



TC 002.222/2007-5

Apensos: TC 028.673/2014-0; TC 003.453/2005-0; TC 000.017/2016-7; TC 010.527/2016-8 e TC 022.252/2016-9.

Tipo de processo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Tocantins – Dertins (CNPJ 02.503.756/0001-89); Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins; Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER (extinta).

Recorrentes: Adevaldo Pereira Jorge (CPF 095.367.871-72); Ataíde de Oliveira (CPF 258.528.506-59); Dirceu Cesar Façanha (CPF 178.409.617-20); Egesa Engenharia S.A. (CNPJ 17.186.461/0001-01); Jesus de Brito Pinheiro (CPF 003.449.313-15); José Gilvan Pires de Sá (CPF 003.449.313-15); José Henrique Coelho Sadok de Sá (CPF 160.199.387-00); Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34); Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44).

Advogados: Monique Severo e Silva (OAB/TO 5.495); Stefany Cristina da Silva (OAB/TO 6.019); procuração às peças 132 e 147; David Levistone da Silva e Souza (OAB/GO 11.750); David Levistone da Silva e Souza Júnior (OAB/GO 29.271); procuração à peça 141. Bruno Saraiva Duarte (OAB/MG 107.829); Raquel Maria Silva Campos (OAB/MG 108.953), procuração à peça 93; Pedro Eloi Soares (OAB/DF 1586-A); Juliana Barbosa Rocha (OAB/DF 49.633), procuração à peça 202.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA BR-230/TO, TRECHO AGUIARNÓPOLIS – LUZINÓPOLIS. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Adevaldo Pereira Jorge, peça 144, Ataíde de Oliveira, peça 148, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro; José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, peça 172, Wolney Wagner de Siqueira, peça 182, Egesa Engenharia S.A., peça 183, Maurício Hasenclever Borges, peça 203, contra o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, peça 87, por meio do qual foram julgadas irregulares as contas referentes à execução do Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A..

2. O ajuste em questão, celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Tocantins, Dertins, e a empresa Egesa Engenharia S.A., teve por objeto a execução de obras rodoviárias na BR-230/TO, trecho Aguiarnópolis – Luzinópolis.

HISTÓRICO

3. Em cumprimento ao item 9.1 do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, Relatoria Augusto Sherman, exarado nos autos do TC 003.453/2005-0, foi convertida em tomada de contas especial a auditoria a cargo da Secex/TO, cujo objeto consistia na verificação da conformidade do Contrato nº 200/96, celebrado entre o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A., com vistas à execução de obras rodoviárias na BR-230/TO, trecho Aguiarnópolis – Luzinópolis.

4. A Secex/TO, considerando necessária a inspeção **in loco** para obter mais informações sobre as parcelas do débito inicialmente apurado, consignou em relatório as seguintes conclusões e propostas de encaminhamento, peça 3, p. 14:

III – Conclusão:

33. A execução do presente trabalho permite aferir que:

a) foram executados 2.169 m³ de serviços de estabilização granulométrica e 4.820 m² de serviços de imprimação, em decorrência de superlarguras nos trechos com curvas e faixas de aceleração e desaceleração;

b) a ponte sobre o Rio Mumbuca e o trecho de 3,28 km, entre o entroncamento da variante e a referida ponte, são utilizados pela coletividade para acesso à reserva indígena e às cidades de Nazaré e Tocantinópolis, localizadas no Estado do Tocantins.

IV – Proposta:

34. Tendo em vista que esta inspeção teve como objetivo principal possibilitar o cumprimento de decisão desta Corte, consistente em quantificar os serviços de estabilização granulométrica e de imprimação efetivamente executados, considerando no cálculo, as superlarguras dos trechos com segmentos de curvas e as faixas de aceleração e desaceleração, propõe-se que a citação determinada no item 9.3 do Acórdão 2.127/2006-TCU-Plenário seja feita pelos valores encontrados nos demonstrativos de composição de débito, deduzindo-se das referidas quantias, os valores relativos ao superfaturamento constatado para esses serviços, conforme relatado no item 17 desta instrução.”

5. Acompanhando a proposta acima reproduzida, peça 3, p. 16, foram promovidas, além daquela determinada no item 9.3 do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, as citações indicadas nos itens 9.2, 9.4 e 9.5 da mencionada decisão.

6. Apresentadas as alegações de defesa, a unidade instrutiva, após analisá-las, propôs rejeitá-las, peça 9, p. 46-47. As propostas foram acolhidas pelo Ministro-Relator, que, em despacho, determinou a remessa do feito à então Secob, peça 9, p. 50-62, peça 10, p. 1-40.

7. A Secob, em cumprimento ao mencionado despacho, realizou parecer destinado à análise das seguintes irregularidades, peça 9, p. 56: superfaturamento decorrente de sobrepreço nos custos unitários dos serviços no contrato 200/96; e excedente de serviços cobrados até a 15ª medição,



referente ao item 32.06.01 — Estabilização Granulométrica Sem Mistura (Sub-Base e Base) e referente ao item 32.08.00 — Imprimação.

8. A citada unidade instrutiva propôs julgar irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes débito e multa, na forma esposada no encaminhamento proposto, peça 10, p. 40-41.

9. Após o prosseguimento regular do presente processo, tendo sido expedidas as comunicações processuais, e, após analisadas as alegações de defesa dos responsáveis, foi prolatado o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, Relatoria Min. André Luis de Carvalho, peça 87, contendo a seguinte parte dispositiva:

9.1. considerar revel o Sr. Rômulo Fontenelle Morbach, Procurador-Geral do DNER, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos seguintes membros do Conselho Administrativo do DNER: Srs. Maurício Hasenclever Borges (ex-diretor-geral), Dirceu Cezar Façanha, (chefe de assessoria técnica), Jesus de Brito Pinheiro (diretor de operações rodoviárias), José Gilvan Pires de Sá, (diretor de administração e finanças), Wolney Wagner de Siqueira (diretor de engenharia rodoviária), José Henrique Coelho Sadok de Sá (chefe de assessoria de planejamento), e empresa Egesa Engenharia S.A, em face do superfaturamento apurado no Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra Estrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A.;

9.3. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, art. 12, § 3º, 16, inciso III, alínea “c”, e 19, **caput**, da Lei nº 8.443/1992 c/c art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU, as contas dos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cezar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Rômulo Fontenelle Morbach, para condená-los, solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, desde as datas indicadas até a data da efetiva quitação dos débitos, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a” da citada Lei c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU:

Data referênci	de	Débito
20/1/1997		R\$ 320.620,63
31/1/1997		R\$ 183.002,64
17/3/1997		R\$ 156.516,06
2/4/1997		R\$ 451.567,22
16/5/1997		R\$ 350.033,65
23/9/1997		R\$ 681.575,22
26/12/1997		R\$ 129.280,87
13/1/1998		R\$ 362.746,35
15/7/1998		R\$ 40.305,15
30/7/1998		R\$ 871.328,06
31/7/1998		R\$ 96.814,23
18/9/1998		R\$ 236.979,79
25/9/1998		R\$ 26.331,09
25/11/1998		R\$ 349.075,93
7/12/1998		R\$ 29.909,50
8/12/1998		R\$ 108.884,61
16/12/1998		R\$ 113.836,65
9/11/1999		R\$ 1.001.432,64
17/12/1999		R\$ 608.809,39
28/1/2000		R\$ 348.462,73
23/3/2000		R\$ 298.626,86

25/4/2000	R\$ 330.040,70
6/11/2000	R\$ 79.745,22
6/11/2000	R\$ 417.557,88

9.4. aplicar aos responsáveis, Srs. Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cezar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá e Rômulo Fontenelle Morbach, bem como à empresa Egesa Engenharia S.A., individualmente, com base no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. Ataíde de Oliveira (ex-diretor-geral do Dertins); Adeivaldo Pereira Jorge (ex-diretor de Construção e Fiscalização do Dertins); e da empresa Egesa Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, em relação ao desvio de finalidade ocorrido no âmbito do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de uma cerca de vedação dentro de propriedade privada na pedreira do Mosquito;

9.6. julgar irregulares as contas dos Srs. Ataíde de Oliveira e Adeivaldo Pereira Jorge, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “d”, 19 **caput**, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, para condená-los, solidariamente com a empresa Egesa Engenharia S.A., ao pagamento da importância de R\$ 48.358,69 (quarenta e oito mil, trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e nove centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 17/12/1999 até a data da efetiva quitação, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento dos referidos valores aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU;

9.7. aplicar aos responsáveis, Srs. Ataíde de Oliveira e Adeivaldo Pereira Jorge, bem como à empresa Egesa Engenharia S.A., individualmente, com base no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.8. acolher as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. José Francisco dos Santos (ex-secretário dos transportes e obras do Estado do Tocantins) e Maurício Hasenclever Borges (ex-diretor-geral do DNER), quanto à construção de ponte sobre o rio Mumbuca e de 3,28 km de rodovia, em área de expansão de reserva indígena, uma vez que restou comprovada a utilidade dos serviços executados à comunidade interessada;

9.9. acolher as alegações de defesa apresentadas pelos Srs. José Francisco dos Santos (ex-secretário dos transportes e obras do Estado do Tocantins) e José Edmar Brito Miranda (ex-secretário de infraestrutura do Estado do Tocantins) em relação ao suposto excedente de serviços de estabilização granulométrica sem mistura e de impressão;

9.10. considerar afastada a responsabilidade do Sr. José Edmar Brito Miranda (ex-secretário de infraestrutura do Estado do Tocantins) no que diz respeito ao desvio de finalidade no Contrato nº 200/1996, consubstanciado em face da construção de cerca de vedação dentro de propriedade privada – Pedreira do Mosquito;

9.11. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 17 e 23, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, regulares com ressalva as contas dos demais responsáveis identificados no item 3 deste Acórdão, dando-lhes quitação plena;

9.12. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, atualizadas monetariamente até a data do pagamento, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.13. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação; e



9.14. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Tocantins, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção das medidas judiciais cabíveis.

10. Em razão dos embargos de declaração opostos pelos Srs. José Henrique Coelho Sadock de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá, Jesus de Brito Pinheiro, Wolney Wagner de Siqueira e pela empresa Egesa Engenharia S.A. em face do Acórdão 2511/2015-Plenário, foi prolatado o Acórdão 726/2016-TCU-Plenário, peça 156, por meio do qual foram rejeitados.

11. Inconformado com a decisão que rejeitou os embargos opostos, consoante item anterior dessa instrução, o Sr. Wolney Wagner de Siqueira opôs novos embargos de declaração em face do Acórdão 726/2016-TCU-Plenário, peça 173. Esta Corte, nos termos do Acórdão 1249/2016-TCU-Plenário, peça 179, decidiu pela sua rejeição.

12. Interpuseram recurso de reconsideração contra o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, cujas razões serão analisadas na presente instrução: Adevaldo Pereira Jorge, peça 144, Ataíde de Oliveira, peça 148, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro; José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, peça 172, Wolney Wagner de Siqueira, peça 182, Egesa Engenharia S.A., peça 183, Maurício Hasenclever Borges, peça 203.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

13. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 213 a 218), ratificados à peça 221 pelo Ministro Bruno Dantas, que, conhecendo-os, conferiu efeito suspensivo aos itens 9.3, 9.4, 9.6, 9.7 e 9.13 do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, porquanto preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME TÉCNICO

14. Delimitação

10.1 Constitui objeto do presente recurso definir:

10.1.1 Em relação ao **Sr. Wolney Wagner de Siqueira**:

10.1.1.1 se, na condição de membro do Conselho de Administração do então DNER, lhe cabe responsabilidade na aprovação dos quantitativos, que deram origem ao Contrato 200/96 (Convênio 61/95);

10.1.1.2 considerando a data de sua exoneração no então DNER, 11/4/1994, se houve concorrência de sua conduta sobre o débito que lhe foi solidariamente imputado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário;

10.1.1.3 se o lapso temporal entre o evento danoso, 25/9/1996, e a citação, realizada em 13/8/2010, representou prejuízo à ampla defesa e ao contraditório;

10.1.1.4 não hánexo causal entre o débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário e os atos administrativos perpetrados pelo recorrente;

10.2.1 Em relação aos **Srs. José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá e Jesus de Brito Pinheiro**:

10.2.1. uma vez transcorridos mais de cinco anos entre o fato gerador e as citações, deve ser declarada prescrita a presente TCE;

10.1.3 Em relação ao **Sr. Maurício Hasenclever Borges**:

10.1.3.1 a procedência de excludente de responsabilidade fundamentado em razão de o diretor de engenharia, à época relator do Processo 51100.007708/96-74 na reunião do Conselho Administrativo do DNER Sessão 36, de 25/9/1996, ter sido o voto condutor da aprovação do Contrato 200/96;



10.1.4 Em relação à **Egesa Engenharia S.A.:**

10.1.4.1 considerando que os preços praticados no Contrato 200/96 foram aprovados pela SETO, DNER e pelo TCU, não existe o débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário;

10.1.4.2 o Sicro 1, à época do fato gerador do débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, em que pese ajustado às características e peculiaridades do empreendimento em questão, não era utilizado, formalmente, como teto para a aferição de preços unitários em certames públicos;

10.1.4.3 o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário está em contradição com os posicionamentos das unidades técnicas do TCU;

10.1.5 Em relação ao **Sr. Ataíde de Oliveira:**

10.1.5.1 não lhe cabe responsabilidade sobre o desvio de finalidade do objeto do Contrato 200/96, porque medições e pagamentos eram alheios às atribuições de seu cargo no Dertins à época dos fatos, Diretor Geral;

10.1.6 Em relação ao **Sr. Adevaldo Pereira Jorge:**

10.1.6.1 na qualidade de Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, uma vez que não participava de medições **in loco** nem efetuava pagamentos, não pode ser responsabilizado pelo desvio de finalidade do Contrato 200/96, apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário.

EXAME DAS RAZÕES RECURSAIS

Recorrente: **Wolney Wagner de Siqueira**

A planilha de preços dos itens ofertados pela empresa Egesa Engenharia S.A., vencedora do certame licitatório que deu origem ao Contrato 200/96, foi aprovada pela comissão de licitação da Secretaria de Infraestrutura /DETRINS, e não pelo Conselho de Administração do então DNER.

Razões Recursais

15. O recorrente informa que, na condição de membro do Conselho de Administração do então DNER, não foi responsável pela aprovação dos quantitativos contidos em planilha com sobrepreço oriunda da DCT/DNER e DERTINS.

16. Informa que o então Secretário de Obras de Tocantins, responsável pela execução do objeto, detinha toda a documentação e conhecimento de eventual falha desde a assinatura do Convênio de sua Lavra (1995), até o término da obra por ele executada, uma vez que foi o responsável pelo processo licitatório, medições, pagamentos, aditivos, alteração do projeto inicial e alteração das planilhas.

17. Alega que o DNER não aprovou custos praticados na obra, BR/230, tampouco o projeto básico, uma vez que tais competências couberam ao gestor estadual. Ressalta que as planilhas orçamentárias, da lavra da secretaria estadual, foram submetidas à avaliação da diretoria técnica de Construção do DNER.

18. Revela que a planilha orçamentária e o cronograma físico-financeiro não constavam do processo administrativo que foi submetido à Sessão do Conselho realizada no dia 25/9/1996, ATA 25/9/1996.

19. Aludindo ao artigo 65 do Regimento Interno do então DNER, o recorrente informa que não lhe cabia a aprovação de preços unitários contidos em planilhas orçamentárias. A competência, consoante complementa, era da Diretoria de Construção.



20. Ressalta que a autarquia federal delegante dos recursos públicos necessários à realização das obras, não examinou as planilhas de custos submetidas pelo DERTINS, porque foram aprovadas pela autarquia estadual.
21. Registra que o orçamento aprovado pelo DNER é o da proposta originária, que foi apresentada pela empresa EGESA, no valor de R\$ 20.540.139,09, enquanto que o débito imputado ao recorrente refere-se ao excedente nos custos unitários relativos ao Contrato 200/96, cobrados até a 15ª medição, todas, de acordo com o recorrente, de responsabilidade da Secretaria Estadual.
22. Relembra que, em razão dos fatos geradores do débito ter ocorrido em dezembro de 1997 e novembro de 1998, não seria possível a sua responsabilização, porque foi exonerado em 11/4/1994.
23. Ressalta que a Secretaria de Transportes e Obras do Estado de Tocantins (SETO) elaborou o edital de licitação, conduziu o processo licitatório e assinou o Contrato com a empresa vencedora do certame.
24. O orçamento-base do certame foi elaborado pela SETO, assim como as planilhas de preços ofertados pela Egesa vencedora do certame licitatório e aprovadas pela comissão de licitação da Secretaria de Infraestrutura/DERTINS e não no DNER. Continua que a Egesa ofereceu o menor preço, dentre os concorrentes, posteriormente homologado pelo então Secretário de Obras do Estado do Tocantins.
25. Defende que débitos não alcançam membros dos Conselhos do DNER, a não ser que se prove a existência do dolo e/ou de gestão.
26. Expõe que para o caso concreto, membro do Conselho de Administração do DNER não podem responder em solidariedade com a empresa executora da obra e/ou irregularidades oriundas de manipulação de preços unitários contidos em planilhas executadas pela vencedora do certame licitatório.
27. Alega que não há nos autos informações de que os pagamentos feitos à contratada tenham se pautado em atos apreciados pelo Recorrente, ou que por imposição legal devesse apreciá-los.

