RESTAURAÇÃO E CONSERVAÇÃO NA RODOVIA BR-226/MA. PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DA EMPRESA CONTRATADA EM DESACORDO COM OS VALORES REFERENCIAIS DO SICRO. SUPERFATURAMENTO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES QUE, APESAR DE APROVAREM A CONTRATAÇÃO, O FIZERAM SOB O PRESSUPOSTO DA COMPATIBILIDADE DE PREÇOS. CONDENAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELO EXAME DA PROPOSTA DA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO SEM MULTA EM FACE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

RELATÓRIO

Trata-se de uma das tomadas de contas especial instauradas por força do item 9.1 do Acórdão 2.948/2011 – Plenário, que apurou a existência de superfaturamento em diversas contratações emergenciais realizadas pelo então 15º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (DNIT/MA), para realização de obras de restauração e conservação de rodovias.

2. O presente processo examina especificamente os eventos relacionados ao Contrato PG 140/1997 celebrado entre o 15º DRF e a empresa Iter Engenharia de Construções Ltda. para a execução de obras de recuperação da BR-110/MA.

3. Transcrevo, a seguir, o parecer elaborado pela Secex/MA, que apreciou a matéria:

“HISTÓRICO

2. O Contrato PG 140/1997 (peça 8, pp. 14-17), pactuado no dia 31/07/1997, objetivava a execução de obras emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-110/MA, trecho divisa TO/MA – divisa MA/PA, tendo por contratada a sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ: 08.730.731/0001-02), que o 15º DRF escolhera com base nos arts. 24,

inciso IV, e 26 da Lei 8.666/1993, conforme documentação reunida no Processo Administrativo DNER 51250.000.443/97-50 (peças 6, pp. 2 a 8 e 63).

3. As obras e serviços foram definitivamente recebidos mediante termo datado de 27/05/1999 e assinado por servidores da Administração contratante e por preposto da empreiteira (peça 8, pp. 55-56).

4. As Notas Fiscais 1.280 e 1.281 (peça 8, pp. 64-67) lastrearam o desembolso de R\$ 717,242,48 e R\$ 197.419,35.

5. Desse total, estimou-se, com arrimo nos desembolsos existentes, em R\$ 60.223,27 o sobrepreço na execução do Contrato PG 140/1997 (peças 4, pp. 50-54, 59 e 61, peça 5, pp. 6-7 e 17-22), ao final assimilado e acatado pelo Acórdão 2.948/2011 – Plenário.

EXAME TÉCNICO

6. Conforme itens 10 a 16, 33 a 43, 'c', e anexo único (peça 5, pp. 2-3, 6-8 e 17-22) da última instrução da Secob e 14.2 da segunda instrução da Secex/MA (peça 1, pp. 22-23), mais documentos relativos à despesa reunidos nas peças 8 a 10, alvitrou-se, em instrução de 22/11/2012 (peça 12), citar solidariamente a pessoa jurídica Iter Engenharia de Construções Ltda. e os agentes públicos federais Alfredo Soubihe Neto, Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares e Maurício Hasenclever Borges.

(...)

10. Abaixo, pontuam-se a irregularidade, as razões defensivas e o confronto analítico entre elas. Relembra-se, por necessário, que se quedaram silentes Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges. Os dois, por tal motivo, incorreram em revelia, podendo, no entanto, beneficiar-se, se couber, da argumentação de resistência dos outros, *ex vi* do art. 161 do Regimento Interno do TCU.

10.1. Irregularidade e débito apontados (peças 23 a 29)

Ocorrência: existência de sobrepreço, conforme metodologia (critérios, composição de preços e preços unitários ajustados do Sicro) concebida pela Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e referendada pelo Acórdão 2.948/2011 – Plenário, em medições liquidadas e pagas sob o Contrato PG 140/1997, celebrado no dia 31/07/1997 entre o DNIT e a Iter Engenharia de Construções Ltda. com o desiderato de executar obras emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-110/MA, trecho divisa TO/MA – divisa MA/PA.

Origem	Data da ocorrência	Débito (R\$)
NF 1.280	03/06/1998	60.223,27
NF 1.281		

10.2. Defesa dos responsáveis

Seguem defesa dos responsáveis (...) e respectivo exame técnico.

10.2.1. Da sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. (peça 49)

Em sua petição contestatória, alega:

I) Preliminarmente:

a) caberia, no âmbito do TCU, o reconhecimento da prescrição decenal (arts. 205 e 2.028 do Código Civil) como modo de extinguir a imputação de débito, haja vista que os fatos irregulares datariam de 31/07/1997, ao passo que a citação válida só teria ocorrido em 09/02/2013, dia [de emissão] do Ofício 264/2013;

b) por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade (arts. 5º, inciso II, e 37, **caput**) e do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), é absolutamente nula a imputação de débito, sobretudo porque se teria fundamentado na utilização das tabelas do Sicro 1 com ajustes do Sicro 2, cujos limites de preço, sem existência legal em 1997, ano da celebração do contrato, serviam apenas como referencial utilizável pelo então DNER, mas sem obrigatoriedade ou impositividade normativa, o que só começaria a partir da Lei 12.017/2009 (LDO de 2009);

c) ademais, o pacto sob comentário fora selado sob a regência da Lei 8.666/1993, cujos arts. 24, inciso IV, e 26, incisos I a III, não traçam qualquer regra limitativa quanto à utilização de preços para as contratações por dispensa, exigindo somente que os preços globais atendam aos de mercado;

II) No mérito:

a) é improcedente a imputação de débito, vez que se fiou em cálculos totalmente equivocados, sob a falsa assertiva de que o Contrato PG 140/1997 agasalharia serviços de construção, conservação e restauração rodoviária, quando, na realidade, dizia respeito a serviços emergenciais, com aqueles inconfundíveis, à época contratados em regime de dispensa de licitação, e em conformidade com a CA/DNER 264/1991;

b) verificou-se divergência entre o valor da Secex/MA e da Secob, pois, enquanto a primeira assinalava R\$ 220.262,02, a segunda encontrou R\$ 60.223,27, fato que denotaria a ausência de segurança na quantificação do débito, achando-se o PG 140/1997 ao amparo do 'princípio do valor formal das contratações administrativas', o qual, derivando dos princípios da presunção de legalidade, da segurança jurídica e da razoabilidade, seria inultrapassável a não ser por fundamentos seguros; e

c) nada, por fim, apontaram as unidades técnicas quanto ao não atingimento do objeto contratual, tornando-se inadmissível, como pretensamente mostraria precedente judicial, a devolução de valores.

10.2.2. De José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes (peças 50 a 53)

Averbam defensivamente:

a) decretada a emergência, dispensou-se a licitação e promoveu-se a convocação da empreiteira Iter Engenharia de Construções Ltda., cuja proposta fora analisada e, com valor global menor que o do orçamento oficial, tida por compatível com os preços regionais;

b) na ocasião, utilizaram-se os referenciais do Sicro 1, que só previa serviços de construção rodoviária, de modo que para os de restauração se usaram também aquelas composições de preço;

c) não obstante isso, os cálculos do TCU basearam-se no Sicro 2, com ajustes, sendo apontado que os preços do contrato não estariam alinhados com os do Sicro;

d) por outro lado, a análise do TCU considerou que os preços do Sicro seriam os máximos e, no caso de extrapolação, haveria de existir motivação para o valor excedente;

e) o Sicro 1 fora concebido para ser um sistema referencial, ainda que bastante simplificado e caracterizado por graves distorções, cenário, aliás, atestado pelo TCU no Acórdão 50/1996 – Plenário, contemporâneo ao Contrato PG 140/1997, período em que as pesquisas que alimentavam aquele sistema de preços eram concentradas nas praças de Fortaleza, Recife e Salvador;

f) o Sicro 1 e o Sicro 2 representam singelo balizamento ideal de preços, sem qualquer vinculação com cada obra executada;

g) inexistia, quando da contratação, norma jurídica que determinasse a obrigação de usar o Sicro 1 no orçamento do DNER, sistema cujos preços eram tomados sempre de modo referencial e não impositivo;

h) após o Acórdão 50/1996 – Plenário, o DNER revisou o Sicro e, no ano de 1999, expediu novo lineamento quanto à elaboração de estudos e projetos rodoviários. Mesmo assim, tal sistema continuou facultativo, não ditando os valores máximos a observar na orçamentação ou contratação de obras rodoviárias;

i) a obrigatoriedade só se consolidaria sob o Sicro 2, a partir do Acórdão 267/2003 – Plenário, o que se refletiria na Lei 12.017/2009 (LDO de 2009);

j) por conseguinte, é ilegal a manutenção de solidariedade de servidores por ausência de norma legal que determinasse a adoção do Sicro como teto para o orçamento do Contrato PG 140/1997;

k) ainda que forçosa a observância do Sicro, a decretação de emergência no trecho objeto do Contrato PG 140/1997 fazia os serviços fugirem à normalidade, tornando, por isso, descabido o uso dos preços de um sistema no qual, de um lado, os custos horários de equipamento eram considerados

para atividades em condições médias e, de outro, não levavam em conta a queda de produtividade decorrente do tempo chuvoso, ainda mais no Maranhão, segundo estudo publicado em revista especializada;

l) o próprio TCU reconhece que, em situações especiais e específicas, os preços podem apresentar valores diferentes (maiores) que os do Sicro, desde que devidamente explicitados;

m) mostrar-se-ia, assim, totalmente pertinente e correto o exposto anteriormente quando da tramitação do TC-005.741/2002-0, no sentido de que a produtividade tivera que ser reduzida em função de o solo estar saturado quando da realização da obra;

n) a CGU realizou auditoria no mesmo período, mas nada apontou de irregular, do que deriva a ausência de dano ao erário e de responsabilidade dos defendentes;

o) é impossível aplicar retroativamente entendimento que o TCU firmaria acerca dos fatos sob exame, pois acarretaria para o servidor responsável severa penalidade, ainda mais ante decisões com força de título executivo extrajudicial, aptas a afetar os bens daquele antes de discussão judicial sobre a matéria;

p) embora de crime não se cuide nos autos, é vedada também a retroeficácia de jurisprudência do TCU (especialmente do Acórdão 267/2003 – Plenário), quando dotada de caráter normativo, relativamente a ato administrativo anterior, que deve ser avaliado pelo entendimento vigente à data própria do quadro fático;

q) tal situação colhe paralelo nos princípios da legalidade e anterioridade tributárias, inserindo-se num contexto normativo que assegura a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, sempre com base em padrões preconcebidos;

r) apenas e responsabilizar os arguentes caracterizaria, por outro lado, ofensa aos princípios da boa-fé, da confiança e da segurança jurídica, essenciais na demonstração de que os atos administrativos hão de nortear-se por normas e comportamentos preexistentes, como o TCU mesmo deliberou no Acórdão 1.484/2003 – Plenário;

s) intelecção adotada pelo Poder Judiciário em ação civil pública isentou da pecha de improbo um dos arguentes (José Orlando Sá de Araújo) quanto aos preços de outro contrato, à compreensão de que outros agentes públicos do DNER concordaram com os valores unitários ali aceitos;

t) seria impossível infligir multa aos defendentes, dado o transcurso de mais de cinco anos entre os fatos (1996) e o início da auditoria (2002), assunto regido pela Lei 9.873/1999, assim como de dez anos entre aqueles e a instauração da TCE (2011);

u) a pretensão punitiva, em qualquer dos casos, já estaria prescrita, pois a instauração da auditoria se dera em 2002, a notificação dos responsáveis em 2013 e ainda não sucedeu o édito condenatório; e

v) o STJ, no REsp 894539/PI, haveria estabelecido inteligência segundo a qual prescreve em cinco anos a multa do TCU.

10.2.3. Defesa de José Ribamar Tavares (peça 54)

Assim se manifesta o defendente:

a) o próprio TCU, por meio do Acórdão 50/1996 – Plenário, sessão de 17/04/1996, publicado no DOU de 29/04/1996, pp. 7-321, teria reconhecido que o Sicro não espelhava a realidade dos preços em cada município;

b) infere-se, de acordo com o manual de custos de obras rodoviários, que uma mesma tabela não pode ser adequada para preparação de orçamentos que reflitam, precisamente, os custos incorridos em todos os cenários e circunstâncias;

c) também com apoio naquele compêndio institucional, seria permitido aos orçamentistas selecionar as condições de trabalho dos equipamentos, segundo as características dos serviços que estivessem a compor, ressaltando-se, no entanto, que, sob o Sicro, os custos horários se guiariam por condições médias;

d) a metodologia inerente ao Sicro 2 difere da do Sicro de 1996, vez que aquele se apresenta por estado e este por região, apresentando distorções e lacunas que o TCU já teria acusado nos Acórdãos 1.088/2001 e 1.484/2003 – Plenário;

e) o Sicro é um sistema que se prestaria à confecção de tabelas referenciais, desvinculadas dos projetos específicos das obras, sem constituir instrumento único, inflexível;

f) não configura boa técnica de auditoria comparar preços da rodovia objeto do Contrato PG 140/1997 com os do Sicro, sem levar em consideração as características da obra;

g) se as peculiaridades de determinada obra conduzirem a preços diversos dos que figuram no Sicro, tal diferença de preços há de ser justificada e a possível lacuna na coleta de preços, explicitada;

h) na Decisão 417/2002 – Plenário, o TCU teria admitido o Sicro como uma ótima fonte de referência de preços, mas sem que isso signifique que seja [um paradigma] absoluto;

i) o analista do TCU, conforme se lê em trecho que fundamentaria o Acórdão 2.948/2011 – Plenário, ignorou que os serviços não se executaram sob condições normais, tendo decorrido a contratação emergencial com chuvas no trecho, o que, por acarretar perda de material e ocasionar modificação na produtividade dos equipamentos, deveria, até como preconizava o manual de custos do DNIT, ser levado em consideração;

j) outro equívoco do analista do TCU teria sido a comparação direta dos preços do PG 234/1996 com os do Sicro, vez que estes, simplesmente referenciais e não obrigatórios, não se estabeleciam como limite superior de nenhuma contratação, algo que só veio a ser imposto pelo Acórdão 267/2003 – Plenário;

k) os preços unitários da obra teriam sido submetidos a criteriosa avaliação da engenharia do 15º DRF/DNER e da diretoria do órgão em Brasília;

l) a composição do orçamento dos serviços teria observado o art. 3º da Norma CA/DNER 264/1991, para a qual o Sicro fornecia os preços primários e referenciais, os quais, por isso mesmo, não se caracterizavam como inflexíveis;

m) inexistiria, à época, norma que tornasse compulsória a observância de preços unitários do Sicro nas contratações ou na elaboração de orçamentos;

n) é difícil a sustentação de sobrepreço e de dano ao erário com base em divergências apontadas em relação ao Sicro, cuja fragilidade naquela ocasião o TCU reconhecia, tanto que lhe determinou a revisão.