Análise

28. Preliminarmente, insta, para esclarecimento da responsabilização do recorrente sobre o débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, refazer breve histórico processual, na forma que se segue.
29. A execução das obras de pavimentação da Rodovia Transamazônica (BR-230), no segmento tratado nos presentes autos, foi objeto de delegação ao Governo do Estado do Tocantins, mediante o Convênio PG 061/95 (Siafi 310353), firmado entre o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, DNER, e a Secretaria dos Transportes e Obras do Estado de Tocantins – SETO, peça 1, p. 3.
30. No Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, Relatoria Min. Augusto Sherman, peça 1, p. 29, prolatado em razão do monitoramento de conformidade realizado no Departamento de Estradas de Rodagem do Tocantins (Dertins), e na 23ª Unidade de Infraestrutura Terrestre em Tocantins – Dnit/Unit/TO, houve as seguintes determinações:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. converter, desde logo, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/92, c/c o art. 252 do Regimento Interno/TCU, o presente processo em Tomada de Contas Especial;

9.2. determinar a citação do Sr. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado de Tocantins,, solidariamente com a empresa EGESA Engenharia S. A, na pessoa de seu representante legal, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência da citação, recolham aos cofres do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT os valores a serem quantificados pela

Secex-TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições dos serviços relativos ao Contrato 200/96, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora desde as datas a serem indicadas, ou apresentem alegações de defesa, com relação ao dano causado ao extinto DNER em decorrência do superfaturamento constatado no aludido contrato;

9.3. determinar a citação dos responsáveis solidários Srs. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado de Tocantins, Adevaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do DERTINS, Adelmo Vendramini Campos, ex-Coordenador de Construção e Fiscalização do DERTINS, e a empresa EGESA Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, pelos valores a serem quantificados pela Secex/TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições, relativos a excedente de serviços cobrados até a 15ª Medição, referente ao item 32.06.01 - Estabilização Granulométrica Sem Mistura (Sub-base e Base) e referente ao item 32.08.00 - Imprimação;

9.4. determinar a citação dos responsáveis solidários Srs. José Edimar Brito Miranda, Secretário da Infra-Estrutura do Estado de Tocantins, Ataíde de Oliveira, Diretor Geral do DERTINS, Adevaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do DERTINS, e a empresa EGESA Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, pela importância de R\$ 48.358,69 (quarenta e oito mil trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e nove centavos), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos, contados a partir de 17/12/99, em decorrência do desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira do Mosquito, então explorada pela contratada, e portanto fora da faixa de domínio da rodovia;

9.5. determinar a citação dos responsáveis Srs. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, e do Sr. Mauricio Hasenclever Borges, ex-Diretor Geral do DNER, pelo valor a ser quantificado pela Secex/TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições, decorrente da construção de ponte sobre o Rio Mumbuca e de 3,28 km de rodovia, ambos localizados dentro de área de expansão de reserva indígena, obras que não cumpriram a finalidade de servir ao tráfego rodoviário e foram executadas devido ao fato de o licenciamento ambiental não ter sido regularmente procedido;

9.6. determinar à Secex/TO que:

9.6.1. calcule, com base nos pagamentos efetuados à empresa Egesa Engenharia S.A, os valores que compõem o débito relativo ao superfaturamento apurado no Contrato 200/96, conforme metodologia apontada pela Secob, promovendo em seguida a citação determinada no item 9.2. deste Acórdão; e

9.6.2. adote as medidas necessárias para quantificar o débito correspondente aos serviços excedentes de estabilização granulométrica e de imprimação, considerando no cálculo a extensão dos segmentos em curva, bem como daqueles que possuem faixas de aceleração e desaceleração nas proximidades de interseções, realizando, para esse fim, verificação in loco ou diligência ao DNIT ou à Justiça Federal, que detêm as informações necessárias, promovendo em seguida a citação determinada no item 9.3. deste Acórdão;

9.6.3. calcule com base nos pagamentos efetuados à empresa Egesa Engenharia S.A, os valores que compõem o débito relativo à construção de ponte sobre o Rio Mumbuca e de 3,28 km de rodovia, ambos localizados dentro de área de expansão de reserva indígena, promovendo em seguida a citação determinada no item 9.5 deste Acórdão;

9.7. remeter cópia deste Acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, informando-a de que o Contrato 200/96, tratado nestes autos, referente às obras de construção da Rodovia BR-230, trecho Aguiarnópolis - Luzinópolis, encontra-se encerrado e as obras a ele relativas estão concluídas, não constituindo, portanto, as irregularidades aqui tratadas óbices ao prosseguimento de outras obras da rodovia.

31. Seguindo a parte dispositiva anteriormente reproduzida, foram realizadas as determinações, na forma dos Ofícios 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158/2007-TCU/Secex-TO, peça 3, p. 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40, 42, 44, 46 e 48, respectivamente.

32. No que se refere ao recorrente, o Sr. José Francisco do Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, em suas alegações, peça 11, p. 27, em suma, alegou que de posse do Contrato 200/96, os preços foram aprovados pelo DNER, sendo dessa autarquia a responsabilidade pela emissão de documentos aprovando os custos da obra em questão.



33. O Ministro-Substituto, André Luiz, por meio de despacho, peça 11, p. 45, considerando a argumentação do Sr. José Francisco do Santos sobre a aprovação o DNER dos custos praticados na obra da rodovia BR-230, trecho Aguiarnópolis-Luzinópolis/TO, determinou a confirmação do que relatou o ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, e, em caso positivo, a identificação e citação solidária do Conselho de Administração do DNER, que aprovou o Contrato 200/96, e a do Sr. Wolney Wagner de Siqueira, então diretor de Engenharia do DNER.
34. O recorrente, em solidariedade, foi citado, na forma do Ofício 258/2010-TCU/SECOB-2, de 25/5/2010, peça 13, p. 11. O recorrente apresentou as suas alegações de defesa à peça 15, p. 11, contendo, de forma resumida, o pedido de prorrogação de prazo em virtude do tempo decorrido entre a citação e o ato impugnado.
35. Atendendo ao pedido do recorrente, foi-lhe concedido prorrogação de prazo, na forma do Ofício 402/2010-TCU/Secob-2, peça 17, p. 37.
36. Da análise das alegações apresentadas pelo recorrente na peça 18, p. 6-19, a unidade instrutiva propôs, em relação a ele, rejeição de suas razões e a condenação solidária. A proposta foi acompanhada pelo MPTCU, peça 18, p. 21.
37. O Ministro-Relator da decisão **a quo**, André Luiz de Carvalho, discordando, em parte da proposta da unidade instrutiva, apresentou voto, no qual considerou prejudicada a defesa dos servidores do Dnit, em razão do interregno de 14 anos da data do fato, peça 90, p. 3.
38. Entretanto, o Ministro-Substituto, Augusto Sherman, por meio de Declaração de Voto, peça 88, discordando do prejuízo à defesa, na forma suscitada pelo Relator, ponderou pela condenação em débito dos responsáveis oriundos do extinto DNER.
39. Por sua vez, o Ministro-Relator, considerando percucientes as ponderações aduzidas pelo Ministro Augusto Sherman, concluiu pelo entendimento sustentado pela unidade técnica, peça 89.
40. Dessa forma, foi prolatado o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, peça 87, na forma reproduzida no item 12 desta instrução.
41. Isso posto, passa-se aos fundamentos da condenação do recorrente, nos termos da instrução precedente à decisão atacada, peça 91.
42. Em suma, o recorrente foi solidariamente citado com os então componentes do Conselho Administrativo do DNER na Sessão 36, de 25 de setembro de 1996, porque, na condição de Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER, submeteu ao colegiado a aprovação do Contrato 200/96.
43. A Ata da Sessão C.A. Nº 36, DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DNER, de 25/9/1996, peça 36, p. 4-14, trata da Sessão do Conselho Administrativo do DNER, na qual, entre outras coisas, foi aprovado o Contrato 200/96, firmado entre a Secretaria dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins e a empresa Empreendimentos Gerais de Engenharia S/A-EGESA, para a execução de obras de terraplanagem, pavimentação asfáltica e OAE na rodovia BR-230/TO, trecho Macaúba/Estreito Divisa TO/MA, com extensão de 85 quilômetros, objeto do Convênio PG-061/95.
44. No que tange ao recorrente, consta que o Sr. Wolney Wagner de Siqueira, na condição de Conselheiro relatou o processo 51100.007708/96-74, referente à aprovação do Contrato 200/96.
45. Em essência, o recorrente argumenta que o ato de aprovação do ajuste em questão decorreu de mera formalidade prevista, sob a qual o colegiado não tinha poderes deliberativos.
46. Verifica-se, portanto, a fim de centralizar a conduta do recorrente sobre a irregularidade que lhe foi imputada na decisão **a quo**, premente revisitar as normas disciplinadoras atinentes ao DNER.
47. A Norma CA/DNER 226/89, de 9/6/89, peça 37, p. 28, disciplina a descentralização da execução de atividades a cargo do DNER. A execução descentralizada, na forma descrita no art. 2º



do mencionado normativo, pode ser efetivada mediante convênio celebrado pela autarquia como outras entidades da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, do Distrito Federal e do Ministério do Exército.

48. Nos §§ 1º e 3º do art. 4º está que a descentralização, quando envolve execução de obra ou serviço de engenharia, é feita por meio do instituto da delegação, formalizada por instrumento contratual denominada Convênio.

49. No art. 5º está que os convênios obedecem as minutas elaboradas pela Procuradoria Geral do DNER, previamente aprovadas pelo Conselho de Administração.

50. Por sua vez, o Decreto 74.606, de 24/9/1974, que dispõe sobre a estrutura básica do Departamento de Estradas de Rodagem, consta a sua formação, peça 17, p. 28:

Art. 4º. O Conselho Administrativo (CA), órgão colegiado de deliberação final, é constituído pelo Diretor-Geral do DNER, como Presidente nato, pelo Vice-Diretor-Geral e pelos Diretores Setoriais.

51. Voltando ao caso concreto, nas manifestações dos Srs. Dirceu Cesar Façanha, Diretor de Concessões Rodoviárias, Sr. Jesus de Brito Pinheiro, Diretor de Operações Rodoviárias e do Sr. José Gilvan Pires de Sá, Diretor de Administração e Finanças, consta o seguinte relato acerca do conteúdo do processo 51100.007708/96-74, peça 37, p. 48:

O DNER, no caso a Diretoria de Engenharia Rodoviária, que era a responsável pela área de convênios recebeu toda a documentação dos procedimentos adotados pela mencionada Secretaria de Infraestrutura, contendo as aprovações, homologações e publicações no D.O.U.

Cópias dessas documentações formaram o processo nº 51100.0077008/96-74, onde foram tratados os assuntos principais do Convênio PG-061/95.

52. Consta da nota enviada pela Diretoria de Engenharia Rodoviária de que houve julgamento e homologação dos atos resultantes da licitação 178/96-DSU, com adjudicação dos serviços à EGESA pelo valor de R\$ 20.540.139,09, acrescente da seguinte informação, peça 37, p. 49:

Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER.

A Procuradoria analisou o instrumento contratual informando que o mesmo atende as exigências da legislação vigente.

Assim, sugerimos submeter o assunto para o conhecimento do Conselho Administrativo.

53. Chega-se ao Relato ao CA Nº 376/96, assinado pelo recorrente, o qual para o deslinde da matéria se faz necessária a sua reprodução, peça 37, p. 50:

RELATO AO CA Nº 376/96

Processo Nº 511.00.007.708/96-74

Ao Presidente do Conselho Administrativo,

Trata-se do contrato nº 200/96, firmado entre a Secretaria dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins e a firma EGESA para execução de obras de terraplanagem, pavimentação asfáltica e OAE na rodovia BR-230/TO, trecho: Macaúba-Estreito, com extensão de 85,0 Km, objeto do convênio PG-061/95.

Após o Relatório de julgamento, homologou-se os atos resultantes da licitação nº 178/96-DSU, adjudicando-se a execução dos serviços à empresa Empreendimentos Gerais de Engenharia S/A – EGESA pelo valor de R\$ 20.540.139,09 (vinte milhões, quinhentos e quarenta mil, cento e trinta e nove reais e nove centavos).



Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER.

A procuradoria analisou o instrumento contratual informando que o mesmo atende as exigências da legislação vigente.

Assim, submetemos o assunto para conhecimento do Conselho Administrativo.
(grifos acrescidos)

Em, 20/09/96

Engº Wolney Wagner de Siqueira

Diretor de Engenharia Rodoviária - DNER

54. Nota-se a assertiva da conformidade dos preços praticados na licitação nº 178/96-DSU com os valores praticados pelo DNER.

55. Além disso, no último parágrafo há a mensagem de submissão do assunto para o C.A., sem, no entanto, haver posicionamento acerca da aprovação ou não do contrato nº 200/96.

56. Revisitando os termos da Ata da Sessão C.A. Nº 36, DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DNER, de 25/9/1996, peça 36, p. 8, referente ao processo nº 51100.007708/96-74, consta a mesma redação daquela constante do Relato ao CA nº 376/96, na forma reproduzida no item 53 desta instrução.

57. Nota-se que, o recorrente, ao submeter o contrato 200/96, se posiciona, na forma ditada no parágrafo terceiro do RELATO AO CA Nº 376/96: “Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER”.

58. De se perceber que houve, por parte do documento, no qual o recorrente é signatário, juízo acerca da compatibilidade de preços constante do ajuste a ser submetido ao Conselho Administrativo do DNER.

59. Uma vez que o recorrente cientificou, em despacho encaminhado ao colegiado superior do DNER, a regularidade dos valores envolvidos no Contrato 200/96, verifica-se presente a conduta concorrente de quem tinha o domínio sobre a emissão de juízo envolvendo o débito apurado na decisão **a quo**.

60. Por sua vez, a responsabilização do membro do Conselho Administrativo do DNER signatários da Ata da Sessão C.A. Nº 36, de 25/9/1996, à luz da conduta de seus membros, deve ser analisada.

61. Os termos da Ata da Sessão C.A. Nº 36, DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DNER, de 25/9/1996, peça 36, p. 8, referente ao processo nº 51100.007708/96-74, indica a aprovação do Contrato 200/96, sobre o qual, na forma exposta no documento que submeteu ao mencionado colegiado, decidiram os membros do colegiado pela aprovação do ajuste.

62. Exsurge, para o desenlace da presente instrução, a manifestação dos Diretores de Concessões Rodoviárias, Diretor de Operações Rodoviárias e do Diretor de Administração e Finanças, acerca do conteúdo do processo 51100.007708/96-74, peça 37, p. 48:

O DNER, no caso a Diretoria de Engenharia Rodoviária, que era a responsável pela área de convênios recebeu toda a documentação dos procedimentos adotados pela mencionada Secretaria de Infraestrutura, contendo as aprovações, homologações e publicações no D.O.U.

Cópias dessas documentações formaram o processo nº 51100.0077008/96-74, onde foram tratados os assuntos principais do Convênio PG-061/95.

63. Voltando aos termos da Ata da Sessão C.A. Nº 36, DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO DNER, de 25/9/1996, observa-se que a deliberação se pautou sobre o

Contrato 200/96, cujas planilhas de preços, nos termos expostos pela Diretoria de Engenharia Rodoviária, estavam de acordo com os praticados pelo DNER.

64. De se observar, também, que o colegiado do DNER, ao decidir pela aprovação do ajuste, também estava respaldado pelo parecer da Procuradoria Geral do DNER acerca da regularidade do Contrato 200/96, peça 40, p. 29.

65. Ressalta-se que o Procurador-Chefe, Sr. Hélio Guimarães, signatário da manifestação da Procuradoria Geral do DNER, assevera que a análise se restringiu ao termo contratual, “pois o processo não é composto com todas as peças necessárias para um estudo completo”, peça 40, p. 29.

66. Ato contínuo, o Sr. Rômulo Fontenelle Morbach, Procurador-Geral do DNER, de acordo com o posicionamento do Procurador-Chefe, encaminha o processo 51100.0077008/96-74 à Diretoria de Engenharia Rodoviária, para conhecimento e providências, peça 40, p. 29. Esse, por sua vez, na forma já descrita e reproduzida no item 53 da presente instrução, submete o assunto para deliberação do Conselho de Administração.

67. Dessa forma, o que se percebe é que o colegiado do DNER, na sessão de 25/9/1996, diante das deliberações de regularidade dos preços e do instrumento contratual, decidiram pela aprovação do Contrato 200/96. Em outras palavras, o Conselho se restringiu à aprovação do instrumento contratual, uma vez instruídos de sua regularidade pela Diretoria de Engenharia Rodoviária e pela Procuradoria-Geral.