10.2.4. Defesa de Alfredo Soubihe Neto (peças 55 e 56)

Aduz ao defender-se:

I) Preliminarmente:

a) as ações destinadas a sancionar agentes públicos prescrevem em cinco anos, conforme legislação de regência, de maneira que, cuidando-se de licitação e execução de serviços datados do ano de 1997, haver-se-ia de extinguir a TCE em relação ao defendente, **ex vi** do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil;

b) existiria ilegitimidade passiva **ad causam** dele, porquanto não teria participado do procedimento de contratação, falecendo, tirante isso, comprovação da ocorrência de violação aos princípios administrativos, notadamente por ausência de subsunção da conduta descrita a algum dos tipos que poderiam levá-lo a responder pecuniariamente;

c) seria crucial e imperiosa, nesse sentido, a demonstração de má-fé ou dolo do arguente, qualquer um deles elemento subjetivo sem o qual inócua a pretensão de condená-lo;

d) também, sob o enfoque da responsabilidade, em momento algum ficou demonstrado que praticara ele ato irregular na execução ou aprovação de serviços relativos ao contrato sob análise;

II) No mérito:

a) o Sicro é um sistema referencial de preços unitários, descabendo a simples comparação entre ele e os preços contratados para justificar uma ação de improbidade, menos ainda para prejulgamento quanto à existência de sobrepreço;

b) a tabela Sicro compor-se-ia de preços cotados em diversas capitais, que, por isso mesmo, apresentariam condições diferenciadas relativamente aos locais onde se executasse a obra;

c) o manual do Sicro consigna que é necessário elaborar um orçamento para cada obra, a possibilitar a inferência de ser ele meramente indicativo e não impositivo;

d) ocorreram imperfeições técnicas que não foram levadas em consideração pelo relatório do TCU, salientando-se que o Sicro/DNER usa [a mesma] referência para diferentes regiões, motivo por que os custos nele cadastrados não configuram os preços médios do mercado regional;

e) o STJ teria pacificado, quanto à Lei 8.429/1992, que, sem má-fé, elemento anímico inexistente no caso **sub censura**, faltaria premissa basilar para o ressarcimento ao erário.

10.3. Análise da defesa dos responsáveis (rejeição)

Analisar-se-ão, daqui por diante, as manifestações de resistência.

Comece-se pelas arguições de prescrição, que se poderiam agrupar da forma seguinte:

i) da pretensão de ressarcimento, em virtude do decurso de mais de dez anos entre os fatos geradores do débito e a data de citação do devedor solidário, com base nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil (tese da sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda.);

ii) da pretensão punitiva (multa), pelo transcurso de mais de cinco anos entre os fatos e o início da auditoria, nos termos da Lei 9.873/1999 e de entendimento do STJ no REsp 894539/PI (tese de José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes);

iii) das ações para sancionar agentes públicos, pelo transcurso de mais de cinco anos entre a licitação e a execução de serviços (tese de Alfredo Soubihe Neto).

A alegação de prescrição da pretensão de ressarcimento levada a efeito por meio desta TCE esbarra na jurisprudência consolidada no TCU.

Tem-se sobre o assunto uma genuína miríade de precedentes (*ad exemplum*, os Acórdãos 153/2006, 863/2006, 870/2004, 1.715/2006, 1.757/2005, 705/2008, 2.199/2008 e 2.709/2008 – Plenário, 175/2002, 346/2000, 2.260/2006, 3.116/2006, 3.229/2006, 3.455/2006, 2.154/2007, 2.358/2007, 3.244/2007, 547/2008, 2.634/2008 e 2.811/2008 – 1ª Câmara, 82/2003, 2.912/2006, 3.044/2006, 3.050/2006, 3.280/2006, 3.519/2006, 285/2007, 1.310/2007, 2.364/2007, 1.104/2008, 1.805/2008 e 4.945/2008 – 2ª Câmara) que, após oscilação ora em prol da prescrição de direito comum (vintenária ou decenal), ora da imprescritibilidade, culminou com a prolação pelo Pleno do TCU, ao examinar incidente de uniformização de jurisprudência no bojo do TC-005.378/2000-2, do Acórdão 2.709/2008, Ata 50/2008, em cujo subitem 9.1 se lê:

‘Deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que 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 56/2007.’

Já antes disso, o próprio Supremo Tribunal Federal assentara, no julgamento do MS 26210/DF, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, inteligência no sentido da imprescritibilidade em casos como os de que cuidam os presentes autos:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.’

Seguiram-se àquela deliberação do TCU inúmeros outros julgados (*verbi gratia*, Acórdãos 4.874/2010, 1.926/2011, 4.633/2012 e 5.171/2013 – 1ª Câmara, 4.014/2010, 4.856/2010, 1.564/2011 e 7.858/2012 – 2ª Câmara, 276/2010, 771/2010, 1.241/2010, 1.549/2011 e 143/2013 – Plenário).

Finalmente, no Acórdão 2.166/2012, o Plenário conduziu votação que, lastreando-se em posicionamento então amplamente majoritário (cuja indicação se torna ociosa diante do art. 90 do Regimento Interno), redundou na Súmula 282, vazada nos seguintes termos: 'As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis'.

Logo, se são imprescritíveis ações de ressarcimento, de que a tomada de contas especial é espécie administrativa, inadequado reputar atingidos pela força paralisante ou elisiva da **praescriptio** extintiva o curso e a utilidade jurídica desta demanda.

Ainda que, somente por amor ao debate, se aceitasse a prescrição decenal invocada, adotando linha francamente minoritária no TCU, o resultado continuaria a ser a incolumidade da pretensão de ressarcimento dos danos causados à União por sobrepreço havido no Contrato DNER PG 140/1997. É que nessa hipótese, como talvez não se consiga perceber, embora o lapso prescricional de dez anos, segundo a melhor exegese dos arts. 2.028 e 2.044 da Lei 10.406/2002, começasse a fluir do dia 11/01/2003 em diante, ou seja, um ano após a publicação do chamado Código Reale, assumiria contornos de essencialidade a definição correta do **dies ad quo** da interrupção provocada pela citação válida.

Segundo alegação de defesa, a contagem dos dez anos ter-se-ia iniciado para a Iter Engenharia de Construções Ltda. com a vigência do Código Civil (11/01/2003) e acabado em 09/02/2013, data do Ofício 264/2013. Entretanto, à luz das normas instrumentais aplicáveis **in casu**, a contagem se daria de modo diverso.

Realmente, a citação ordinária da pessoa jurídica Iter Engenharia de Construções Ltda., consumada com a aposição, em 09/04/2013, de rubrica no AR (peça 38) do Ofício 264/2013 (art. 183, inciso I, alínea 'a', do Regimento Interno c/c os arts. 3º, inciso III, e 4º, inciso II, e 19, inciso III, da Resolução-TCU 170/2004), fez o **dies a quo** interruptivo da prescrição retroagir a 09/11/2012, data de autuação desta tomada de contas especial na Secex/MA (ver capa dos autos eletrônicos), à vista do art. 219, **caput** (**in fine**) e § 1º, do Código de Processo Civil, a incidir nesta relação processual debaixo do selo da subsidiariedade ou complementaridade normativa (Súmula-TCU 103). Assim, entre 11/01/2003 (início da vigência do CC/2002) e 09/11/2012 (dia de instauração desta TCE), haveria transcorrido menos de um decênio, pondo abaixo, também por essa senda alternativa, a tese da mencionada arguente.

Igual raciocínio, pela absoluta similitude fático-jurídica, se aplica aos demais devedores solidários.

Por fim, a invocada prescrição quinquenal para multa administrativa em processos de contas, que se sublinha apenas para rechaço, de acordo com o princípio da eventualidade, tem sido sistematicamente afastada pelo TCU, ao raciocínio da inaplicabilidade em processos desta corte quer da Lei 8.429/1992, quer da Lei 9.783/1999 ou, ainda, de regras ou principiologias típicas da seara tributária. Nesses casos, a **ratio decidendi** dá a compreender que os prazos prescricionais em questão não interferem na atividade judicante do Tribunal, cujo fundamento tem escopo no exercício do controle externo, que a CRFB/1988 e a Lei 8.443/1992 expressamente lhe atribuem. Exemplificam essa linha hegemônica os Acórdãos 612/2007, 2.073/2011, 3.765/2011 e 5.865/13 – 1ª Câmara, 517/2011, 545/2011, 670/2013, 7.534/2013 e 825/2014 – 2ª Câmara, 1.286/2010, 86/2013, 709/2013 e 828/2013 – Plenário.

Outrossim, apenas para argumentar, nem mesmo a regra geral de prescrição (CC/2002, art. 205) representaria óbice à aplicação de **sanctio iuris** monetária, pois o tempo que medeia entre a instauração da TCE (09/11/2012) e o início de vigência do **Codex** Reale (11/01/2003) é menor que dez anos, valendo nessa contagem, como se vislumbrou parágrafos atrás para a universalidade de co-demandados, o regramento do art. 219, **caput** (**in fine**) e § 1º, do CPC c/c a Súmula-TCU 103.

(...)

Provado não haver obstáculo à instauração e desenvolvimento válido desta TCE ocasionado pela prescrição extintiva, analisa-se questão invocada exclusivamente por Alfredo Soubihe Neto, no

sentido de ser parte passiva *ilegítima ad causam*, ao argumento de ausência de comprovação de sua participação no procedimento licitatório ou de existência de vulneração a princípios administrativos.

Pelo que se apurou no caderno processual, a ilegitimidade não pode ser afastada *a priori*, como deseja o respondente. É que, examinando a sequência de atos administrativos, desde o mais remoto até à celebração do Contrato PG 140/1997, visualiza-se que o insurgente, à época dos fatos, mais exatamente no dia 10/06/1997 (peça 8, p. 4), submetia, como diretor de engenharia rodoviária do DNER, a contratação emergencial à autoridade superior. Esta, na pessoa de Maurício Hasenclever Borges, diretor-geral, não obstante as vicissitudes que subjaziam ao malsinado procedimento, assentiu e lavrou despacho datado de 11/06/1997 (peça 8, p. 5):

‘I - Considerando o constante deste processo, em especial o relato do Diretor de Engenharia Rodoviária, e o disposto no art. 36, inciso III, do Regimento Interno do DNER, autorizo;

II - Encaminhem-se os autos à Divisão de Contratação, para as providências decorrentes.’

Por conseguinte, dúvida alguma persiste de que, considerando tudo uma cadeia procedimental ou genuíno ato administrativo composto ou, se se quiser, complexo, a intervenção do agora postulante foi, lógica e causalmente, decisiva para o desfecho do caso, motivo por que configurada está sua responsabilidade no débito que se apurou sob a refinada metodologia adotada pelas unidades técnicas (Secob e Secex/MA) do TCU.

Dessarte, malsucedida a linha defensiva abrigada no item 10.2.4, I, b a d, desta instrução.

Vencidas, pois, as preliminares, passa-se ao exame do mérito, que comporta o reagrupamento temático a seguir:

i) o Sicro 1 era um sistema meramente referencial do DNER, sem adoção obrigatória ou vinculativa na ocasião em que se celebrara o Contrato PG 140/1997, além de frágil e baseado em condições gerais abstratas, o mais das vezes divorciadas das atinentes aos reais serviços e obras rodoviários que então se contratavam (tese da globalidade dos defendentes);

ii) o caráter vinculativo e obrigatório só se consolidaria sob o Sicro 2, conforme Acórdão 267/2003 – Plenário, refletindo-se na Lei 12.017/2009 (LDO de 2009), vedando-se a retroeficácia desse entendimento, ainda mais por ausência de norma legal nesse sentido, sob pena de romper-se princípios como a boa-fé, a confiança e a segurança jurídica ou, por analogia, da legalidade e anterioridade tributárias (tese da sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. e de José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes);

iii) não se levaram em conta, na determinação do sobrepreço em razão do qual se imputa o débito, as singularidades da obra e serviços contratados emergencialmente (tese da globalidade dos responsáveis);

iv) o Sicro não estabelecia máximos para análise dos preços de contratações emergenciais, sem exigir notadamente preços unitários ou individuais menores na contratação (tese da sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. e de José Orlando Sá de Araújo, Gerardo de Freitas Fernandes e José Ribamar Tavares);

v) houve equívoco nos cálculos, que partiram da falsa premissa de que o Contrato PG 140/1997 diria respeito a serviços de construção, conservação e restauração rodoviária, e não de natureza marcadamente emergencial, refletindo-se, ademais, em insegurança na quantificação do débito, máxime quando se verifica divergência entre os números da Secob e da Secex/MA (tese da empreiteira Iter Engenharia de Construções Ltda.);

vi) concretizou-se o objeto contratual, nada em contrário tendo sido levantando pelo TCU (tese da empreiteira Iter Engenharia de Construções Ltda.);

vii) não se teria caracterizado má-fé ou outro pressuposto de incidência da Lei 8.429/1992, de sorte que débito algum poderia ser decretado ou arbitrado pelo TCU (tese de José Orlando Sá de Araújo, Gerardo de Freitas Fernandes e Alfredo Soubihe Neto);

viii) a CGU, que também auditou as obras, nada achou de irregular (tese de José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes).

Essas teses defensivas, como se minudenciará na sequência, são por completo insubsistentes.

Em primeiro lugar, repila-se a relevância, que de fato e de direito inexistiu nestes autos, da execução dos serviços emergenciais alvo do Contrato PG 140/1997. É matéria sem nenhuma pertinência, porquanto o cerne do debate reside em sobrepreço que as unidades técnicas (Secob e Secex/MA) do TCU identificaram quando do confronto entre, de um lado, os valores de alguns dos serviços efetivamente pagos à sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. e, de outro, os respectivos custos unitários sob o Sicro/DNER/DNIT. E, nesse sentido, cabe esclarecer: a parte física considerada na apuração correspondeu a R\$ 914.661,83, ou 91,24% do montante contratual, de acordo com itens 167 e 168 do primeiro relatório Secob (peça 4, pp. 53-54), cujas conclusões se basearam em termo de recebimento datado de 27/05/1999 (peça 8, pp. 55-56), nas Notas Fiscais 1.280 e 1.281 daquela empreiteira (peça 8, pp. 64-71) e nas medições endossadas pela autarquia contratante (peças 9, pp. 1-10 e 42).

*Em segundo, a par de comentários lançados parágrafos atrás, exclua-se, também, a alegação de incidência **in casu** da Lei de Improbidade Administrativa na presente TCE, pois, no âmbito do Tribunal de Contas da União, se firmou entendimento acerca da independência entre as instâncias administrativa, de controle externo – por ele cumprida sob imutável outorga constitucional – e a que exerce o Poder Judiciário. Não são, desse modo, redundantes, nem reciprocamente ensejadoras de prejudicialidade, cada qual atuando em campo legal e jurídico próprio. Ilustram a jurisprudência predominante os Acórdãos 41/2007 – 1ª Câmara, 70/2007 e 193/2007 – 2ª Câmara, 33/2004, 52/2011 e 3.218/2013 – Plenário.*

Em terceiro lugar, rechace-se o argumento quanto a suposto equívoco cometido pela Secob na classificação dos serviços contratuais, bem como a crítica sobre imaginada incerteza na quantificação do débito por aquela unidade técnica e pela regional do TCU no Maranhão.