68. Conforme já mencionado nesta instrução, os membros do Conselho Administrativo do DNER na época dos fatos apurados no presente processo foram citados pela aprovação do projeto básico relativo ao contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Tocantins e a empresa Egesa Engenharia S.A..

69. Revisitando o relatório precedente à decisão recorrida, peça 91, p. 59-60, consta o seguinte fundamento para a responsabilização do Conselho Administrativo do DNER:

15. Ressalte-se que o Conselho contribuiu para a ocorrência do dano ao erário na execução do contrato no 200/96, quando o aprovou.

16. Com relação à ausência de assessoria jurídica alegada no item ‘b’, não foi demonstrado nexos causal com o cometimento da irregularidade em questão, que fora a aprovação, pelo Conselho, do projeto básico e conseqüentemente dos preços praticados no contrato, que originaram o presente débito. Assim, mesmo que o gestor não contasse com qualquer assessoria no ramo, o que não é o caso já que se contava com a atuação de procuradores autárquicos, não se avalia que o Diretor Geral/DNER não tivesse o discernimento necessário sobre a responsabilidade e possíveis implicações da aprovação de um projeto básico com preços superiores ao do Sicro à época. Dessa forma, não deve ser acolhida tal ilação.

17. Da mesma forma, não se deve abrigar o argumento de que a ausência de informações sobre o processo licitatório nos autos, que vinculariam o contrato, não permitiria que o DNER não o aprovasse. Ora, o colegiado deveria se afiançar de meios para subsidiar sua decisão acerca da aprovação de seus projetos, no mínimo, com relação à justeza dos preços orçados. O DNER, ademais, era um órgão deliberativo no âmbito do Sistema Rodoviário Nacional, conforme atesta o art. 7º do Decreto 1922/96. Ou seja, cabia ao colegiado a aprovação ou não dos preços praticados no contrato nº 200/96.

‘Art. 7º Ao Conselho Administrativo compete definir as políticas organizacionais e normas de funcionamento interno do DNER e deliberar sobre seus planos, programas e outras matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional que lhe sejam submetidas.’

18. Assim sendo, o caráter deliberativo impõe a responsabilização do Conselho pelo superfaturamento apurado nos autos, mesmo sem a existência de quaisquer suspeitas sobre os preços praticados na ocasião, uma vez que era atribuição do órgão primar pela regularidade

daquela contratação. Ademais, já havia sido publicado o Sicro1, ou seja, havia um referencial de preços que servia a tal controle.

70. Referindo-se ao excerto anteriormente reproduzido, tem-se, em substância, que a responsabilização do Conselho: “contribuiu para a ocorrência do dano ao erário na execução do contrato no 200/96, quando o aprovou”.

71. Consoante anteriormente explicado, o órgão colegiado do DNER aprovou o instrumento contratual, do qual constavam pareceres da Procuradoria e da Diretoria de Engenharia sobre a sua regularidade.

72. Questiona-se o fundamento da responsabilização quando dele se extrai que haveria um dever de agir do conselho, que, à época dos fatos, importaria uma conduta esperada, em que pese, naquele momento, inexistir indício sobre as irregularidades apuradas na TCE recorrida.

73. Os procedimentos anteriores à deliberação do Conselho, na forma submetida pelo relator ao colegiado, foram realizados com o intuito de subsidiar a decisão colegiada com os posicionamentos técnico e jurídico do DNER.

74. Observa-se que a decisão que aprovou o contrato 200/96 foi precedida das necessárias instâncias dentro daquela autarquia. Entretanto, no que se extrai da decisão recorrida é que haveria, por parte dos integrantes do inquinado colegiado, o dever de questionar os pareceres e de reapreciar jurídica, técnica e orçamentariamente todo o processo 51100.0077008/96-74.

75. Percebe-se que a responsabilização do conselho de administração, nos termos eleitos na decisão **a quo**, derivou do ato de aprovação do Contrato 200/96, constante de sobrepreço, na forma calculada nas peças 61-65.

76. Questiona-se sobre a relevância da conduta do conselho no evento danoso. Isso porque, na forma esposada no Acórdão 750/2010-TCU-Plenário, a responsabilidade do conselho de administração não possui índole genérica, devendo ser analisada de forma restrita aos atos que são submetidos à apreciação daquele Colegiado e são por ele aprovados (Acórdãos 639/2005 - Plenário, 526/2001 - 1ª Câmara, 45/1994 - Plenário, 240/1997 - Plenário, 67/1997 - Plenário, 7/1999 - Segunda Câmara, 87/1996 - Segunda Câmara, 29/2000 - Segunda Câmara, 89/2000 - Plenário e Decisão 335/1994 - Plenário).

77. Consoante já esposado, o processo 51100.0077008/96-74, ao ser submetido ao Colegiado do DNER, na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, contava com o parecer do então Relator, ora recorrente, acerca da regularidade dos valores envolvidos e do instrumento contratual.

78. Uma vez constituídos de pareceres indicando a regularidade do instrumento submetido à aprovação, questiona-se a expectativa de um dever de conduta, no sentido de olvidar de tais pareceres, para analisá-los novamente sobre os aspectos técnicos e jurídicos do tema em questão.

79. Trata-se do exame de plausibilidade da exigência, por parte dos membros do Conselho em questão, sobre todo o conhecimento fático e técnico sobre o Contrato 200/96 e de tudo que lhe foi pretérito. Seria, em essência, exigir que os componentes tivessem realizado o reexame de tudo o que foi produzido nas etapas do certame, sejam de natureza documental ou de natureza técnica dos pareceres promovidos pelas unidades especializadas daquela autarquia e do Dertins.

80. Observando que o Conselho, na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, limitou-se à aprovação do instrumento contratual, uma vez existentes no processo 51100.0077008/96-74 os fundamentos fáticos e periciais garantes da regularidade do Contrato 200/96, não se evidencia dever dos membros daquele colegiado obrigação de reexame de tudo que foi produzido nas instâncias técnicas do DNER e do Dertins.

81. Diante disso, é possível afirmar que os integrantes do Conselho Administrativo, acerca da aprovação do Contrato 200/96, Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, não podem ser responsabilizados

sobre o débito do qual foram condenados na decisão **a quo**, porque seria imputar-lhes por atos de terceiros, que se posicionaram sobre a regularidade dos preços praticados na licitação 178/96-DSU.

82. De se observar que os conselheiros, sobre os quais foi imputado responsabilidade solidária acerca do sobrepreço nos custos unitários dos serviços no Contrato 200/96, se instrumentalizaram do Relato ao CA nº 376/96. Uma vez detentores de pareceres posicionando-se sobre a regularidade do que seria submetido na Sessão de 25/9/1996, avalia-se que não havia flagrante necessidade de reavaliação de todas as planilhas anteriores ao Contrato 200/96.

83. Considerando que a detecção do sobrepreço nos custos unitários dos serviços do Contrato 200/96 não se mostrava cabalmente detectável, tanto que foram, na unidade técnica especializada, realizados vários cálculos até a sua contabilização final, prima-se pela exclusão de responsabilidade quando a autoridade decide com base em parecer técnico eivado de vício de difícil detecção.

84. Nesse sentido, colaciona-se o Acórdão 62/2007-2ª Câmara, Relatoria Ubiratan Aguiar:

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PARECERISTA. DESCARACTERIZAÇÃO DE DOLO, CULPA OU NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O PREJUÍZO. PROVIMENTO.

1. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos.

2. Descaracterizada a conduta dolosa ou culposa do agente público ou do nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo causado ao erário, impõe o provimento, no todo ou em parte, da peça recursal, com a exclusão da responsabilidade dos agentes envolvidos.

85. Tendo agido com base em parecer eivado de vício de difícil percepção, verifica-se que deve ser afastada a responsabilização dos Conselheiros sobre o débito apurado na decisão **a quo**.

86. Entretanto, acerca do ora recorrente, cumpre delimitar a sua conduta sobre o ato gerador do superfaturamento apurado na execução do Contrato 200/96.

87. Relembra-se que o recorrente, em solidariedade com os demais membros do Conselho de Administração participantes da Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, foi citado, na forma do Ofício 258/2010-TCU/SECOB-2, de 25/5/2010, peça 13, p. 11.

88. Consoante presente instrução, considerou-se mitigada a responsabilização do conselho de administração do DNER, porque ausente de comprovação a ciência de seus membros sobre as planilhas de preços que antecederam o ajuste aprovado na da Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996. Isto é, uma vez destituídos do domínio sobre os preços envolvidos no Convênio PG-061/95, não havia como o conselho administrativo denegar a aprovação do ajuste, sobretudo quando munidos de atestes da regularidade orçamentária e legal do Contrato 200/96.

89. Em que pese o recorrente também ter feito parte do colegiado que integrou a Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, a análise de sua responsabilização deve levar em consideração duas condutas não compartilhadas pelos demais membros presentes na mencionada sessão: foi signatário do Relato 396/96 e atuou como relator da proposta que submeteu o Contrato 200/96 à aprovação daquele conselho.

90. O Relato 396/96, na forma reproduzida no item 53 da presente instrução, foi precedido pelo despacho no qual o recorrente foi signatário do encaminhando do Processo 511.00.007.708/96-74 à Procuradoria Geral, peça 40, p. 27.

91. Ciente do posicionamento da Procuradoria Geral sobre a regularidade do instrumento contratual, o recorrente, por meio do Relato 396/96, submete o Processo 511.00.007.708/96-74 ao



Conselho Administrativo, posicionando-se sobre a compatibilidade dos preços com os praticados pelo DNER, peça 40, p. 32.

92. Reitera-se que o recorrente atuou administrativamente para garantir a regularidade do Processo 511.00.007.708/96-74 diante do colegiado superior do DNER.

93. Consoante relatado pelo Procurador-Geral, a procuradoria do DNER limitou-se ao que lhe competia: na falta de todos os elementos necessários para um estudo completo, a análise jurídica deteve-se ao instrumento do Contrato 200/96, sendo considerado apto às exigências da então legislação vigente, peça 40, p. 29.

94. Por sua vez, o recorrente, então Diretor de Engenharia Rodoviária, no Relator 396/96, se posiciona sobre a regularidade dos valores envolvidos no Contrato 200/96, peça 40, p. 32.

95. Veja-se que o recorrente, ao submeter ao Conselho Administrativo o Contrato 200/96, peça 33, p. 5, exerce, de forma ativa, o ateste sobre os valores envolvidos no instrumento que submeteu à aprovação daquele colegiado.

96. Considerando que o fato gerador do dano apurado na decisão **a quo**, decorre do superfaturamento por sobrepreço no Contrato 200/96, procede a análise da preponderância da conduta do recorrente sobre o desenvolvimento do evento danoso.

97. Ao atestar a regularidade dos preços constantes do ajuste que submeteu ao Conselho Administrativo da então autarquia, o recorrente atuou diretamente para a ocorrência do dano.

98. A sua conduta não se limita à assinatura do Relato 396/96, mas se estende à forma como submeteu, ao Conselho Administrativo, o Processo 511.00.007.708/96-74, no qual, sublinha-se, atuou na condição de Relator, peça 41, p. 4.

99. Dessa forma, a exclusão de responsabilidade sobre o débito gerado no Contrato 200/96 daqueles membros do Conselho de Administração, presentes na Sessão de 25/9/1996, decorre da responsabilização do ora recorrente, porque afiançou, em sua relatoria, sobre a compatibilidade dos preços envolvidos no citado ajuste com aqueles praticados no DNER.

100. Questiona-se se o caráter deliberativo, na forma descrita no art. 7º do Decreto 1922/1996, impõe, no caso em análise, a responsabilização de todos os conselheiros que aprovaram o Contrato 200/96.

101. A existência de suspeitas sobre os preços praticados na ocasião, uma vez garantida a regularidade dos mesmos pelo Diretor de Engenharia Rodoviária, deu lugar à garantia necessária ao suporte sobre a deliberação do Conselho.

102. Dessa forma, a gestão do recorrente, ao afiançar ao Conselho de Administração sobre a regularidade dos preços praticados no Contrato 200/96, se mostra preponderante à geração do evento danoso, o qual, em razão da formalidade da aprovação do citado ajuste, exime de responsabilização os demais membros daquele colegiado.

103. Isto é, a inquinada deliberação do conselho administrativo da extinta autarquia, ao se fundamentar do posicionamento do voto condutor do Relator, se afiançou no que foi possível naquele momento, não sendo razoável exigir dos membros do colegiado o reexame de todas as peças envolvidas nos assuntos que lhes são submetidos.

104. Logo, a responsabilização sobre a aprovação do Contrato 200/96 deve recair apenas ao ora recorrente, em razão de sua gestão para a certificação da regularidade dos preços envolvidos no mencionado ajuste.

105. Trata-se do caso em que o parecerista técnico, então Diretor de Engenharia de Tráfego, subsidiou a tomada de decisão do colegiado superior de forma equivocada, na medida em que assegurou os membros sobre a compatibilidade dos valores com aqueles praticados pelo DNER.

106. Equivale dizer que o emissor do parecer de natureza técnica se responsabiliza perante esta Corte em razão da existência de vícios presentes em suas manifestações, os quais, consoante o represente caso, levaram ao evento danoso. Elege-se, como exemplo, a seguinte passagem do Acórdão 1866/2016-TCU-Plenário, Relatoria José Múcio:

15. Ressalto que meu posicionamento está de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que agentes públicos que emitem parecer de natureza técnica podem ser responsabilizados perante o TCU em razão da existência de vícios na manifestação que conduzam à prática de atos irregulares, a exemplo dos Acórdãos 2.521/2012 e 1801/2007, ambos do Plenário, e 4.792/2011, da 2ª Câmara.

107. Dessa forma, no que se refere à exclusão de responsabilidade do recorrente sobre a aprovação do Contrato 200/96, conclui-se pelo não provimento de suas razões. Entretanto, em relação aos demais membros do colegiado que atuaram na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, verificam-se elididas as suas responsabilidades sobre o evento danoso que lhes foi imputado na decisão recorrida.

108. Para fomentar a conclusão acerca da falta responsabilização dos membros do colegiado em face das suas condutas passivas sobre a aprovação do Contrato 20096, e a do recorrente, que, na forma instruída, atuou ativamente ao emitir o Relato 396/96, elege-se a seguinte parte do Acórdão 2004/2015-TCU-Plenário:

14. No que se refere à responsabilização dos envolvidos, acredito haver uma distinção clara entre as condutas individuais, de acordo com sua relevância para a concretização do ilícito, que deve se refletir no julgamento de mérito destas contas especiais. Em particular, observo que os servidores do DNER que participaram da cadeia de aprovação do contrato dividem-se entre os que efetivamente analisaram a proposta da Iter, atestando que se encontrava de acordo com o Sicro, sendo, portanto, determinantes para a aceitação dos preços, e aqueles que tiveram papel apenas homologatório das decisões tomadas no âmbito das instâncias regional e técnica, valendo-se das informações por elas fornecidas quanto à adequabilidade dos custos à realidade local.

15. Em face da menor culpabilidade desses últimos, entendo deva ser excluída a responsabilidade de Maurício Hasenclever Borges e Alfredo Soubihe Neto, respectivamente Diretor-Geral e Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER à época. Afinal, os despachos por eles exarados afirmam textualmente que *“a planilha de preços e a planilha de composição de preços unitários da empresa convocada, que se encontram apensada às fls. 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.”* (peça 8, p. 4), sendo plausível que os órgãos superiores, localizados em Brasília, e responsáveis pela homologação dos procedimentos realizados em todos os distritos rodoviários do país, cujas realidades locais são diferenciadas, não revissem os custos unitários de todas as propostas, presumindo corretas as informações prestadas pelos técnicos, melhores conhecedores de suas realidades.

16. Informo que a mesma solução foi adotada pelo Acórdão 1.464/2013 – Plenário, também de minha relatoria, ao examinar questão em tudo similar ao dos presentes autos. Na ocasião, fiz os seguintes comentários:

“ (...) o prejuízo origina-se de inconsistências na orçamentação da obra, envolvendo um nível de detalhamento técnico alheio às atribuições das instâncias máximas da entidade. Além disso, havia, no processo submetido à deliberação do Diretor-Geral, parecer das chefias técnicas da entidade atestando a compatibilidade dos preços do contrato com os do Sicro, induzindo-o ao erro, conforme se depreende do seguinte excerto, retirado do documento à fl. 86 do vol. 3 do TC-004.034/2001-5:

‘A proposta apresentada pela construtora, no total de R\$ 2.439.277,88 (dois milhões, quatrocentos e trinta e nove mil, duzentos e setenta e sete reais e oitenta e oito centavos) foi submetida à revisão da DCT/DNER que, ao analisar os preços unitários propostos, achou os mesmos coerentes com os constantes no Sicro, ratificando assim

o despacho do Chefe de Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º (folha 73) , no qual o mesmo relata sobre a coerência dos preços ofertados, com os praticados na região.””

109. A partir do excerto anteriormente reproduzido, ressalta-se que o Relator, ao estabelecer as responsabilidades dos membros do conselho de administração do DNER, delineou a cadeia de aprovação do ajuste em questão entre aqueles que analisaram o orçamento e aqueles que tiveram papel apenas homologatório das decisões tomadas no âmbito das instâncias regional e técnica, valendo-se das informações por elas fornecidas quanto à adequabilidade dos custos à realidade local.