Com efeito, engano classificatório algum houve no que diz respeito a serviços e obras vinculados ao Contrato PG 140/1997, tanto que a Secretaria de Obras, indexando-os sob a rubrica ‘metodologia para confirmação da existência de sobrepreço e cálculo do débito’, explicitamente consignou em seu primeiro relatório (peça 4, pp. 2-3):

‘8.Os contratos constantes nos autos englobam serviços de construção, conservação e restauração rodoviária. Porém, à época das contratações, encontrava-se em vigor o Sicro 1, o qual possuía tabelas de referência apenas para serviços de construção e conservação rodoviária — para serviços de restauração, utilizavam-se as mesmas composições de preço unitário dos serviços de construção rodoviária. Quando o Sicro 2 entrou em vigor, entre outras inovações, ele introduziu uma tabela específica para os serviços de restauração rodoviária que, por ocorrerem em locais com maior tráfego de veículos e menor área para operação de equipamentos, mostram decréscimos de produtividade em relação aos serviços de construção. Assim, decidimos por realizar ajustes nas composições de preço unitário dos serviços de construção rodoviária de referência por meio da adoção de um fator de redução da produtividade sobre as produções horárias, visando à compensação das condições adversas na execução desse tipo de atividade.

(...)

10. Assim, para se verificar a existência de débito em um contrato, os seguintes passos foram seguidos:

10.1 Análise das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, com o objetivo de buscar elementos que proporcionassem o atingimento dos objetivos propostos à Secob;

10.2 Determinação dos serviços de restauração rodoviária: inicialmente, com base nas tabelas do Sicro 1, classificação dos serviços da planilha orçamentária como sendo de construção ou conservação rodoviária. Em seguida, tomando por base as informações do Sicro 2, classificação dos serviços de construção rodoviária como sendo de construção ou de restauração rodoviária;

(...)

10.4 Lançamento dos preços unitários de referência resultantes das composições de preço unitário do Sicro 1 ajustadas (restauração rodoviária) e dos preços dos serviços de construção rodoviária obtidos diretamente das tabelas desse sistema (construção e conservação rodoviária) em

uma planilha comparativa para a confirmação da existência de sobrepreço no contrato. É importante esclarecer que todos os preços de referência superiores aos contratados foram considerados com sinal negativo no cálculo do sobrepreço, de modo que fossem considerados como crédito no valor final encontrado;'

E fê-lo porque utilizou o Sicro 2 como mecanismo de correção de distorções oriundas da circunstância de que as obras emergenciais subjacentes ao Contrato PG 140/1997 perfaziam a tríade construção, conservação e restauração rodoviárias, contudo o sistema referencial de preços à época (Sicro 1) só considerava construção e conservação. Essa opção, nem arbitrária nem aleatória, visou, portanto, a contemplar a execução de serviços de restauração de rodovias em locais e condições mais dificultosos, com maior trânsito e menor produtividade dos equipamentos. Acresce que a Secob, apesar de manter os preços do Sicro 1 para os serviços de construção e conservação rodoviárias, ajustou os do Sicro 2 concernentes a restauração rodoviária, aplicando-lhes ajustes, por meio da adoção de fator de redução de 0,90 sobre as produções horárias, na produtividade das equipes das composições de preço unitário.

*Também impende acentuar que, para quatro itens do orçamento do Contrato PG 140/1997, a Secob admitiu (peça 4, pp. 3-4 e 51) a substituição (vantajosa para os devedores solidários) de brita produzida por brita comercial, como a incidência, em oito deles, de BDI (bônus e despesas indiretas) de 40,5%, quando esse **plus** na composição de custos unitários do Sicro 1 não chegava a 36% e, na da Iter Engenharia de Construções Ltda., fora linear e unilateralmente calculado em 35% (peças 6, p. 37, a 7, p. 43).*

*Tudo isso, pois, contribuiu para tornar os valores referenciais mais elevados e, com isso, mais próximos das singulares condições de execução da mencionada avença. Deu-se, se se insiste numa categoria jurídica plenamente operativa e válida dentro de semelhante contexto, incidência de interpretação **in bonam partem**.*

*De conseguinte, essa aplicação temperada do Sicro 2, longe de prejudicar os defendentes, acabou por retratar mais fielmente as especificidades da contratação emergencial e, reflexo benévolo, suavizar cifras que, de outro modo, calcadas no cotejo simples e puro entre Sicro 1 e preços contratuais (como procedera a Secex/MA), aumentaria substancialmente o **quantum debeatur**.*

Assim, indefensável a linha seguida para tentar desqualificar o trabalho técnico realizado pela Secob, que soube, mediante correções necessárias e inadiáveis, fazer a adequação de serviços e itens relacionados à contratação emergencial do DNER/DNIT.

*Ainda sobre isso, agora oferecendo o outro lado indulgente da medida, impende reconhecer que foi exatamente essa modificação de inteligência, primando por não distorcer os valores comparáveis, máxime quanto aos segmentos de itens de custo encartáveis no Sicro 1 e no Sicro 2, que permitiu ao TCU afastar os cálculos, elaborados de início pela Secretaria do TCU no Maranhão à base de imediato e direto confronto entre o Sicro 1 e a planilha da Iter Engenharia de Construções Ltda., os quais redundariam em débito de R\$ 220.262,02 (peça 8, pp. 70-71), adotando-se, final e solidariamente imputada aos responsáveis (peças 4, p. 52, e 5, pp. 17-22), a quantia (bastante mitigada) de R\$ 60.223,27. E não só: aceitou-se efeito subtrativo-aritmético, também sob o fundamento de maior justeza metodológica e critério de equidade no caso concreto, de itens com preços negociais menores que os do Sicro, a exemplo, entre outros, de recomposição manual de aterro (código 08.500.00), revestimento vegetal com grama (código 05.101.02) e desobstrução de bueiro (código 08.302.02), tudo de acordo com itens 160 **usque** 168 do primeiro relatório da Secob (peça 4, pp. 50-54).*

Logo, também por esse lado não vicejam as teses de defesa ora examinadas.

Em quarto e último lugar, cabe repulsar toda a série impugnativa concernente ao Sicro.

De fato, rememore-se que a adoção do Sicro 1, inocultavelmente vinculatória tanto para o DNER/DNIT quanto para a virtual contratada (Iter Engenharia de Construções Ltda.), era de suceder nos exatos termos de ofício assinado por José Ribamar Tavares (peça 6, pp. 9-10):

'Na formulação da proposta de preços devem ser tomadas como referenciais os preços adotados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação contratada (Sicro); para cada serviço a realizar deverá ser apresentada a correspondente planilha de composição de preço unitário. Deverão ser relacionados os equipamentos disponíveis (tratores, carregadeiras frontais, motoniveladora, caminhões, compactadores, etc.) de forma a atender as exigências do DNER contidas no quadro anexo. (...)'

A planilha orçamentária a que se referia o então chefe do 15º DRF/DNER fora, a seu turno, elaborada por José Orlando Sá de Araújo, composta de itens de serviço com valores 'fechados' – vale dizer, não analíticos – inequivocamente associados ao Sicro, somando R\$ 1.975.443,98 (peça 6, p. 11). Insta frisar que, na oportunidade, tal servidor público tinha realizado vistoria nos trechos rodoviários considerados em colapso (peça 6, p. 13).

Na sequência, a empreiteira convocada apresentou, já de forma agregada e detalhada, proposta para execução dos serviços emergenciais, orçando-os em R\$ 1.996.491,67 (peças 6, p. 31, a 7, p. 43).

Em Brasília, depois de confronto entre os orçamentos do 15º DRF/DNER e da pessoa jurídica Iter Engenharia de Construções Ltda., malgrado distorções desvantajosas para a Administração contratante em vários itens – algumas chegando a quase 72% –, houve aceitação da oferta porque, no cômputo global, estaria 4,07% mais cara que a soma oficial (peça 8, pp. 1-3).

Não obstante essa análise do todo, que, em si, já encerrava descumprimento aos lindes impostos pela autoridade administrativa regional, a qual impusera respeito ao total máximo do Sicro, o diretor de engenharia do DNER ao tempo dos fatos (Alfredo Soubihe Neto) escreveu em despacho de 10/06/1997 (peça 8, p.4):

'Informamos que a planilha de preços e a planilha de composição de preços unitários da empresa convocada, que se encontram apensada às folhas 29 a 92 do presente com o valor global de R\$ 1.996.491,97, foi submetida à revisão da D.Ct/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos coerentes com os constantes no Sicro da Região Nordeste, que já leva em consideração as dificuldades encontradas.'

Com isso em mente, inferem-se distintas angulações e implicações.

A uma, o Sicro 1, quer no âmbito do departamento regional, quer no da diretoria-geral do DNER, fora largamente invocado – sem possibilidade de que alguém o negue agora ou em qualquer tempo – como sistema referencial para apuração dos custos unitários e global dos serviços orçados por agente público a serviço do 15º DRF/DNER, de um lado, e da compatibilidade da proposta que a sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. formularia visando à execução dos trabalhos emergenciais, de outro. Mesmo, portanto, que não se tratasse de sistema obrigatório (tese que se rechaça, porém), teve o Sicro utilização, nesse e noutros tantos casos de contratação mediante dispensa de licitação pelo 15º DRF/DNER, de maneira vinculatória, quer sob o ponto de vista unitário, quer global, para aquela autarquia federal e para a pessoa jurídica que esta viria a contratar, mercê de dispensa de licitação.

A duas, não impressiona o arrazoado de que, somente a partir do Acórdão 267/2003 – Plenário e de seus reflexos na Lei 12.017/2009, o Sicro 2 se tornaria obrigatório, pois, se assim o fosse, instaurar-se-iam opulentas perplexidades:

a) a despeito de pretensamente facultativo para o DNER, fora invocado e usado como parâmetro nas análises conduzidas, regional ou centralmente, pela autarquia, funcionando, tirante isso, como adequado limitador dos preços unitários e globais oferecidos pela sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda.;

b) quem o invocara àquele tempo deseja, nesta fase de contraditório de TCE aberta em decorrência de sobrepreço, simplesmente renegá-lo, esquecendo-se de que existira, de fato e de direito, vinculação para os agentes públicos da contratante e para a contratada, de modo que, aceitando-se a defesa, ensejar-se-ia menoscabo, de um lado, aos motivos determinantes que nortearam as ações e escolhas no âmago dessa autarquia federal e, de outro, à vedação inspirada na

parêmia *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito];

c) se inexistisse um sistema referencial como o Sicro, o DNER, a não ser que se socorresse de algum diferente repositório de custos de obras e serviços rodoviários (que, querendo ou não, só podia ser o próprio Sicro, à míngua de qualquer outro conhecido), jamais teria condições, minimamente objetivas e concretas, de apreciar a racionalidade e adequação dos preços que lhe ofertava, àquela altura dos acontecimentos, a empreiteira convocada para executar os serviços emergenciais; de sorte que, bem ao contrário do que alegou um dos defendentes, faleceria qualquer marco a justificar, quando menos, o preço proposto pelo executante escolhido mediante dispensa de licitação (arts. 24, inciso IV, e 26, inciso III, da Lei 8.666/1993). Em palavras mais contundentes: desvalendo o Sicro como referencial, de que jeito, ou segundo quais parâmetros técnico-econômico-legais, os servidores do DNER/DNIT se capacitariam ou habilitariam a analisar os valores ofertados pela empreiteira Iter Engenharia de Construções Ltda.? Ou, antes até, como fundamentariam um orçamento da magnitude de R\$ 1.975.443,98 (peça 6, p. 11), ou, ligeiramente inferior, de R\$ 1.918.469,35 (peça 8, pp. 1-2), depois contrastado com o daquela pessoa jurídica da construção civil? Quiçá uma inescrutável ciência, intuição ou achismo do orçamentista e/ou, ulteriormente, dos agentes postados em escalões maiores da autarquia? Quanto a isso, pois, de nula juridicidade alegar que o Sicro só passou a ser exigível com a edição da Lei 12.017/2009, porquanto, fosse por um instante abandonado nas circunstâncias em que se selara o Contrato PG 140/1997, avultariam, absolutamente irrespondíveis, todas as indagações acima deduzidas.

A três, e não obstante essa invocação, os valores adotados no âmbito da autarquia federal, e que serviram de guia para a comparação com os preços da construtora convocada, deixaram, como provaria a Secex/MA e, com metodologia mais acurada, a Secob, de observar estritamente os valores do Sicro, quer individualmente, quer globalmente. Descabendo, a propósito, falar em singularidades e especificidades da obra, afinal de contas não esmiuçadas ou explicadas onde quer que fosse – no orçamento do 15º DRF/DNER ou nos pareceres em Brasília –, hábeis a explicar o porquê do distanciamento econômico, ao fim e cabo, descoberto pelo TCU. Além do mais, seria extremamente indispensável e natural que, à época do cenário fático desencadeador da contratação direta, e não **ex post facto** como agora, existissem estudos e ponderações, com pertinente detalhamento de custos unitários, produtividades e outras variáveis, a demonstrar a necessidade de ajuste dos valores referenciais do Sicro a condições anormais ou extraordinárias de execução daqueles serviços rodoviários.

A quatro, se o Sicro era um sistema tão pouco confiável, flexível ou adaptável às condições concretas, há de perguntar: padecia desses reveses apenas quando o preço contratual era maior (e, via de consequência, o desse sistema de referência do DNER/DNIT era menor), ou também se mostrava vulnerável e pouco aceitável quando o custo negocial era menor (e, por consectário, o do Sicro era maior)? Se essa fosse realmente a lógica, aceitá-lo naquela hipótese e recusá-lo nesta vivificaria um inadmissível **cindir in malam partem** para a Administração Pública. Veja-se que, com relação a isso, o método de cálculo proposto pela Secretaria de Obras do TCU soube adequadamente contemporizar a **dual face** do Sicro, admitindo tanto variações positivas quanto negativas, a fim de estimar o sobrepreço pelo jogo aritmético no cotejo de umas e outras. Ou seja, valeu-se do caráter **pro et contra** do Sicro e, à falta de justificativas técnicas contemporâneas aos fatos para ignorar as oscilações a maior dos custos pactuados, tabulou quadro em que se visualizam itens com saldos a menor (dedutíveis, pois, do montante de sobrepreço), representativos de 37,5% dos 32 itens inclusos na planilha da avença (peça 4, p. 53):

- recomposição manual de aterro (código 08.500.00):	R\$ 6.862,00;
- corpo de bueiro tubular metálico tipo multiplate (código 04.300.00):	R\$ 37.978,20;
- reaterro e compactação manual de bueiros (código 03.940.01):	R\$ 425,26;
- formas comuns de madeira (código 03.370.00):	R\$ 570,24 e R\$ 2.270,40;
- remoção de bueiros tubulares (código 04.999.01):	R\$ 146,36;

- revestimento vegetal com grama (código 05.101.02):	R\$ 23.925,00;
- obtenção de grama em placas (código 09.519.01):	R\$ 4.950,00;
- desobstrução de bueiro (código 08.302.02):	R\$ 17.920,00;
- formas de madeira compensada (código 03.371.00):	R\$ 4.849,46;
- pintura com nata de cimento (código 03.951.01):	R\$ 468,00;
- cravação estacas concreto pré-moldado 30x30cm (código 03.993.02):	R\$ 31.207,68; e
- enrocamento de pedra arrumada (código 05.000.00):	R\$ 1.377,00.