110. Da mesma forma se individualizam as condutas na presente instrução: os membros do conselho de administração do DNER, que, apoiados no Relato 396/96, aprovaram o ajuste substanciados de parecer emitido pelo recorrente, devem ser eximidos da irregularidade orçamentária do Contrato 200/96, na forma apurada na decisão vergastada.

111. Entretanto, em que pese reconhecer a exclusão de responsabilidade dos membros do Conselho de Administração da Sessão C.A nº 36, firma-se pelo não alcance de tal excludente para o ora recorrente.

112. Por fim, insta analisar a alegação recursal de que houve, no caso da Refinaria de Pasadena, exclusão de responsabilidade dos membros do Conselho de Administração. O recorrente faz referência a parecer de titular da unidade técnica e a posicionamento do Ministro José Jorge, como fundamentadores de tal entendimento, peça 182, p. 26

113. Apesar de o recorrente não ser claro quanto ao precedente suscitado, seja ao acórdão ou ao parecer a que faz alusão, compulsando a jurisprudência desta Corte, encontram-se decisões contrárias ao que foi alegado nas presentes razões.

114. Consoante os termos do Acórdão 2.284/2017-TCU-Plenário, prolatado em 11/10/2017, alterado pelo Acórdão 2.572/2017-TCU-Plenário, contrariamente ao alegado pelo recorrente, houve, após a inclusão de novas informações, responsabilização dos membros do Conselho de Administração (CA) e da equipe de negociadores da estatal na aquisição da Refinaria de Pasadena.

115. Além disso, considerando a incógnita da origem da alegação recursal acerca da exclusão de responsabilidade dos membros do Conselho de Administração, no voto condutor do Acórdão 387/2018-TCU-Plenário, Relator Vital do Rêgo, prolatado em ocasião da representação sobre possíveis irregularidades na aquisição do mencionado ativo, extrai-se:

Nada obstante ser possível a inferência de uma atenuação da responsabilidade da DE conforme os trechos supracitados, a instrução concluiu pela citação dos membros da diretoria, retirando a responsabilidade do Conselho de Administração (CA) . O titular da unidade técnica, por sua vez, divergindo da instrução, entendeu inclusive pela citação dos membros do CA (peça 552 do TC 025.551/2014-0) , com argumentos calcados no dever de diligência dos administradores.

O MPTCU, por sua vez, opinou em junho/2017 no sentido de citar os membros da DE e do CA (peça 582 do TC 025.551/2014-0) .

Finalmente, em 11/10/2017, o TCU, apreciou a referida instrução técnica, o despacho do titular da SecexEstataisRJ e o parecer do MP/TCU, todos exarados no TC 025.551/2014-0, por meio do Acórdão 2.284/2017-TCU-Plenário.

Ainda que se tenha mencionado não haver evidências de que algumas informações tivessem sido apresentadas à DE ou ao CA (itens 49-53 do voto condutor do Acórdão 2.284/2017-TCU-Plenário) , entendeu o Tribunal que tanto os membros da DE quanto os do CA deveriam sim ser chamados em citação por conta dos prejuízos decorrentes da operação de compra da refinaria de Pasadena (item 9.3 do Acórdão 1.927/2014-TCU-Plenário) . Vale ressaltar que o Ministro Relator, em seu Voto acolhido pelo Tribunal, destacou que “havia informações mínimas sobre as condições mais relevantes do contrato, inclusive com menção à possibilidade de retirada da sociedade pelo grupo Astra (*put option*) , bem como omissões relevantes, como o valor *As*

Is da refinaria, que, aliado a outras lacunas, mereceriam uma atenção maior por parte do Conselho” (parágrafo 55 do Voto) . Nesse contexto, o TCU, inclusive, abriu nova oportunidade para que os membros da DE complementassem suas alegações de defesa anteriormente apresentadas, sinalizando que permanece o entendimento sobre a possibilidade de responsabilização dos membros da DE (subitem 9.1.4 do Acórdão 2.284/2017-TCU-Plenário) .

116. Veja-se que a mera alegação do que poderia ser um precedente positivo ao recorrente se fragiliza, uma vez que o fundamento recursal se resumiu a alusões desprendidas de sua origem jurisprudencial.

117. Entretanto, no que se refere ao trecho das razões recursais que fazem alusão a uma decisão do então Ministro José Jorge, peça 182, p. 26, é possível identificar a que acórdão o recorrente se ancora.

118. Trata-se do Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, Relatoria Min. José Jorge, no qual, em síntese, deixou de responsabilizar, a princípio, o colegiado da Petróleo Brasileiro S.A., porque deliberaram munidos de apresentação falha da área especializada daquela estatal:

78. Não ignoro o fato de que **a aquisição de empresas é, por natureza, atividade que envolve riscos**. Maus negócios são, por vezes, realizados e impõem prejuízos a empresas que integram a Administração Indireta, sem que daí se possa cogitar da responsabilização de nenhum gestor. Em relação aos agentes acima arrolados, em avaliação inicial, não se pode falar apenas de mau negócio, ou invocar o risco inerente às transações comerciais para minimizar a grau de culpa de cada um deles. Exatamente porque a avaliação utilizada nessa aquisição partiu de **pressupostos flagrantemente inconsistentes**. Por esse motivo, o conhecimento que detinham ou deveriam deter sobre as operações impunha a eles o dever de se contrapor à aquisição daquela refinaria, nas condições em que se deu.

79. Em situação distinta, encontram-se os membros do *Conselho* de Administração que, com base em resumo elaborado pelo Diretor da Área Internacional, autorizaram a aquisição de 50% das ações da Refinaria de *Pasadena*. Considero, assim como o Sr. Diretor e o Sr. Secretário, que não se deva cogitar, ao menos por ora, de promover a audiência desses agentes. Cumpre destacar que constou da Ata da reunião n. 1.268 do *Conselho* de Administração, de 3/2/2006, que a **apresentação efetuada ao Conselho de Administração** pelo Gerente de Inteligência de Mercados da Unidade Internacional Desenvolvimento de Negócios deixou de mencionar a cláusula que garantia rentabilidade de 6,9% para o processamento do óleo de Marlim e também as condições para o exercício do *Put Option* que viriam a constar dos contratos. Omitiu ainda as informações sobre a existência do estudo da Muse que avaliou a refinaria em US\$ 126 milhões, no estado em que se encontrava. Além disso, forneceu as seguintes informações incorretas:

i. “Mantido o compromisso com o ‘Revamp’ para processamento de 70% de petróleo pesado”;
ii. “Mantido o direito da Petrobras, após o ‘Revamp’, de suprir a refinaria com até 70% de petróleo da Petrobras (Marlim ou outro)”.

80. Daí resulta a conclusão preliminar de que a formatação do negócio que constaria dos respectivos contratos era, em relação a aspectos essenciais, distinta daquela que foi apresentada ao *Conselho* de Administração. Entendo, por esse motivo, que o vínculo de causalidade entre a autorização de aquisição da refinaria e essa parcela do dano presumidamente incorrido pela Petrobras é muito tênue e distinto daquele que vincula outros agentes acima arrolados. Parece-me, pois, adequado apenas promover a citação dos gestores acima mencionados pelo prejuízo resultante dos contratos celebrados (US\$ 580.428.571,30) e também a audiência, em razão da inserção de cláusulas prejudiciais aos interesses da Petrobras, nos respectivos contratos (itens 67 e seguintes deste Voto). Nada impede, porém, que os elementos que vierem a ser apresentados em resposta a esses chamamentos imponham a realização de audiência dos membros do *Conselho* de Administração, caso venham a revelar vínculo importante entre indícios de graves irregularidades e a conduta desses últimos agentes, visto que a matéria foi submetida a esse *Conselho* e por ele aprovada.

119. Relendo o excerto anteriormente reproduzido, chega-se à conclusão de que ela nada serve ao recorrente para reformar a decisão recorrida.



120. Isso se deve à identidade entre o caso em questão e aquele descrito no trecho do Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário em evidência: o CA não foi responsabilizado, porque decidiram uma operação munidos de informações deficientes, que lhes foram fornecidas por terceiro. Esse, por sua vez, foi responsabilizado.

121. Nesse sentido, possível enxergar semelhança com o presente caso. Conforme já demonstrado nesta instrução, o recorrente, o então Diretor de Engenharia de Tráfego, municiou os membros do colegiado presente na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, sobre regularidade das operações pautadas naquela reunião.

122. Na decisão eleita, Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, como no presente caso, houve entendimento, mesmo que inicial no primeiro momento, de que os membros do CA não deveriam ser responsabilizados por decisões tomadas com déficit ou erros de informações.

123. Independentemente do desfecho do Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, o que importa no presente momento é analisar o paralelismo das situações, porém com efeito contrário ao pretendido pelo recorrente.

124. Salientando que houve entendimento, na decisão de cujo excerto foi extraído, de exclusão de responsabilidade dos membros da CA da Petrobras, porque municiados de informações deficientes na tomada de decisão, ressalta-se a mesma situação para os membros presentes na Sessão C.A. nº 36, qual seja, terem decidido o evento que deu origem ao dano, erroneamente instrumentalizados no Relato 396/96, de conteúdo deficitário.

125. Verifica-se, dessa forma, que as alusões jurisprudenciais não auxiliam o recorrente na reforma da decisão recorrida. Pelo contrário, confirma a sua responsabilização.

Tendo em vista a data de sua exoneração do então DNER, 11/4/1994, não é possível responsabilizar o recorrente sobre débito que lhe foi solidariamente imputado no 2511/2015-TCU-Plenário.

Razões Recursais

126. Registra que o orçamento aprovado pelo DNER é o da proposta originária, que foi apresentada pela empresa Egesa no valor de R\$ 20.540.139,09, enquanto que o débito imputado decorre do excedente nos custos unitários relativos ao Contrato 200/96, cobrados até a 15ª medição.

127. Informa que tais excedentes se referem aos itens 32.06.01, estabilização granulométrica, e 32.08.00, imprimeção, implicando débito no valor de R\$ 560.000,00, a preços de dezembro de 1997 e novembro de 1998.

128. Ressalta que não participou de nenhuma desses eventos, porque foi exonerado do DNER em 11/4/1997.

129. Observa que o Relato 213/97, de 19/5/1997, foi aprovado pelo sucessor do recorrente no exercício do cargo de Diretor de Engenharia, Sr. Alfredo Soubihe Neto, com valores acrescidos do que foi originalmente aprovado na licitação original.

Análise

130. Preliminarmente, cabe lembrar a origem do débito ao qual o recorrente foi condenado, nos termos do item 9.3 do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário: superfaturamento de 112,56 % – equivalente à importância de cerca de R\$ 8,5 milhões, à data base de julho de 1996 – decorrente de excedentes nos custos unitários relativos ao Contrato nº 200/1996.

131. Como já analisado na presente instrução, a responsabilização do recorrente deveu-se à sua conduta, Relator do Processo 511.00.007.708/96-74 na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, do Conselho Administrativo do DNER.



132. Verifica-se que o nexó entre o evento danoso, a aprovação orçamentária do Contrato 200/96 com sobrepreço, e a conduta do recorrente, membro do colegiado que aprovou o citado ajuste e emissor do Relato 396/96, não encontra relação com a excludente apresentada nas presentes razões recursais.

133. De fato, observando o anexo do pedido de reexame em apreço, está a exoneração, a pedido do recorrente, do cargo de Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER, peça 142, p. 41. Atenta-se para a data do despacho do Ministro dos Transportes, 10/4/1997.

134. Conforme esposado, o evento danoso decorreu da aprovação orçamentária do Contrato 200/96, na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, do Conselho Administrativo do DNER. Entretanto, o recorrente apresenta o ato administrativo de 10/4/1997.

135. De se perceber que o lapso temporal entre a exoneração, 10/4/1997, e a reunião da Sessão C.A., 25/9/1996, não guardam relação causal ou temporal.

136. Dessa forma, uma vez que a exoneração do recorrente do cargo de Diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER foi em momento posterior à Sessão C.A nº 36, conclui-se que as razões não devem ser providas.

O lapso temporal entre o evento danoso, 25/9/1996, e a citação, realizada em 13/8/2010, representou obstáculo à ampla defesa e ao contraditório.

Razões Recursais

137. Registra o tempo decorrido de 14 anos para ser citado como fundamentação de mácula no devido processo legal.

138. Reforça que o tempo entre o evento danoso, 25/9/1996, a sua citação, 13/8/2010, resultou na violação do princípio da segurança jurídica, que impede que o jurisdicionado se sujeite, sem limite de tempo, à ação do estado.

139. Defende que a ausência de citação prévia restringe os meios de defesa, impedindo o desenvolvimento válido e regular do processo, em face do longo decurso de tempo entre o fato gerador e a notificação do recorrente.

140. Afirmando a tese da força dos precedentes, constante no NCPC, apresenta jurisprudência deste Tribunal no sentido de considerar prejudicado o julgamento do mérito das contas em situações semelhantes: Acórdãos 515/2009 e 1489/2009 do Plenário; 790/2009, 1857/2009 e 2688/2009 da 2ª Câmara; e 1520/2009 da 1ª Câmara.

Análise

141. Por meio do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, peça 1, p. 29, o presente processo foi convertido em TCE, de cuja parte dispositiva se reproduz no que se refere às citações:

9.1. converter, desde logo, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/92, c/c o art. 252 do Regimento Interno/TCU, o presente processo em Tomada de Contas Especial;

9.2. determinar a citação do Sr. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado de Tocantins,, solidariamente com a empresa EGESA Engenharia S. A, na pessoa de seu representante legal, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência da citação, recolham aos cofres do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT os valores a serem quantificados pela Secex-TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições dos serviços relativos ao Contrato 200/96, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora desde as datas a serem indicadas, ou apresentem alegações de defesa, com relação ao dano causado ao extinto DNER em decorrência do superfaturamento constatado no aludido contrato;

9.3. determinar a citação dos responsáveis solidários Srs. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado de Tocantins, Adevaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do DERTINS, Adelmo Vendramini Campos, ex-Coordenador de Construção e Fiscalização do DERTINS, e a empresa EGESA Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, pelos valores a serem quantificados pela Secex/TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições, relativos a excedente de serviços cobrados até a 15ª Medição, referente ao item 32.06.01 - Estabilização Granulométrica Sem Mistura (Sub-base e Base) e referente ao item 32.08.00 - Imprimação;

9.4. determinar a citação dos responsáveis solidários Srs. José Edimar Brito Miranda, Secretário da Infra-Estrutura do Estado de Tocantins, Ataíde de Oliveira, Diretor Geral do DERTINS, Adevaldo Pereira Jorge, ex-Diretor de Construção e Fiscalização do DERTINS, e a empresa EGESA Engenharia S.A., na pessoa de seu representante legal, pela importância de R\$ 48.358,69 (quarenta e oito mil trezentos e cinquenta e oito reais e sessenta e nove centavos), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos, contados a partir de 17/12/99, em decorrência do desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira do Mosquito, então explorada pela contratada, e portanto fora da faixa de domínio da rodovia;

9.5. determinar a citação dos responsáveis Srs. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, e do Sr. Mauricio Hasenclever Borges, ex-Diretor Geral do DNER, pelo valor a ser quantificado pela Secex/TO, conforme as datas dos efetivos pagamentos das medições, decorrente da construção de ponte sobre o Rio Mumbuca e de 3,28 km de rodovia, ambos localizados dentro de área de expansão de reserva indígena, obras que não cumpriram a finalidade de servir ao tráfego rodoviário e foram executadas devido ao fato de o licenciamento ambiental não ter sido regularmente procedido;

142. Em suas razões, o Sr. José Francisco dos Santos, ex-Secretário dos Transportes e Obras do Estado do Tocantins, peça 12, p. 42, em suma, alega, como excludente de sua responsabilidade sobre o dano ocorrido no Contrato 200/96, que houve aprovação dos custos praticados na obra da BR-230 pelo Conselho Administrativo do DNER.

143. Dessa forma, o recorrente, foi citado, de forma solidária, por meio do Ofício 258/2010-TCU/Secob-2, de 25/5/2010, peça 13, p. 11, porque constou da Ata da Sessão C.A. 36, de 25/9/1996.

144. No primeiro voto apresentado, o Ministro-Relator, considerando o lapso temporal da citação dos membros do conselho de administração do DNER, ponderou pela aplicação do art. 5º, § 4º, da IN TCU n.º 56/2007 c/c o art. 169, II, do RITCU, peça 90, p. 3.