A cinco, não se tratou de aplicação **ex tunc** ou **ex nunc** de qualquer entendimento do TCU, mas sim da prevalência do princípio **tempus regit actum**, de maneira que, acertadamente, se pugna nesta TCE pela incidência, com modificações necessárias para satisfazer peculiaridades do caso sob análise, dos preços do Sicro vigentes à data da contratação da empreiteira Iter Engenharia de Construções Ltda. Pensar de outro modo lançaria a pecha da invalidade **ex radice** sobre, entre outras coisas, a idoneidade do orçamento do 15º DRF, da análise ulterior por toda a hierarquia daquele ente da Administração Federal Indireta e, por fim, dos valores brutos e percentuais do exame comparativo realizado na diretoria do ente, em Brasília. É de lançar mão, outra vez mais, destas incisivas indagações: o que então valia? Que sistema de médias de custos, regional ou nacional, prevaleceria? Por que, se o Sicro não se aplicava, fora, do início ao final da cadeia administrativo-procedimental do DNER/DNIT, inquestionavelmente adotado, sem vacilações ou incertezas, predominando sempre como verdadeiro e irrecusável norte na comparação com os preços da empreiteira convocada e, muito além, justificando-os como aceitáveis dentro de um contexto específico de dispensa por calamidade pública?

Ainda sobre o tema em debate, calha lembrança, entre os que acolheram o Sicro no balizamento de preços em contratações diretas mais antigas (antes, portanto, do Contrato PG 140/1997), o Acórdão 133/2000 – Plenário (Ata 27/2000, DOU de 28/07/2000), proferido no TC-017.789/1996-6, no qual o TCU, ao deliberar sobre denúncia relacionada a preços admitidos pelo DNER/PI divorciados desse sistema referencial interno, assentara:

‘8.7 fixar o prazo de 120 (cento e vinte dias) dias à Secretaria de Controle Interno no Ministério dos Transportes (Ciset/MT), nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei 8.443/1992, para que adote as providências necessárias à instauração e envio a esta Corte de Contas de processos de tomada de contas especial, devidamente formalizados, em razão da prática de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos concernentes à contratação direta da Construtora Sucesso S.A., pelo DNER, sem a presença dos pressupostos legais e com preços excessivos, para a execução das obras/serviços atinentes ao Anel Viário de Teresina/PI; e relativos à restauração na BR-222/PI e à recuperação da Avenida Raul Lopes (Teresina/PI), situada sob a ponte sobre o Rio Poti - BR-343/PI, tratados no presente feito;’

Reforçando a ideia de que o Sicro era inteiramente cabível em fase anterior à prolação do acórdão 267/2003 – Plenário e da Lei 12.017/2009, divergindo assim da opinião dos defendentes, para quem seria inaplicável a casos pregressos, podem-se, outrossim, trazer à baila os acórdãos 105/2001, 67/2002 e 1.928/2004 – Plenário.

A seis, subsistem duas ponderações acerca do trabalho da CGU no Contrato PG 140/1997 idôneas a liquidar a eximente arguida pela dupla José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes.

Uma: opostamente ao argumento defensivo, a CGU/MA, a despeito de se desconhecer haja (ou não) adentrado o mérito da (in)compatibilidade dos preços contratuais com os do Sicro, empreendera vistoria nas obras do Contrato PG 140/1997 e, na oportunidade, detectara outra gravíssima irregularidade no orçamento e na execução do pacto, vale dizer, o superfaturamento (no sentido de inclusão indevida como ônus econômico da administração contratante) dos itens pavimentação e material betuminoso. Provando essa significativa distorção, leem-se manifestações do órgão de controle interno (peça 8, pp. 20-27) e uma batelada de mensagens trocadas no orbe do próprio DNER

(peça 8, pp. 32-44), além da emblemática síntese inserida no relato DNER 182/1998, de autoria de Alfredo Soubihe Neto (peça 8, p.45):

‘Segundo mensagem do 15º DRF à fl. 128, os Técnicos da Delegacia Federal de Controle do Maranhão, em vistoria ao PG 140/1997, constataram que os serviços do item ‘Pavimentação’, previstos no referido contrato, deveriam ser retirados do mesmo, haja visto que o trecho em questão estava com trafegabilidade em condições razoáveis. Ainda, segundo a mesma mensagem, foi definido, em reunião com a participação de Engenheiros do DRF e Delegacia Federal de Controle (Ata à fl. 125 e 126), que os serviços de pavimentação seriam excluídos do contrato ou não seriam medidos, sendo realizada medição final quando do término dos outros serviços.

(...)

A redução no valor do contrato será de R\$ 994.057,54 (novecentos e noventa e quatro mil, cinquenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) ou 49,79%. A alteração corresponde à retirada dos itens ‘Pavimentação’ e ‘Material Betuminoso’ da planilha inicial do PG 140/1997. As medições que se encontram com os itens de pavimentação anteriormente medidos serão reproprocessadas, excluindo-se estes itens, conforme acordado em reunião dos técnicos do 15º DRF e DFC/MA.

Consta do presente processo (folhas 141 e 142) cópias das cartas nas quais a empresa contratada manifesta concordância com a redução de valor supracitada.

Diante do exposto, submeto a matéria à consideração e à final decisão de V.Sa., fim de que seja aprovada a redução de valor do Contrato PG 140/1997 da empresa Iter Engenharia de Construção Ltda, passando-se o valor contratual, a preços iniciais, para R\$ 1.002.434,13 (um milhão, dois mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e treze centavos), o que representa uma redução de 49,79% em relação ao valor inicial do contrato de R\$ 1.996.491,67 (um milhão, novecentos e noventa e seis mil, quatrocentos e noventa e um reais e sessenta e sete centavos)’.

Duas: **ad argumentandum tantum**, mesmo que a CGU/MA houvesse declarado a inexistência de sobrepreço no Contrato PG 140/1997 (algo, porém, inidentificável nestes autos eletrônicos), necessário frisar que as conclusões desse órgão não vinculariam o Tribunal de Contas da União, dotado que é este do poder constitucional e legal de julgar, com caráter de definitividade no âmbito administrativo, quem, de qualquer modo, causar danos aos cofres da União (CF/1988: art. 71, inciso II; Lei 8.443/1992: arts. 1º, inciso I, 4º e 5º, incisos I e II; RITCU: arts. 1º, inciso I, 4º e 5º, incisos I e II). Ademais, A CGU tem como uma de suas missões institucionais prestar subsídios ao TCU (CF/1988: art. 74, inciso IV), auxiliando-o no controle da atividade administrativa federal, de sorte que relatórios, pareceres ou conclusões técnicas dessa procedência jamais poderão manietá-lo ou obrigá-lo. Ressalte-se, por fim, que, dada a suficiência do levantamento a que procederam Secob e Secex/MA, o próprio Tribunal chegou a dispensar, por meio do item 9.5 do Acórdão 2.948/2011 – Plenário (TC-005.74 1/2002-0, Ata 49/2011), o órgão central do sistema de controle interno (SFCI) de cumprir determinação, inscrita no item de 8.3 da Decisão 710/2001 – Plenário (TC-003.028/2001-3, Ata 37/2001), para fiscalizar a execução dos Contratos PG 164/1995, PG 165/1995, PG 76/1996, PG 78/1996, PG 80/1996, PG 83/1996, PG 140/1997, PG 146/1996, PG 233/1996, PG 234/1996, PG 249/1996, PG 257/1996, PG 258/1996 e PG 141/1999.

Ante tudo o que se contra-argumentou, não logram sucesso as razões de defesa localizáveis nos itens 10.2.1, I, b e c, e II; 10.2.2, a a s; 10.2.3; e 10.2.4, II, desta instrução.