145. Entretanto, o Ministro-Substituto Augusto Sherman, sopesando a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, e, lembrando o Acórdão 2709/2008 – Plenário, divergiu do Relator, no sentido de que deve ser demonstrado o prejuízo ao contraditório, peça 88, p. 2:

10. Referida norma editada por este Tribunal veio reconhecer a possibilidade de arquivamento de processos de tomada de contas especial nos quais o transcurso de tempo superior a dez anos entre o fato gerador e a citação dos responsáveis importassem em obstáculos intransponíveis ao exercício do seu direito à ampla defesa. Entendo que, no caso de processos já instaurados, em tramitação neste Tribunal, ou, ainda, no caso de processos instaurados por determinação desta Corte, como é o caso, as partes devem demonstrar o real prejuízo para suas defesas, aduzindo os elementos objetivos que conduzem a tal conclusão. A simples consideração de requisito temporal (mais de dez anos) referido na IN/TCU 56/2007, implicaria fazer letra morta à imprescritibilidade dos ressarcimentos ao erário, querida pelo legislador constitucional e ratificada pela interpretação conferida pelo Pretório Excelso.

11. Citados, porém, os responsáveis no âmbito do extinto DNER sequer apontaram, nos textos das alegações apresentadas, impossibilidade de defesa pelo decurso do prazo de mais de dez anos. Alegaram sim a prescrição, porquanto transcorrido prazo de quatorze anos. A prescrição, todavia,

não encontra amparo no texto constitucional e em precedentes jurisprudenciais do STF e deste TCU, conforme entendimentos já referidos.

146. Considerando percucientes as ponderações aduzidas pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman, o Relator, em voto complementar, modificou parcialmente a sua proposta original, no sentido de julgar irregulares as contas dos membros do conselho de administração do DNER, condenando-os em débito alusivo ao sobrepreço apurado no Contrato nº 200/96, solidariamente com a empresa executora dos serviços, Egesa Engenharia S.A., peça 89, p. 1.

147. De fato, conforme asseverado, o recorrente foi chamado aos autos após quase 14 anos do evento que se considerou indutor do dano apurado no acórdão recorrido, qual seja, a Sessão C.A. 36, de 25/9/1996.

148. Ao se observar as manifestações inseridas nos votos anteriormente citados, verifica-se que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário serviu de fundamento para afastar o prejuízo ao contraditório por decurso de prazo.

149. Não se olvida da tese esculpida do art. 37 da Constituição Federal acerca do entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, consoante já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, MS 26.210-9/DF.

150. Entretanto, o que se observa no primeiro voto apresentado é o reconhecimento da aplicação do art. 5º, § 4º, da IN TCU n.º 56/2007 c/c o art. 169, II, do RITCU, “porque a citação dos gestores delegantes do DNER, que efetivamente aprovaram a planilha de custos, só veio a ocorrer agora, em 2011, ou seja, depois de passados mais de 14 anos da data do fato”.

151. Não se está falando da imprescritibilidade da ação de ressarcimento do débito apurado na decisão **a quo**, mas do prejuízo à defesa decorrente do lapso temporal de 14 anos de evento considerado danoso.

152. Em que pese o recorrente ter apresentado documentos anexos às suas razões, tal fato não pode servir de exemplo negativo ao prejuízo de seu contraditório, uma vez que o tempo transcorrido entre o fato gerador e a citação guarda proporção à efetividade de sua defesa.

153. Além disso, deve-se ressaltar que a autarquia na qual o recorrente incorreu no evento danoso, DNER, foi extinta em 13/2/2002, por meio do Decreto 4128, o qual transferiu à União, durante o processo de inventariança, art. 4º, inciso I, a sua representação em toda e qualquer ação judicial, em curso em qualquer instância ou tribunal, em que houvesse interesse daquela autarquia federal.

154. Razoável ponderar a dificuldade em se instrumentalizar para o devido contraditório quando, na época da citação, a autarquia na qual se deu o fato gerador da responsabilização do recorrente já não mais existia há aproximadamente 8 anos.

155. Acerca do reconhecimento do prejuízo ao contraditório gerado por uma citação distante do evento danoso, exsurge o Voto do Ministro-Relator do Acórdão 1929/2015-TCU-Plenário, Relatoria Min. José Múcio:

6. O embargante alega, em preliminar, o prejuízo à ampla defesa, ante o lapso temporal entre a ocorrência do fato inquinado, consubstanciado na emissão de documento favorável à assinatura do Contrato PG 234/1996, até a sua citação.

7. Sobre esse ponto, registrei no voto que fundamentou a decisão vergastada que o Tribunal, ao proferir o Acórdão 2.948/2011 – Plenário, quando determinou a instauração de tomadas de contas especiais para apuração dos débitos referentes aos contratos fiscalizados, considerou não ter havido prejuízo às defesas, principalmente pelo fato de os responsáveis terem sido chamados em audiência no ano de 2002, ainda no âmbito daqueles autos que tratavam da auditoria. Desse modo, não teriam se completado os dez anos a que se referem os arts. 6º e 19 da IN TCU 71/2012, desde

a primeira notificação dos responsáveis até a instauração do procedimento para apuração do débito.

8. Não obstante, reconheço que, de fato, houve omissão no Acórdão 2.662/2014 – Plenário, ora questionado, no momento em que não se observou que o embargante não foi ouvido em audiência naquela ocasião. Portanto, o ex-Diretor de Engenharia do DNER permaneceu sem receber qualquer notificação sobre as irregularidades que ensejaram o débito desde a ocorrência dos fatos, em 16/12/1996, até sua citação, encaminhada em 7/3/2013 (peça 22). Com efeito, o decurso de mais de 16 anos é longo o bastante para prejudicar o pleno estabelecimento do contraditório, de forma que deve ser retirada a sua responsabilidade pelo débito apurado.

156. O excerto anteriormente reproduzido trata de embargos de declaração apresentados pelo ora recorrente, Wolney Wagner de Siqueira, ex-diretor de Engenharia Rodoviária do extinto DNER, opostos contra o Acórdão 2662/2014-TCU-Plenário, no qual havia sido condenado, de forma solidária, em débito.

157. Da mesma forma, verifica-se no ordenamento jurídico o entendimento de que, não obstante a imprescritibilidade do dano ao erário, o decurso considerável de prazo para a promoção de ações de ressarcimento possui o condão de inviabilizar o contraditório e a ampla defesa, consoante os termos do Resp 1480350/RS, Ministro Benedito Gonçalves, **in verbis**:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL.

ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA.

NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes.

2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF.

3. "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" (§ 5º do art. 37 da CF).

4. As "ações de ressarcimento" são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever

de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade.

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, **a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.**

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento. (**grifo**)

158. A respeito da consideração do precedente suscitado, Acórdão 1929/2015-TCU-Plenário, infere-se, não apenas a identidade do responsável envolvido, mas a semelhança atinente ao aspecto temporal do ato e da citação realizada com o presente processo.

159. Nesse sentido, considerando que o lapso temporal de 14 anos causou desequilíbrio na paridade de armas, e, observando o precedente desta Corte, queda-se pelo reconhecimento do prejuízo ao direito de defesa do recorrente, em face do obstáculo ao pleno estabelecimento do contraditório em relação a sua pessoa, pelo transcurso de mais de 14 anos entre os fatos e a sua notificação.

160. Por fim, conforme se verá adiante, o raciocínio sobre o prejuízo do lapso temporal da citação sobre o contraditório e a ampla defesa deve ser estendido aos demais responsáveis que foram citados em solidariedade com o ora recorrente.

Os atos de expediente, da lavra do recorrente, uma vez desconstituídos de mérito, não deram causa débito envolvido na aprovação do Contrato 200/96.

Razões Recursais



161. O recorrente alega que não participou da implementação da licitação, homologação à empresa vencedora do certame, medições, pagamentos, planilhas de custos dos itens contidos no objeto e dos aditivos.

162. Inferindo que, em razão de tais atos terem sido de autoria do gestor estadual, não há entre a sua conduta e o débito levantado na decisão recorrida nexos de causalidade.

163. Defende que a Relatoria do Processo 511.00.007.708/96-74 na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, do Conselho Administrativo do DNER, não implica que tenha sido responsável pelo débito, uma vez que era seu ofício tal posição processual por força normativa.

164. Trazendo excerto do Voto do Acórdão 3095/2014-TCU-Plenário, defende que encaminhou o Relato 396/96, porque era parte de suas funções regimentais.

165. Alude à defesa apresentada pelo Sr. José Francisco dos Santos, então Secretário de Obras de Infraestrutura do Estado do Tocantins, que o Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER não propõe a aprovação do Contrato 200/96, apenas submete o Assunto ao Conhecimento do Conselho Administrativo.

166. Informa que toda documentação já estava decidida, pois a licitação das obras e o contrato já estavam aprovados e homologados pela Secretaria de Transportes e Obras de Tocantins, e que o Conselho Administrativo não aprovou os preços, mas o contrato.

Análise

167. Revolvendo o que já foi apontado nesta instrução, a responsabilização do recorrente deve-se à sua conduta, Relator do Processo 511.00.007.708/96-74 na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, do Conselho Administrativo do DNER.

168. Mais precisamente, no que se refere ao recorrente, o nexo que se estabelece para a sua responsabilização sobre evento danoso decorreu da emissão do Relato 396/96, do qual se serviram os demais membros do Conselho Administrativo para deliberarem sobre a aprovação do Contrato 200/96.

169. Conforme já abordado, a conduta do recorrente na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, se imiscui de garantidor da regularidade orçamentária do ajuste que submeteu à aprovação do colegiado administrativo do DNER.

170. Isso porque, na forma reproduzida no item 53 deste texto, o recorrente, na qualidade de titular da diretoria especializada, emitiu opinião acerca da compatibilidade de preços envolvidos no Contrato 200/96 com aqueles então praticados no DNER.

171. Dessa forma, não procede o argumento recursal de que a sua conduta foi desprovida de caráter meritório, porque atuou na forma de parecerista sobre a regularidade do que estava relatando para a aprovação do Conselho Administrativo.

172. Por isso que a alegação de que toda documentação já estava decidida desde o Dertins, com a licitação das obras e homologação pela Secretaria dos Transportes e Obras do Tocantins, não imprime formalidade à conduta de parecerista da qual o recorrente se imbuíu na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996.

173. Em outras palavras, em que pese todo o processo de licitação ter sido realizado no ente estadual, a conduta do recorrente em se posicionar sobre a regularidade orçamentária do Contrato 200/96, desnatura o argumento recursal de que atuou de expediente na insigne sessão.

174. Verifica-se, portanto, improcedente a alegação de mera formalidade de seus atos, em que pese se reconhecer o papel do Dertins e da SETO na homologação e aprovação do Contrato 200/96, uma vez patente o caráter parecerista de sua conduta na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996.



Recorrentes: José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá e Jesus de Brito Pinheiro.

Transcorridos 14 anos entre o fato gerador e as citações, o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário deve ser anulado, porque prescrita a ação de ressarcimento.

Razões Recursais

175. Os recorrentes alegam que, em julgados recentes dos Tribunais Superiores e do TCU, o prazo prescricional, nos casos em que a lei expressamente não tenha positivado exigência específica, passou a ser de cinco anos.

176. Cita as seguintes normas para embasar a tese de prescrição quinquenal: Decreto 20910/32, Lei 8112/90, Lei 8429/1992, Lei 9873/99, e Lei 12846/13.

177. Do Recurso Extraordinário 669.069/MG, destaca a tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Análise

178. Inicialmente, insta lembrar que Ministro-Relator do Recurso Extraordinário 669.069/MG, ao apresentar a tese acerca da prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, trouxe a seguinte ressalva em relação às TCEs tramitadas no TCU e aquelas oriundas das ações de improbidade:

5. No que toca ao pedido de modulação dos efeitos da tese firmada, deve-se reconhecer que, de fato, o Supremo Tribunal Federal havia firmado, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, Dje de 10/10/2008), que o § 5º do art. 37 da CF/88 dispunha serem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário. Contudo, esse precedente tratava de processo de tomada de contas especial que tramitava perante o TCU, controvérsia pendente de apreciação no RE 636.886 (de minha relatoria, Tema 899) e não alcançada pela tese fixada pelo acórdão impugnado. De outra monta, **a leitura dos precedentes prolatados por esta Corte que reproduziam o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário diziam respeito, em sua maioria esmagadora, a atos de improbidade administrativa ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo. Essas discussões também não são abrangidas pela tese firmada no julgado embargado, que, conforme já esclarecido, aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado. (grifo)**

179. Dessa forma, tendo em vista a ressalva apontada no excerto anteriormente reproduzido, de que os débitos oriundos dos Tribunais de Contas e das ações de Improbidade não são alcançados pela tese plasmada no RE 669.069/MG, firma-se pelo não acolhimento da prescrição no presente recurso.

180. Além disso, no MS STF 32201/DF foi assentada a tese de que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei 9873/1999, referente apenas à aplicação de multas, **in verbis**:

20. A aplicação de multas pelo TCU se insere evidentemente no exercício da competência sancionadora da Administração Pública Federal – como, aliás, já expressamente afirmado pelo STF (RE 190985, Rel. Min. Néri da Silveira) –, de sorte que a prescrição da respectiva pretensão punitiva deve ser regida pela Lei nº 9.783/1999.

21. Portanto, não há necessidade de aplicação analógica da Lei nº 9.873/1999 à ação punitiva do TCU, sendo suficiente para a resolução do caso concreto a sua simples interpretação e aplicação direta.

181. Ressalta-se o RE 636886 RG /AL, por meio do qual o STF deu repercussão geral à controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.



182. Na decisão monocrática que reputou constitucional a matéria, o Ministro-Relator, Teori Zavascki, em substância, determinou a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas.

183. Dessa forma, considerando que a discussão administrativa, até a formação do título, não foi alcançada pelo sobrestamento determinado pelo Relator, verifica-se escorreito o prosseguimento do feito.

À época do Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, não havia, por parte dos convênios de delegação firmados pelo DNER, obrigatoriedade de compatibilidade com o Sicro.

Razões Recursais

184. Relembra que a celebração do convênio de delegação não implicava, imediata e automaticamente, transferência financeira, porque somente com a realização dos atos licitatórios e contratuais pelo ente federado, seguido do encaminhamento aos setores competentes para análise e apreciação técnica, pelo DNER, é que redundaria na possibilidade da inclusão no Orçamento Geral da União.

185. Cita dispositivo do Acórdão 1217/2002-TCU-Plenário, Relatoria Min. Marcos Vilaça, para alegar que na área de convênios do DNER não havia autonomia necessária para obrigar os convenientes à observância das disposições regularmente aplicáveis.

186. Considerando que o Sicro 1, criado em 1980, foi revisado e atualizado a partir de 1998, defende que só a partir dessa data é que houve confiabilidade do sistema. Cita o Acórdão 1484/2003-TCU-Plenário, Relatoria Min. Adylson Motta, para ressaltar que entre 1996 e 1998 foi o período de transição do Sicro.

187. Citando o Acórdão 487/2000-TCU-Plenário, Relatoria Min. Humberto Souto, defende que só a partir de 2000 houve obrigatoriedade de análise de compatibilidade de preços contratuais adotados pelos entes federados em convênio de delegação.

Análise

188. A Norma CA/DNER 226/89, peça 37, p. 28-45, trata da descentralização da execução de atividades a cargo do DNER, mediante convênio com outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, do Distrito Federal e do Ministério do Exército.

189. Trata o art. 4º, § 1º, do citado normativo, que quando a descentralização envolver a execução de obra ou serviço de engenharia, será promovida através do instituto de delegação.

190. Por sua vez, está no art. 5º, alínea “a” a seguinte definição de convênio de Delegação: em que o DNER delega a execução de atividades de estudos e projetos, construção, conservação, melhoramento, restauração, pavimentação e obras de arte especiais integrantes de rodovia federal do “Plano Nacional de Viação” (PNV – Setor Rodoviário)

191. Do art. 7º se observa que o convênio e os seus aditivos somente poderão ser celebrados com prévia manifestação das unidades técnicas responsáveis pela execução do programa sobre o Plano de Trabalho ou a sua reformulação e pela Procuradoria Geral do DNER.

192. No art. 34 consta a competência do Conselho de Administração do DNER, quando da prestação de contas.

193. Compilando os artigos anteriormente citados da Norma CA/DNER 226/89, verifica-se o dever do DNER, nos convênios por delegação, em exercer o controle e a fiscalização dos ajustes de tal natureza.



194. Extrai-se que o dever de conduta do DNER sobre os convênios contratados era significativo e amplo, ao ponto de que ao DNER cabia o veto em razão de alguma irregularidade havida.

195. Um sobrepreço, por exemplo, poderia ser aferida a partir da análise dos orçamentos integrantes dos convênios.

196. Observando a prerrogativa de controle daquela autarquia, lúdima a expectativa acerca de sua análise sobre os custos envolvidos em tais ajustes.

197. E por isso se faz interessante analisar a procedência acerca da obrigatoriedade, por parte do DNER, da observância do Sicro à época dos fatos.

198. De fato, consoante alegado nas razões recursais, consta a Decisão 487/2000-Plenário, item 8.1.2, por meio do qual se determinou a obrigatoriedade de observância do Sicro nas delegações analisados pelo DNER:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, DNER que:

(...)

8.1.2. previamente ao repasse de recursos para obras rodoviárias realizadas por entes estaduais ou municipais, mediante delegação de competência, bem como à assunção de obras anteriormente delegadas sem ônus para o DNER, efetue análise da compatibilidade dos preços contratuais com os de mercado;

199. Nesse sentido, poder-se-ia inferir sobre o dever de alinhamento ao Sicro das obras rodoviárias que estivessem a cargo ou sob responsabilidade do DNER, somente após a decisão anteriormente reproduzida.

200. Entretanto, anteriormente às decisões citadas, já havia o dever de observância da proposta mais vantajosa, menor preço, na forma determinada no art. 2º c/c art. 45, §1º, inciso I da Lei 8.666/1993.

201. Depreende-se que o DNER, precursor do sistema de referência Sicro, se instrumentaria de paradigma de sua própria lavra para processar o julgamento das licitações nas quais estivesse envolvido.

202. Dessa forma, conforme asseverado nas razões recursais, a existência do Sicro quando da análise do contrato 200/96 pelo DNER, e, considerando teor da Norma CA/DNER 226/89 acerca do dever de fiscalização, reputa-se a obrigatoriedade de alinhamento ao citado referencial na época do evento danoso.

203. No presente caso, a razoabilidade de aplicação do Sicro se insere no próprio exame de compatibilidade inserto no Relato 396/96, no qual o então Diretor de Engenharia Rodoviária, ao se posicionar sobre a compatibilidade orçamentária do Contrato 200/96, o faz se referenciando aos preços praticados no DNER, isto é, o Sicro.

204. Além disso, acerca do emprego do Sicro nas obras geridas pelo DNER, de forma contemporânea ao evento danoso, exsurge, por exemplo, o Acórdão 20/1996-TCU-Plenário, Relatoria min. Carlos Átila, no qual, a partir de auditoria realizada pela Ciset Ministério dos Transportes, utilizou-se o Sicro como paradigma para analisar licitações ocorridas na extinta autarquia.

205. No mencionado acórdão, consta, em suma, que o Sr. Ministro de Estado dos Transportes, por meio da Portaria nº 684, de 27/12/94, determinou a instauração de Comissão de Inquérito Administrativo para apuração do custo real das obras contratadas em relação aos preços de mercado e aos preços constantes do SICRO (Sistema de Custos Rodoviários).



206. Portanto, observando um ato normativo, emitido pelo então dirigente máximo do Ministério dos Transportes em tempo anterior ao evento danoso, no qual consta a determinação de apuração do custo real de obra tendo como referencial o Sicro, conclui-se pela refutação de que o dever de adoção de que tal paradigma só seria exigível após a Decisão 487/2000-Plenário.

De acordo com as atribuições normativas, os membros do Conselho de Administração do DNER não são responsáveis pelo dano apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário.

Razões Recursais

207. Uma vez que os atos licitatórios de julgamento, homologação e adjudicação da Licitação 178/96-DV foram praticados pelos agentes da SETO, não cabe responsabilização dos membros do Conselho de Administração presentes na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996.

208. Ressaltam que os preços foram analisados pelos setores técnicos do DNER, o controle de legalidade foi exercido pela Procuradoria e o assunto foi submetido ao colegiado sob a forma de parecer emitido pela Diretoria de Engenharia Rodoviária do DNER.

209. Alegam que, à época dos fatos, cabia ao DNER apenas e tão somente duas atuações: aprovação dos projetos e de suas revisões concebidos pelos entes federados, mediante pronunciamento técnico da Procuradoria e das Diretorias especializadas.

210. Defendem que a deliberação do Conselho de Administração possui valor de consentimento institucional para a inclusão das obras pretendidas no Orçamento Geral da União.

211. Alegam que o Conselho de Administração, previamente, não aprova, vincula, ratifica, concorda ou produz análises e pareceres sobre projetos, orçamentos, porque, quando submetidos ao DNER já foram adotados e praticados por outro ente.

212. Elencam o art. 7º do Decreto 1991/96, com as modificações do Decreto 2204, de 9/4/1997, para reafirmar o caráter estratégico e normativo do mencionado órgão colegiado.

Análise

213. Preliminarmente, insta mencionar que, às presentes razões recursais, se incorporam a análise perpetradas nos itens 28-111 da presente instrução, sem prejuízo das seguintes considerações.

214. O Decreto 2204/97, em razão de sua edição em data posterior à Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, não se mostra adequado ao deslinde das atribuições do Conselho de Administração quando do evento danoso.

215. Por sua vez, seguindo a contemporaneidade com a data da citada sessão do conselho administrativo, ao Decreto 61, de 15/3/1991, se reputa mais adequado para a presente análise.

216. Disciplinava o art. 7º do Decreto 61/1991 sobre as atribuições do colegiado do DNER:

Art. 7º Ao Conselho Administrativo compete definir as políticas organizacionais e normas de funcionamento interno do DNER, deliberar sobre seus planos, programas e outras matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional, que lhe sejam submetidas.

217. Por sua vez, o Decreto 1991, de 21/5/1996, que revogou o Decreto 61/91, descreve as competências do Conselho Administrativo do DNER, na forma do art. 7º do Anexo II:

Art. 7º Ao Conselho Administrativo compete definir as políticas organizacionais e normas de funcionamento interno do DNER e deliberar sobre seus planos, programas e outras matérias relativas ao Sistema Rodoviário Nacional que lhe sejam submetidas.

Art. 8º O Conselho Administrativo é constituído pelo Diretor-Geral, que o preside, pelos demais Diretores, pelo Chefe da Assessoria Técnica, pelo Chefe da Assessoria de Planejamento e pelo Procurador-Geral.



Parágrafo único. O diretor-Executivo substitui o Presidente do Conselho Administrativo em suas ausências e impedimentos.

218. De se perceber que o Conselho Administrativo, em razão de seu caráter deliberativo, não produz pareceres ou estudos técnicos, mas, com base neles, decide sobre o que lhes era submetido.

219. Trata-se as razões recursais pertinentes ao assunto verificar a razoabilidade de atribuição de responsabilidade do Conselho que se reuniu Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, sobre o sobrepreço envolvendo o orçamento do Contrato 200/96.

220. Para melhor análise da conduta dos dirigentes em questão, faz-se a releitura o seguinte excerto constante da Ata da Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996:

Os preços foram analisados, sendo os mesmos considerados compatíveis com os praticados pelo DNER. A Procuradoria examinou o instrumento contratual informando que o mesmo atende às exigências da legislação vigente. Assim, o relator submete o assunto ao conhecimento do Conselho Administrativo. APROVADO.

221. Em substância, o colegiado, munido de pareceres jurídico e técnico aprovou, na forma submetida pelo Relator do Processo 51100.007708/96-74, o Contrato 200/96.

222. O nexos entre a conduta do colegiado e o dano apurado na decisão recorrida, qual seja, a aprovação do ajuste e o débito decorrente do sobrepreço no orçamento precedente ao instrumento contratual, se estabeleceu a partir leitura da Ata da Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996.

223. A esse respeito, importa lembrar os termos do Relato 396/96, que ao submeter o Processo 51100.007708/96-74, se posicionou acerca dos valores envolvidos no Contrato 200/96: “compatíveis com os praticados no DNER”.

224. É relevante o fato de os dirigentes responsáveis pela aludida decisão terem à sua disposição o posicionamento emitido pela Diretoria de Engenharia Rodoviária acerca da regularidade orçamentária do que lhes foi submetido.

225. Não se observa se havia, por parte dos responsáveis, dever de revisão das planilhas envolvendo os Contrato 200/96, ou, na falta de norma determinante de tal conduta, a razoabilidade sobre o surgimento de dúvida envolvendo o parecer confeccionado e assinado pelo dirigente da unidade técnica da extinta autarquia.

226. Em outras palavras, não se evidencia descumprimento de dever legal por parte dos responsáveis presentes na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, nem conduta que pudesse ser caracterizada por desarrazoada ou negligente, tendo em vista que a deliberação foi antecedida de posicionamentos das áreas técnicas atinentes à aprovação do Contrato 200/96, a Procuradoria-Geral e a Diretoria de Engenharia Rodoviária.

227. Dessa forma, considerando os procedimentos anteriores à mencionada deliberação, se observa que a responsabilização dos integrantes do conselho de administração, signatários da Ata da Sessão C.A. nº 36, esteja associada a condutas omissas ou negligentes, sobretudo quando subsidiados por atos garantidores da regularidade do que a eles foi submetido, mesmo que o posicionamento sobre a parte orçamentária estivesse errado.

228. Acerca da responsabilização dos membros do Conselho Administrativo, quando supridos de pareceres incompletos ou falhos, novamente se elege o excerto do voto condutor do Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, Relatoria Min. José Jorge, no qual, em síntese, deixou de responsabilizar, a princípio, o colegiado da Petróleo Brasileiro S.A., porque deliberaram munidos de apresentação falha da área especializada daquela estatal.

229. Da passagem do Acórdão 1927/2014-TCU-Plenário, reproduzida no item 118 deste trabalho, em essência, é possível traçar um paralelo com o caso das presentes razões recursais: naquela assentada, o Ministro-Relator, deixou, em princípio, de responsabilizar os membros do



conselho de administração porque verificou omissão na informação que lhes foi repassada acerca do que deliberaram.

230. Por sua vez, quanto à responsabilização do colegiado do DNER em apreço, se verifica que houve falha no parecer que a eles foi disponibilizado acerca da compatibilidade dos valores envolvidos no Contrato 200/96 com aqueles então praticados na extinta autarquia.

231. Nesse sentido, uma vez que, consoante constatado na decisão recorrida, o orçamento envolvido no Contrato 200/96 estava com sobrepreço, o vínculo de causalidade entre a aprovação do ajuste e o evento danoso não dever ser reputado à conduta dos membros do conselho de administração do DNER, porque levados a erro, pela área especializada, sobre a regularidade dos valores contratados.

Em relação às irregularidades encontradas no Contrato 200/96, a responsabilidade cabe ao então Diretor de Engenharia, porque relator do Processo 51100.007708/96-74 na reunião do Conselho Administrativo do DNER Sessão 36, de 25/9/1996.

232. Afirma que à época da Sessão 36, de 25/9/1996, o diretor de engenharia rodoviária do extinto DNER era o Sr. Wolney Wagner de Siqueira, que, por ter sido condutor do voto na reunião do Conselho de Administração, dever ser responsabilizado pelas irregularidades encontradas no Contrato 200/96.

233. Elege os art. 52 e seguintes do regimento interno do DNER, da Portaria 257, de 21/11/1991, para fundamentar as prerrogativas do diretor de engenharia.

234. Afirma que, por não ter sido notificado pessoalmente para recorrer da decisão a quo, deve o presente processo ser considerado absolutamente nulo.

235. Afirma que a tabela Sicro, em princípio adotada pelo extinto DNER e depois pelo DNIT, à época da inquinada sessão, servia apenas como mera referência, sem caráter cogente.

236. Defende que o sobrepreço do Contrato 200/96 deveu-se à distância entre as chamadas jazidas e o local da obra, porquanto existir legislação estadual proibitiva de retirada de materiais em jazidas da grande São Paulo, o que, na sua visão, elevou o preço do objeto licitado.

237. Apresenta voto constante do TC 009.666/2007-3, para fundamentar que, quando o gestor dos recursos não participa dos fatos, não deve ser punido.

Análise

238. Acerca da excludente de responsabilidade fundamentada na relatoria do então diretor de engenharia rodoviária condutor do voto da reunião do Conselho de Administração Sessão 36, de 25/9/1996, ressalta-se que tal alegação já foi enfrentada na análise das razões interpostas pelo Sr. Wolney Wagner de Siqueira.

239. Sobre a nulidade alegada, observa-se que, por meio do Ofício 0983/2015-TCU/SeinfraRodovia, de 10/11/2015, a notificação do ora recorrente acerca do acórdão recorrido foi enviada ao seu procurador, Sr. Bernardo Menicucci Grossi, OAB/MG 97.774, peça 96. O AR consta da peça 120.

240. Ademais, uma vez conhecido o presente recurso de reconsideração por ele interposto à peça 203, com efeito suspensivo, peça 221, não se observa prejuízo ao recorrente, na forma por ele alegado.

241. De fato, do ponto de vista legal, a LDO apenas dispôs dever de observância ao Sicro a partir de 2010, Lei 12.017, de 12/8/2009, no art. 112.



242. Entretanto, consoante já esposado na presente instrução, a imposição do Sicro como sistema de referência de obras rodoviárias já havia sido determinada no Acórdão 20/1996-TCU-Plenário.

243. Ou ainda, a jurisprudência desta Corte indica que o Sicro I é considerado referência de custos rodoviários à época, útil à elaboração de orçamentos para projetos rodoviários e à análise de preços praticados nas obras rodoviárias em geral (Acórdão 296/2004-Plenário, Acórdão 1321/2005-Plenário, Acórdão 11/2006 -Plenário e Acórdão 2068/2006 -Plenário), peça 1, p. 25.

244. Em relação à DMT, as alegações do recorrente, assim como aquelas que se valem do TC 009.666/2007-3 são conjecturas desacompanhadas de razões mínimas e espaçadas, sem estabelecimento de nexo com os fatos nos quais se embasaram a decisão recorrida.

Recorrente: Egesa Engenharia Ltda.

Não se sustenta o débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, uma vez que os preços praticados no Contrato 200/96 foram aprovados pela SETO, DNER e pelo TCU.

Razões Recursais

245. Relata que a proposta em atendimento da Concorrência 178.96-DSV foi objeto de consulta do Dertins ao DNER previamente à emissão da Autorização para o início dos Serviços, no referente à adequação dos preços propostos pela Contratada, tendo encontrado aprovação do DNER.

246. Aponta que os preços praticados no Contrato 200/96 foram também aprovados pela SETO/Dertins e pelo TCE/TO, além do DNER. Lembra que em 1997 a obra foi auditada por esta Corte sem que se tenha apontado qualquer sobrepreço.

247. Alega que não havia outra alternativa senão executar o Contrato firmado em consonância com sua proposta vencedora, que foi aprovada pelo Dertins e pelo DNER. Elegendo julgados dessa Corte, defende que o caso concreto se trata de inexigibilidade de conduta diversa.

248. Reforça tal tese reproduzindo excerto no Relato ao CA 376/96, de 20/9/1996.

249. Aponta a seguinte divergência de análise acerca do sobrepreço realizada entre a Secex/TO e a Secob: segundo a Secex/TO, não houve índice de sobrepreço, mas desconto de até 3,27% em relação à proposta do recorrente; por sua vez, a Secob calculou sobrepreço na ordem de 112,56% do superfaturamento em relação ao Sicro.

250. Apontando peças do presente processo, alega que houve inferências divergentes acerca da metodologia de cálculo utilizada, bem como dos parâmetros e referências para tal, tendo-se, de um lado, a SETO atestando inexistência de índice de sobrepreço, e, de outro, a Secob variando conforme a eleição distinta de parâmetros e referenciais.

251. Trazendo novo comparativo, realizado entre o Sicro 2 e os preços históricos contratuais, devidamente atualizados segundo os mesmos critérios utilizados por esta Corte, chega a um desconto de 20,81%.

252. Em suma, informa as seguintes omissões na metodologia aplicada no acórdão recorrido:

- inclusão do fator amazônico, que gerou aumento de 15% nos preços de referência;
- aplicação da taxa de encargos sociais de 236,99% ao custo da mão de obra, incidência de BDI de 48,04%;
- inclusão na curva ABC dos serviços de hidrossemeadura e fornecimento de aço, utilização das composições de custos unitários constantes do Sicro 2 com os custos unitários dos equipamentos, mão de obra e materiais constantes da tabela Sicro 1, de julho de 1996;



- conversão de m² para m³ concernentes ao serviço auxiliar de hidrossemeadura, utilização de composições de custos unitários de terraplenagem que contemplem carregadeira de pneus em suas patrulhas, aplicação desse adicional sobre o valor da mão de obra acrescida dos encargos sociais, conforme metodologia do Sicro 2;

Análise

253. No Relatório precedente ao Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, peça 1, p. 3, consta que o Contrato 200/96, no valor originalmente contratado de R\$ 20.540139,09, com data base de julho de 1996, e, ulteriormente aditado, elevou-se para R\$ 23.641.840,77.

254. Em cumprimento ao item 9.5 do Acórdão 1777/2004-TCU-Plenário, Relatoria Min. Augusto Sherman, realizou-se monitoramento de conformidade no Dertins e na 23ª Unidade de Infra-Estrutura Terrestre em Tocantins –DNIT/UNIT/TO. Realizada pela Secex/TO, com relação aos preços contratados, foi realizada a comparação com os do Sicro II, do qual se concluiu que, peça 1, p. 4, “as variações médias dos preços contratados com a empresa Egesa Engenharia S.A., em cotejo com os preços do Sicro II, ajustado às peculiaridades das obras da rodovia BR 230/TO, situam-se dentro dos critérios de aceitabilidade praticados no mercado, elidindo os indícios de sobrepreço e/ou superfaturamento”.

255. Entretanto, considerando divergências existentes entre as propostas dos analistas e do Sr. Secretário da Secex/TO, bem como a previsão contida no subitem 9.5.1 do Acórdão 1777/2004-TCU-Plenário no sentido de que os trabalhos relativos ao contrato 200/96 fossem efetuados sob a supervisão da Secob, os autos foram encaminhados àquela unidade especializada para pronunciamento.