CONCLUSÃO

11. A imputação atribuída aos responsáveis (subitem 10.1) não foi elidida/ilidida por Alfredo Soubihe Neto, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo e José Ribamar Tavares, tampouco pela pessoa jurídica Iter Engenharia de Construções Ltda. (subitem 10.2), consoante minuciosa análise realizada no subitem 10.3 supra, motivo por que se rejeitam as alegações de defesa apresentadas.

12. Dessa maneira, enfeitadas, inexistente eficácia transcendente (**rectius**: extensiva) a beneficiar Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, os quais, em silêncio após ordinariamente citados, reputam-se, para todos os fins, revéis.

13. Goradas as respostas, aquilata-se outrossim, em deferência ao que ordena a Decisão Normativa-TCU 35/2000 tanto quanto o art. 202, § 2º, do Regimento Interno do TCU, não se distinguir, por qualquer angulação objetiva ou subjetiva, boa-fé dos responsáveis. Seja como for, esteja ou não revestida de má-fé a conduta deles, assoma nos autos realidade que, subsumindo-se a uma ou mais das **fattispecies** inscritas no art. 16, inciso III, da Lei Orgânica do TCU, implica, desde logo, o julgamento definitivo das contas, segundo as normas dos arts. 3º da Decisão Normativa-TCU 35/2000 e 202, § 6º, do RITCU.

14. Diante disso, de alvitrar sejam as contas julgadas irregulares e os responsáveis condenados em débito, aplicando-se-lhes também a multa cominada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

(...)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. **Ex positis**, formula-se a proposta abaixo:

I) declarar, com fulcro nos arts. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 8º, do Regimento Interno, a revelia de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF: 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF: 006.996.756-34);

II) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', e § 2º, e 19, **caput**, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 1º, inciso I, e 209, incisos II e III, e §§ 5º e 6º, e 210, **caput**, do Regimento Interno do TCU, bem como do que se consignou no subitem 10.3 desta instrução, conhecer das alegações de defesa apresentadas para, no mérito, rejeitá-las e julgar irregulares as contas de Alfredo Soubihe Neto (CPF: 020.109.818-04), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF: 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF: 062.944.483-87), José Orlando Sá de Araújo (CPF: 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF: 037.885.043-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF: 006.996.756-34), condenando-os, em solidariedade com a sociedade empresária Iter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ: 08.730.731/0001-02), a recolher a dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora da data de ocorrência até a de efetiva quitação, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas:

Valor Original (R\$)	Data da Ocorrência
60.223,27	03/06/1998

III) aplicar a Alfredo Soubihe Neto (CPF: 020.109.818-04), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF: 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF: 062.944.483-87), Iter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ: 08.730.731/0001-02), José Orlando Sá de Araújo (CPF: 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF: 037.885.043-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF: 006.996.756-34) a multa cominada nos arts. 19, **caput**, e 57 da LOTCU e 210, **caput**, e 267 do RITCU;

IV) assinar o prazo de 15 (quinze) dias para a comprovação do recolhimento do débito e das multas aos cofres do Tesouro Nacional, com supedâneo no art. 23, inciso III, alínea 'a', da LOTCU e no art. 214, inciso III, alínea 'a', do RITCU;

V) notificar:

a) pessoalmente todos os responsáveis, vez que, mesmo os que chegaram a constituir patronos, a eles não concederam poderes para recebimento desse tipo de comunicação processual, de acordo com o que dispõe o art. 18-A da Resolução-TCU 170/2004;

b) ou por meio dos respectivos advogados, a prevalecer lineamento contido no art. 179, § 7º, do Regimento Interno, a pessoa jurídica Iter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ: 08.730.731/0001-02) e as pessoas naturais José Orlando Sá de Araújo (CPF: 088.866.953-49), Alfredo Soubihe Neto (CPF: 020.109.818-04) e Gerardo de Freitas Fernandes (CPF: 062.944.483-87), cuidando, no entanto, para que se dirija comunicação pessoal a José Ribamar Tavares (CPF: 037.885.043-15), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF: 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF: 006.996.756-34);

VI) em havendo inobservância da notificação:

a) determinar, no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, o desconto, desde logo, integral ou parcelado da dívida (débito e/ou multa) nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observado o disposto no art. 46 da Lei 8.112/1990 (, art. 28, inciso I, da LOTCU; art. 219, inciso I, do RITCU; e art. 2º, inciso II, alínea 'a', da Decisão Normativa-TCU 19/1998);

b) autorizar, se inviável ou sem efeito o previsto na alínea anterior, e também no que respeita aos demais devedores solidários, o pagamento parcelado em qualquer fase administrativa, havendo pedido, da cifra devida em até 36 vezes, desde que não se tenha remetido o processo para cobrança judicial (art. 26 da LOTCU e art. 217 do RITCU);

c) promover, inexecutáveis as propostas a e b **retro**, a cobrança do débito e das multas por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, conforme dispõem os arts. 28, inciso II, da Lei Orgânica e 219, inciso II, do Regimento Interno;

d) encaminhar cópia da deliberação a ser proferida, acompanhada do relatório e do voto que a orientarem, tanto quanto de elementos probatórios considerados essenciais, ao Ministério dos Transportes, ao DNIT, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.”

4. O Ministério Público junto ao TCU, representado neste processo pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se essencialmente de acordo com a proposta da unidade técnica, sugerindo, entretanto, a adoção, excepcionalmente, de data alternativa para a incidência de juros sobre os montantes devidos, como explicado nos excertos de seu parecer abaixo transcritos:

“7. Não se pode deixar de observar, contudo, que o trâmite do processo originário da presente tomada de contas especial foi inusitadamente dilatado, vez que a auditoria, realizada em 2002, só veio a ser apreciada em 2011. Essa maior duração processual decorreu da necessidade de amadurecimento e aperfeiçoamento da metodologia para quantificação do superfaturamento nos contratos auditados, o que demandou exames sucessivos pela Secex/BA e pela Secob. Uma vez que os responsáveis não concorreram para essa demora, há de se reconhecer que a incidência dos respectivos juros de mora sobre o débito que lhes venha a ser imputado nos presentes autos constitui ônus indevido, pois incompatível com o senso de justiça e equidade.

8. Nesse sentido, amparando-nos nas ponderações dos Acórdãos 508/2005 e 2.072/2010, ambos da 2ª Câmara, consideramos cabível, excepcionalmente, imputar aos responsáveis a obrigação de reparar o prejuízo devidamente atualizado, mas com incidência de juros de mora apenas após a data em que foram regularmente citados, consoante autoriza o § 2º do art. 12 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 219, **caput (in fine)**, do Código de Processo Civil e a Súmula-TCU 103.

(...)

16. Feitas essas considerações, esta representante do Ministério Público manifesta-se concorde com a proposta de encaminhamento alvitrada pela unidade técnica às peças 63/64/65, no sentido de declarar a revelia de Maurício Hasenclever Borges e Francisco Augusto Pereira Desideri, rejeitar as alegações de defesa apresentadas por José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo e Alfredo Soubihe Neto, julgando irregulares as contas especiais dos gestores e condenando-os, em solidariedade à empresa Iter Engenharia de Construções Ltda., ao ressarcimento do débito apurado nos autos, bem como aplicando a todos a multa cominada no art. 57 da Lei 8.443/1992. Outrossim, sugere, excepcionalmente, que a incidência de juros de mora se dê a partir da data em que os responsáveis foram regularmente citados, consoante autoriza o § 2º do art. 12 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 219, **caput (in fine)**, do Código de Processo Civil e a Súmula-TCU 103.”

É o relatório.