256. Em suma, a Secob, inicialmente, ao efetuar a comparação dos preços contratados com os do sistema Sicro I, na data-base de julho de 1996, apontou para o superfaturamento na ordem de R\$ 8.478.510,23.

257. Conforme explica o Ministro-Relator no voto condutor do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, peça 1, p. 26, a análise da Secob preponderou sobre aquela inicialmente realizada pela Secex/TO, porque essa foi realizada com paradigma inadequado:

11. Faço essas considerações porque entendo que a apuração realizada pela Secex/TO tomando como parâmetro o Sicro de agosto de 2004 não foi apropriada. A metodologia adotada, com a correção dos valores do contrato a partir da data-base de julho/1996, até 2004, utilizando o Índice Nacional de Custos da Construção — INCC da Fundação Getúlio Vargas, não garante a confiabilidade dos resultados.

12. Esse tipo de comparação, em períodos longos, como no caso em tela, pode ocasionar graves distorções nos resultados. Além disso, como observou a Secob, "o INCC/FGV não parece ser o mais adequado a ser aplicado indistintamente para os serviços de obras rodoviárias, tendo em vista tal índice ser concebido com a finalidade de aferir a evolução dos custos para construção civil - habitações. Portanto, caso tal comparação por meio de retroação seja viável (para pequenos períodos de diferimento), deve ser feita com a utilização de índices específicos para obras rodoviárias".

13. A apuração realizada pela Secob utilizou para o cálculo do sobrepreço o Sicro relativo à época do contrato, com ajustes relacionados à exclusão dos serviços que não possuem similaridade com serviços do Sicro e dos serviços não especificados no contrato. Ainda assim, foram abrangidos 68% do total medido (R\$ 16.010.644,07).

14. Utilizando esses parâmetros, a Secob apurou, no total avaliado, um superfaturamento de R\$ 8.478.510,23, correspondendo a 112, 56% de superfaturamento em relação ao Sicro. Na realidade, esse cálculo foi bastante conservador e o valor obtido representa o valor mínimo do superfaturamento ocorrido no contrato. Assim, considerando as dificuldades de apuração para os itens restantes, em razão de não constarem do Sicro e em razão de as outras fontes de consulta de



preços da época não terem o detalhamento requerido para a exatidão dos cálculos, entendendo que o cálculo conservador da Secob deva ser adotado para a quantificação do débito.

258. Vê-se, assim, o embasamento do débito apurado na decisão que determinou a conversão dos presentes autos em TCE, Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, peça 1, p. 29-30, se firmou pelo superfaturamento na ordem de R\$ 8.478.510,23, correspondendo a 112, 56% de superfaturamento em relação ao Sicro.

259. Dessa forma, descabe a alegação de que houve, por parte desta Corte, julgado acerca da regularidade das planilhas envolvidas no Contrato 200/96. Isso porque o primeiro posicionamento por parte da Secex/TO, acerca da regularidade dos valores envolventes ao referido ajuste, foi, de forma fundamentada, refutada pela então Secob e pelo Ministro-Relator do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário.

260. Acerca da alegação de que houve manifestações da SETO/Dertins e do TCE/TO, além do DNER, sobre a regularidade dos valores envolvidos no Contrato 200/96, insta lembrar que esta Corte, na forma prevista no art. 70 e seguintes da Constituição Federal, goza de independência na sua missão institucional. Exemplo disso, está no Enunciado do Acórdão 1445/2015-2ª Câmara, Relatoria Ana Arraes:

A aprovação das contas do gestor no âmbito do controle externo estadual não gera qualquer impacto sobre o juízo do TCU, em razão da divergência entre as matérias examinadas em cada esfera federativa e da independência de atuação do TCU e sua jurisdição sobre os recursos de origem federal.

261. Ou ainda, na forma exarada no Voto condutor do Acórdão 1424/2017-TCU-Plenário, Relatoria Min. Vital do Rêgo, a independência do TCU em sua missão constitucional foi assim explicada:

15. Também não prospera o argumento de que a apuração de sua responsabilidade já transitou em julgado no âmbito administrativo. O princípio da independência das instâncias possibilita que o TCU decida de forma autônoma sobre as questões que lhes são afetas, sem a necessária vinculação às eventuais manifestações administrativas e judiciais, salvo sentença penal transitada em julgado que negue a existência do fato ou sua autoria.

262. Verifica-se, dessa forma, que as alegações de regularidade emanadas por outros entes da administração pública não vinculam as decisões dessa Corte, sobretudo quando, na forma reproduzida no item 242 do presente texto, houve o firme entendimento acerca do débito ocorrido no Contrato 200/96.

263. No que tange à utilização do Sicro II, defendida pelo recorrente como o correto paradigma para analisar as planilhas envolvendo o Contrato 200/96, insta reproduzir a seguinte passagem presente no Memo. nº 1.307/2006 CGCONT/DIT, peça 2, p. 1:

A Coordenação-Geral de Construção Rodoviária, no uso das atribuições que lhe confere o Artigo 32 do Regimento Interno do DNIT, esclarece que o SICRO 2 foi efetivamente implantado em 2003. Em junho de 2003, foi criado o Manual do SICRO 2 e em Dezembro de 2003, foi efetivada a sua implantação com um acréscimo de mais de 600 composições que antes não estavam contempladas. A evolução desta implantação pode ser comprovada pelo acompanhamento das publicações do Manual de Custo Rodoviário e das tabelas mensais disponíveis na internet.

264. Isso posto, questiona-se o cabimento do Sicro II, mesmo que com preços históricos, uma vez que tal paradigma só foi implantado em 2003, aproximadamente 7 anos após o evento danoso.

265. Contudo, uma vez que no Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário foi utilizado o Sicro I, com data-base de julho/1996, a análise realizada pela Secob se mostra mais próxima da realidade.

266. Ademais, voltando ao texto do Memo. nº 1.307/2006 CGCONT/DIT, peça 2, p. 3, veja-se que o Sicro I e o Sicro II não possuem tantas discrepâncias, o que faz da metodologia da Secob se posicionar pela correção de seus cálculos:

SICRO 2 só existe, de fato, a partir de Dezembro de 2003.

As tabelas calculadas e divulgadas entre outubro de 2000 e Dezembro de 2003, se aproximam mais do SICRO 1, sendo que a única alteração foi o deslocamento dos transportes dos insumos das composições auxiliares para as composições principais.

267. Portanto, a utilização do Sicro, na forma elaborada pela unidade técnica e acolhida no Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, além de mais contemporâneo ao evento danoso, também se mostra adequado quando se observa a manifestação do Dnit acerca de sua proximidade com o Sicro II.

A utilização do Sicro 1 como paradigma do débito apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, em que pese ajustado às características e peculiaridades do empreendimento em questão, não era utilizado, formalmente, como teto para a aferição de preços unitários em certames públicos, à época do fato gerador, ano 1996.

Razões Recursais

268. O recorrente relata que, uma vez que não havia obrigatoriedade de utilização do Sicro I para os certames licitatórios, a prática normal, à época do fato gerador do débito em questão, era que o projetista elaborasse as composições de preços para as condições e particularidades de cada obra.

269. Afirma que apenas com a determinação de que o Sicro passaria a ser referência para fins de comparação, foi que se criou o Sicro II e se procedeu à elaboração de processos mais apurados de cotações e elaboração de composição de custo, que só foi implantado no final de 2003.

270. Cita excerto do voto condutor do Acórdão 166/2004-TCU-Plenário, Relatoria Min. Adylson Motta.

Análise

271. Acerca da obrigatoriedade do Sicro nas licitações promovidas pelo extinto DNER, exsurge a seguinte passagem constante do Relatório precedente ao Voto do Acórdão 20/1996-TCU-Plenário, Relatoria Min. Carlos Átila:

O Diretor-Geral da Autarquia, em sua manifestação (Volume II, fls. 208/209), acatou as conclusões da referida Comissão, determinando a suspensão do contrato até o término das investigações realizadas pelo Ministério, ressaltando que "o trecho estradal, objeto do Contrato sob investigação, se encontra incluído no Edital de Licitação da Concessão da Rodovia Presidente Dutra, nº 0291-93 fase III que está sendo lançado nesta data - 08/12/94. Em sendo assim não vemos por que continuar mantendo o referido Contrato, fazendo a duplicação com recursos financeiros oriundos do Orçamento da União, uma vez que será executado com recursos da iniciativa privada."

Diante da divergência entre o relatório da CISET e o da Comissão de Inquérito do DNER, o Sr. Ministro de Estado dos Transportes, por meio da Portaria nº 684, de 27/12/94 (Volume II, fls. 270), determinou a instauração de Comissão de Inquérito Administrativo para apuração do custo real das obras contratadas em relação aos preços de mercado e aos preços constantes do SICRO (Sistema de Custos Rodoviários).

272. Chama atenção, da passagem acima reproduzida, que o Sicro, anteriormente à época do evento danoso, já era mencionado como o paradigma para apuração do custo real de obras contratadas no DNER.

273. Tanto que houve, por parte do Ministro dos Transportes a determinação, por meio da Portaria nº 684, de 27/12/94, conforme já mencionado, menção do Sicro como referência de apuração do custo real das obras contratadas em relação aos preços de mercado.

274. Veja-se que a alegação recursal que se utiliza da tese da discricionariedade da aplicação do Sicro como referencial para obras rodoviárias, quando da licitação do objeto do Contrato 200/96,

não se sustenta quando, por exemplo, anterior ao inquinado certame, se constata um ato normativo, cujo conteúdo se refere ao mencionado paradigma para apuração do custo real de obras contratadas no DNER.

275. No que se refere ao Acórdão 166/2004-TCU-Plenário, Relatoria Min. Adylson Motta, não se observa nele passagem acerca da discricionariedade de emprego do Sicro 1. Pelo contrário. Trata-se de caso concreto de um orçamento elaborado em 1989, quando se iniciou a atualização e complementação do mencionado referencial, que passou a se chamar Sicro 2, tendo sido introduzidos novos equipamentos e acrescentadas novas composições de custos, com a revisão daquelas já existentes.

276. Dessa forma, entendeu o Ministro-Relator que, à época das licitações então analisadas naquela decisão, editais nos 990/96, 216/96 e 001/96, não deveria o Sicro 1 ser adotado como único parâmetro.

277. Em suma, o Ministro-Relator, considerando que somente a partir de out/2000 é que o sistema passou a emitir relatórios de custos com periodicidade mensal, referenciados aos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gérias, Rio Grande do Sul e às regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sul, ponderou pela falta de confiança do Sicro 1, como único parâmetro para avaliar licitações durante período de atualização e complementação do mencionado referencial, **in verbis**:

A partir de 1998, iniciou-se, então, nova atualização e complementação do *Sicro* 1, que passou a se chamar *Sicro* 2, tendo sido introduzidos novos equipamentos e acrescentadas novas composições de custos, com a revisão daquelas já existentes. Tal atualização e reestruturação não foi possível de serem feitos instantaneamente, ficaram pendentes de implantação e operacionalização por cerca de 2 anos. Somente a partir de out/2000 é que o sistema passou a emitir relatórios de custos com periodicidade mensal, referenciados aos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gérias, Rio Grande do Sul e às regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sul.

Ante essa nova realidade, este Tribunal vem determinando ao DNIT que busque a compatibilidade dos preços a serem contratados com aqueles constantes no *Sicro* 2, utilizando-o, inclusive, para apuração de eventual sobrepreço. Este Plenário, na época que apreciou a auditoria operacional (Acórdão 267/2003, Ata 10/2003), entendeu por bem recomendar ao DNIT, dentre outras, que regulamentasse, para as licitações de obras rodoviárias, a obrigatoriedade de utilização dos preços referenciados pelo *Sicro* 2 na elaboração dos orçamentos; bem assim a obrigatoriedade de justificação dos critérios de aceitabilidade de preços unitários e global adotados, em confronto com os preços referenciados pelo *Sicro* 2.

Ainda assim, tem este TCU deixado assente que os valores constantes na tabela *Sicro* 2 não devem ser entendidos como imutáveis, podendo ser admitidas circunstâncias que justifiquem a adoção de valores diferentes daqueles lançados no Sistema. Entretanto, também tem alertado esta Corte de Contas, que tais circunstâncias devem ser devidamente explicitadas, observando-se exatamente o princípio da motivação dos atos administrativos, que, aliás, deve ser resguardado na prática de qualquer ato administrativo (TCs 003.416/1999-2, Acórdão 335/2003-P; 005.070/2001-6, Decisão 1088/2001-P; 003. 719/2001-2, Decisão 417/2002-P; TC 003.719/2001-2 Decisão 417/2002 - P).

Destarte, considerando-se a época da realização das licitações em pauta, entendo não ser razoável que se alegue a ocorrência de sobrepreço, quando são adotados, unicamente, os valores do *Sicro* 1 como parâmetro. Assim, com as vênias de estilo por discordar do entendimento da Unidade Técnica, penso que, com os dados constantes dos autos, não se pode indicar com desejável segurança qual o percentual de eventual sobrepreço nas licitações realizadas.

278. A princípio, o sobrepreço apurado na decisão **a quo** seria alcançado pelo entendimento anteriormente reproduzido acerca da confiabilidade do Sicro I durante o seu período de atualização e complementação.

279. Entretanto, uma vez que tal fundamentação, qual seja, a falta de segurança para utilização do Sicro I, no período do débito apurado na decisão **a quo**, já havia sido empregada em outro momento processual, exsurge a análise elaborada pela unidade técnica, peça 91, p. 35-36:

2.9 O trecho do voto condutor do Acórdão nº 166/2004-Plenário, bem como do relatório que embasou o Acórdão nº 1.438/2005-Plenário – mencionados pela equipe – citando a falta de confiabilidade nos preços do Sicro 1 como critério de apontamento de sobrepreço, não parecem transparecer o pensamento dominante a respeito do tema neste Tribunal. Em sentido contrário, diversas têm sido as manifestações positivas em relação à utilização da referência de preços do DNER (hoje DNIT). Cabe citar o voto do Ministro Relator Humberto Guimarães Souto no Acórdão 1050/2003 – Plenário:

(...) ‘Assim, o presente levantamento de auditoria, que atendeu ao subitem da retrocitada decisão, confirmou os indícios de sobrepreço, que variaram de 63% da 83% nos contratos analisados, tomando-se como referência o Sistema Sicro. Acrescente-se que, no âmbito desta Corte, eventuais dúvidas quanto à utilização do referido sistema para efeito de quantificação de eventuais sobrepreços em obras públicas foram superadas, razão pela qual este Tribunal o tem utilizado como referencial em diversas decisões (Acórdãos 198/2000 - Plenário, 67/2002 - Plenário e 40/2003 - Plenário, entre outros).’ (...) (grifos nossos).

280. Também, ressalta-se que a unidade técnica especializada, diante da assertiva sobre a incompatibilidade entre o Sicro I e o Sicro II, realizou composições desse último com preços unitários do Sicro I, concluindo por pequena discrepância nos valores obtidos, quando comparados com a composição Sicro I/julho/96, peça 91, p. 21:

2.11 Além disso, parece não ser correta a assertiva de que o Sicro 1 e o Sicro 2 são incompatíveis. Conforme pode ser verificado, ao se utilizar composições do Sicro 2, mas com preços unitários do Sicro 1, são verificadas discrepâncias relativamente pequenas nos preços obtidos, decorrentes das pequenas alterações de produtividade e inclusão de equipamentos que o Sicro 2 adota.

281. Logo, uma vez mínimas as diferenças entre o Sicro I e o Sicro II, consoante resumo dos resultados obtidos à peça 64, a alegação da falta de confiabilidade do Sicro I, durante o período da orçamentação do Contrato 200/96, não deve ser acolhida.

Diante da similaridade entre a TCE recorrida e o TC 006.653/2000-4, afigura-se razoável a reforma do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário à luz do Acórdão 1438/2005-TCU-Plenário, Relatoria Marcos Bemquerer.

Razões Recursais

282. Alude ao TC 006.653/2000-4, para alegar que os critérios para os estudos elaborados pela Secex/TO são os mesmos para os estudos presentes nos autos da decisão recorrida.

283. Alegando que grande parte das obras do contrato 200/96 foram executadas entre os anos 1998 e 1999, relembra que neste período se encontravam vigentes os dois contratos tratados no TC 006.653/2000-4. Defende que, em razão de os preços desses dois contratos serem os mesmos quando comparados na mesma data, não há razões que se justifiquem os apontamentos de irregularidades nos preços do contrato 200/96, posto serem os mesmos praticados nos contratos 002, 003, 004, 005 e 006/99, tratados naquele TC.

284. Observa que, na decisão recorrida, não houve manifestação do Diretor da Secob, e que o auditor daquela unidade instrutiva, na alegação de indícios de sobrepreço, anotou serem necessários ajustes e adequação do Sicro 1 às particularidades da obra.



Análise

285. Inicia-se pela alegação de que na decisão recorrida, não houve manifestação do Diretor da Secob, e que o auditor da Secob, na alegação de indícios de sobrepreço, anotou serem necessários ajustes e adequações do Sicro 1 às particularidades da obra.

286. Quando a TCE recorrida foi pautada, Sessão Plenária de 1/6/2011, houve, com base no art. 119 do RITCU, suspensão da votação, em razão do pedido de vista do Ministro Augusto Nardes.

287. Na condição de Revisor, o Ministro Augusto Nardes solicitou novo cálculo do débito até então apurado, peça 49.

288. Em cumprimento, a unidade especializada realizou o recálculo do débito em relação ao Contrato 200/96, peça 66, do qual, de forma contrária ao alegado pelo recorrente, constou da anuência do Sr. Diretor da então SecobRodov, peça 67, e do Secretário, peça 68.

289. Além disso, no que se refere à metodologia empregada para o recálculo, ressalta-se que a unidade técnica, para compor as planilhas de cálculos de débito, peças 62 a 65, realizou os seguintes procedimentos: comparação de preços; composição do Sicro2 com custos do Sicro1 de julho/1996; composição do Sicro2 de novembro/2013; e composição do Sicro1 de julho/1996.

290. Refeito os cálculos, a unidade técnica firmou pelo débito de R\$ 4.395.796,78, peça 66, p. 4, o qual foi adotado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, peça 87.

291. Acerca do TC 006.653/2000-4, anota-se a deliberação constante da parte dispositiva do Acórdão 1438/2005-TCU-Plenário, Relatoria Min. Marcos Bemquerer:

9.2. comunicar à Comissão de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, enviando-lhe cópia deste Acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, que foram elididos os indícios de sobrepreço que pesavam sobre os contratos 02/99, 03/99, 04/99, 05/99 e 06/99, celebrados entre a Secretaria de Infra-estrutura do Estado do Tocantins e as Empresas Egesa Engenharia S.A., CCM - Construtora Centro Minas Ltda., Construmil - Construtora e terraplenagem Ltda., EIT - Empresa Industrial Técnica S.A., Via Engenharia S.A., respectivamente, referentes às obras de construção da Rodovia BR-242, trecho Peixe-Paraná-Taguatinga, objeto das comunicações feitas à referida Comissão por meio dos Acórdãos nº 1.777/2004 - Plenário e nº 923/2005 - Plenário, inexistindo, dessa forma, quaisquer óbices, por parte desta Corte, ao imediato desbloqueio dos recursos orçamentários que forem destinados às referidas obras;

292. Para melhor entendimento sobre os fundamentos que levaram à deliberação acima reproduzida, revela-se importante revisar os seguintes termos do Acórdão 1777/2004-TCU-Planário:

9.4. determinar ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - Dnit que:
9.4.1. realize orçamento detalhado das obras rodoviárias referentes aos contratos 002, 003, 004, 005 e 006/99, executados por meio do convênio DNER PG-040/98, celebrado com a Secretaria de Infra-estrutura do Estado do Tocantins - Seinf, no prazo de noventa dias, observando as seguintes diretrizes:

9.4.1.1. o orçamento deverá utilizar a estrutura e composições de preços do Sicro;
9.4.1.2. os preços a serem utilizados para comparação deverão ser os estabelecidos no Sicro para a data-base dos contratos, Novembro/99;

9.4.1.3. para eventuais itens ou subitens que não possuam referência de preço no Sicro, deverá ser demonstrada a compatibilidade dos preços contratados com os de mercado. No caso de preços de insumos deverá ser indicada além da cotação, a procedência e a fonte de consulta de preços;
9.4.1.4. na ocorrência de preços unitários que sejam superiores ao referencial estabelecido na alínea (b), decorrentes de alteração na composição de seus insumos, estes deverão ser devidamente justificados e demonstrados por meio de planilhas;

9.4.1.5. deverão ser informadas e justificadas eventuais distâncias de transporte adotadas que não atendam às indicações de projeto;



9.4.2. após concluída a elaboração dos orçamentos determinada no item 9.4.1, e com o concurso formal da Gerência de Custos Rodoviários - GRC, verifique a adequação dos preços contratados com tais orçamentos;

9.4.3. após a análise estabelecida no subitem 9.4.2, caso verifique discrepância entre os preços contratados e os preços orçados, imponha, como condição para o repasse de recursos pelo convênio DNER PG-040/98, Siafi nº 380.564, que a Secretaria de Infra-estrutura do Estado do Tocantins - Seinf adote, no prazo de noventa dias, as medidas necessárias junto às empresas contratadas para a revisão dos preços dos contratos, bem como adote as medidas cabíveis para ressarcimento dos pagamentos já efetuados, mediante o desconto das quantias pagas a maior das medições posteriores, devidamente corrigidas monetariamente;

9.4.4 encaminhe ao TCU ao final do prazo de noventa dias estabelecido no subitem anterior, todo o estudo de preços realizado, incluindo as composições de custos unitários, cálculos de produções de equipes mecânicas e todas as justificativas técnicas que deram suporte à análise, inclusive as justificativas mencionadas no subitem 9.4.1";

(...)

"9.5. determinar à Secex/TO que:

(...)

9.5.4. Avalie a adequação dos orçamentos determinados no subitem 9.4.1, a serem elaborados pelo Dnit, referentes aos contratos 002, 003, 004, 005 e 006/99, bem como adote as providências necessárias ao saneamento das irregularidades relacionadas a sobrepreço, caso sejam confirmadas".

293. Sobre as determinações feitas ao Dnit, no sentido da elaboração de orçamento detalhado das obras previstas nos Contratos 002, 003, 004, 005 e 006/99, a autarquia encaminhou à Secex/TO o atendimento dos item 9.4 e subitens.

294. Além disso, as contratadas enviaram estudos sobre o assunto, sendo que um desse foi realizado pela consultora pertencente ao Sistema Pini - Pini Serviços de Engenharia.

295. Essencialmente, na elaboração desses orçamentos de referência, a Pini considerou que os custos referentes aos Equipamentos de Proteção Individual - EPI deveriam ser incluídos, bem assim os de mobilização e desmobilização, que não constavam da versão anterior do Sicro (Sicro I). As condições climáticas consideradas adversas para as obras em comento também foram levadas em conta no estudo da Pini.

296. Por sua vez, as contratadas apresentaram os seus estudos com base no Sicro, data-base 08/2004, sem qualquer adaptação, a não ser as que o próprio Dnit efetuou no referido sistema de modo a torná-lo mais conforme à realidade das obras rodoviárias.

297. A Secex/TO, anuindo com o uso das composições do Sicro II, considerou válido o primeiro dos estudos elaborados pelas empresas contratadas, consistente na aplicação das tabelas do Sicro, apenas com as alterações nele introduzidas pelo Dnit em julho de 2004.

298. Além disso, a mencionada unidade técnica elaborou algumas planilhas comparativas, nos mesmos moldes em que foram elaboradas as daquele primeiro estudo das contratadas. O estudo comparou 88% dos serviços contratuais, resultando que o valor global de cada contrato é inferior ao obtido pelo Sicro, embora alguns preços unitários se mostrem bastante elevados em relação ao apontado por aquele sistema.

299. Em resumo, a Secex/TO, no relatório que precede o Acórdão 1438/2005-TCU-Plenário, assim fundamentou a desconstituição do sobrepreço, que até então se firmava nos contratos em questão:

21. Analisando os documentos encaminhados pelo Dnit, a unidade técnica entende que "a partir da devida adaptação dos preços unitários constantes do sistema Sicro II à realidade das obras, não se observam preços unitários sobremaneira elevados", concluindo, em síntese, que os indícios de sobrepreço não foram confirmados neste processo.



300. Veja-se que a unidade especializada considerou a aplicação do Sicro II à realidade das obras, para refazer os cálculos e chegar à conclusão sobre a inexistência de sobrepreços nos cinco contratos em questão.

301. Consoante já exposto na presente instrução, a unidade instrutiva, em cumprimento à determinação do Ministro-Revisor, ao recalculer o débito referente ao Contrato 200/96, compôs custos com base nas seguintes metodologias: comparação de preços; composição do Sicro2 com custos do Sicro1 de julho/1996; composição do Sicro2 de novembro/2013; e composição do Sicro1 de julho/1996.

302. Verifica-se que, no presente caso, houve, de forma similar ao que se procedeu no Acórdão 1438/2005-TCU-Plenário, composição com o Sicro II, seja com custos do Sicro I de julho/1996, seja com a composição do Sicro2 de novembro/2013.

303. Entretanto, no caso da decisão **a quo**, de nenhuma dessas metodologias resultou o desmanche do débito, que até então se vinha firmando.

304. Pelo contrário, houve a confirmação, porque comparado com outros paradigmas e suas respectivas modificações, peça 66, p. 3-4:

11. Adotando-se as composições do Sicro2 e a respectiva metodologia de cálculo de preços unitários aos custos do Sicro1, Região Norte, julho/1996 (peça 62, p. 3-180), acrescendo-se 3,5% aos custos operativos dos equipamentos em face do preço dos combustíveis já adotado na instrução de mérito (peça 10, p. 11-12), o recálculo do débito apurou o valor de R\$ 4.695.763,90 (peça 62, p. 2), julho/1996, e de R\$ 5.086.176,66 (peça 62, p. 1), com os reajustes contratuais.

(...)

16. Sabe-se que a metodologia adotada pelo Sicro2, em que pese haja uma incidência indevida do adicional sobre os encargos sociais, o valor indevido compensa o fato de esse mesmo adicional não ser contabilizado no custo operacional dos equipamentos.

17. Sendo assim, fez-se o recálculo do débito considerando o adicional sobre a mão de obra sem os encargos sociais (peça 63, p. 3-180), para fins de comparação, tanto para o custo da mão de obra quanto para o custo operacional dos equipamentos, obtendo-se o débito de R\$ 4.586.427,03 (peça 63, p. 2), julho/1996, e de R\$ 4.963.987,44 (peça 63, p. 1), com os reajustes contratuais.

18. Conforme se nota, esse valor de R\$ 4.586.427,03 (peça 63, p. 2), é próximo do valor de R\$ 4.695.763,90 (peça 62, p. 2), razão pela qual a metodologia adotada pelo Sicro2 não se mostra inadequada para fins de elaboração de orçamento paradigma.

19. No entanto, conforme solicitado (peça 49), efetuou-se o recálculo considerando-se a incidência do referido adicional sobre o custo da mão de obra com os encargos sociais (peça 64, p. 3-180), tanto para o custo total dos equipamentos quanto para o custo total da mão de obra, obtendo-se os valores para o débito de R\$ 4.069.772,88 (peça 64, p. 2), julho/1996, e de R\$ 4.395.796,78 (peça 64, p. 1), com os reajustes contratuais, utilizando os insumos brita e areia produzidos.

20. Sendo assim, o valor do recálculo do débito, conforme solicitado por meio do Despacho (peça 49), considerando brita e areia produzidos, totaliza R\$ 4.395.796,78 (peça 64, p. 1-180), discriminado nas seguintes datas, conforme tabela a seguir:

305. Dessa forma, considerando que houve, por parte do acórdão recorrido, o recálculo do débito a partir do Sicro 2, como se fez no Acórdão 1438/2005-TCU-Plenário, a alegação de que se deveria aplicar ao presente caso o que se fez na mencionada decisão se mostra equivocada, quando se observa que houve, por parte da unidade instrutiva, análise comparativa de caráter semelhante ao que pretende o recorrente.

O Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário está em contradição com os posicionamentos das unidades técnicas do TCU.

306. O recorrente alega haver contradição entre os posicionamentos acerca do sobrepreço do Contrato 200/96, sob o fundamento de que, não obstante a Secex/TO ter apontado a inexistência de irregularidades nas planilhas orçamentárias do mencionado ajuste, a Secob, de forma contrária, concluiu pela incidência de valores acima do Sicro nos valores constantes daquele contrato.

307. O recorrente questiona qual a análise deve prevalecer: se a realizada pelo Dner à luz da aprovação consultiva do Dertins, a análise conclusiva da Secex/TO ou a concluída pelo Secob.

308. Insurge-se contra o que chama de “liberalidade infundada”, que, a seu ver, se caracteriza pela prevalência da tese da Secob sobre o entendimento do DNER o do Dertins a respeito das considerações e circunstâncias de utilização do Sicro I e do Sicro II.

Análise

309. Em parecer emitido pela unidade técnica, peça 66, p. 1, realizado para emissão de novo cálculo de débito, houve, entre outras, as seguintes premissas:

Consideração do preço de referência dos materiais betuminosos do SICRO/Norte/jul/1996/Belém (item I-f);

Consideração do preço do aço igual ao do SICRO/Norte/jul/1996, somado à distância de transporte até Belém (item I-j);

utilizou-se como custos dos equipamentos, mão de obra e insumos os valores constantes das respectivas tabelas do Sicro1, Região Norte, julho/1996 (peças 60 e 61);

considerou-se como custo de alguns equipamentos e alguns insumos o custo constante da tabela Sicro2, Região Norte, outubro/2000, retroagindo-se esses custos para julho/1996 com base nos Índices de Reajustamento de Obras Rodoviárias específicos, publicados pela FGV, em razão de não constarem das tabelas do Sicro1, Região Norte, julho/1996

310. As planilhas de débito foram assim agrupadas, peça 66, p. 3: comparação de preços; composição do Sicro2 com custos do Sicro1 de julho/1996; composição do Sicro2 de novembro/2013; composição do Sicro1 de julho/1996; e planilhas de individualização dos débitos por medição

311. De se perceber que, contrariamente ao afirmado pelo recorrente, não houve liberalidade de escolha nos critérios utilizados para o cálculo de sobrepreço do Contrato 200/96, porque realizadas composições variadas e plurais no que diz respeito aos paradigmas, justamente para identificar a coerência das metodologias utilizadas.

312. Acerca do questionamento do que se deve prevalecer, se a análise da Secex/TO ou da unidade instrutiva, relembra-se que as instruções emitidas pelas unidades técnicas do TCU não têm carácter vinculativo frente às decisões do pleno deste Tribunal.

313. Ademais, a prolação da decisão recorrida foi instrumentalizada na correta acepção do débito calculado, quando, em acolhimento ao pedido de revisão do Ministro Augusto Nardes, procederam-se novos cálculos de certificação do **quantum** imputado aos recorrentes.

314. Dessa forma, descabida a reforma da decisão recorrida sob o fundamento de divergência de pareceres das unidades técnicas deste Tribunal, dada a soberania do Colegiado frente ao posicionamento das secretarias especializadas, sobretudo quando se verifica que a decisão recorrida foi permeada de estudos e conclusões fundamentadas.

A aplicação do Sicro, que não prevê interferência das chuvas, na forma utilizada no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, significou erro no sobrepreço calculado, porque os seus reais efeitos não foram devidamente considerados.

315. O recorrente questiona como é possível que o Sicro, que não prevê qualquer interferência de chuva, pode sofrer um acréscimo tão pequeno nos custos de execução dos serviços, ao se considerar os tais efeitos da chuva, como a paralisação de serviços de pavimentação e aplicação de matérias betuminosas.

316. Alega que os reais efeitos nos custos dos serviços decorrentes das chuvas ficam prejudicados no comparativo elaborado pela unidade técnica, porque foram aplicados apenas parte do método indicado pela Centran, caracterizando.

317. Apresenta gráfico dos impactos decorrentes das paralisações de obra no cronograma originalmente contratado, peça 183, p. 21.

Análise

318. Inicialmente, acerca da chuva, como fator de improdutividade nas obras rodoviárias, impõe reproduzir o seguinte excerto constante do relatório precedente ao acórdão recorrido, peça 91, p. 48-49:

170. Em uma interpretação mais imediata, a chuva constaria como evento da natureza a impedir – ou atrasar – a execução de alguns serviços. A conseqüente dilatação do prazo da obra se enquadraria, portanto, como força maior e o contratado faria jus à remuneração proporcional ao seu aumento de encargos com a administração local.

171. Mas em uma análise mais cuidadosa, no caso de chuvas ordinárias, não se trata de eventos imprevisíveis e, assim, não são passíveis de enquadramento nos ditames do art. 65, II, d). Veja-se entendimento do renomado Marçal Justen Filho:

‘O evento deverá ser excepcional e imprevisível. Quando se trate de ocorrências usuais, comuns e previsíveis, não há força maior. Os envolvidos podem, de antemão, estimar a superveniência do evento, preparando-se para tanto. Se o evento era costumeiro e previsível, presume-se que o particular teve em vista sua concretização ao formular a proposta. Assem, por exemplo, a estação de chuvas, em determinados locais do país, inviabiliza a execução de certas atividades. Porém, a ocorrência de chuvas intensas é plenamente previsível e estimável de antemão(...) Apenas se configura esse caso de previsibilidade se configurar após formulada a proposta. Se o evento for previsível antes de formulada a proposta, não se configura força maior.’
(força maior)

319. De se observar, a partir da parte do relatório anteriormente reproduzido, que o fator chuva, em que pese a sua potencialidade paralisadora, deve possuir, para as devidas considerações orçamentárias, caráter excepcional.

320. No presente caso, o recorrente se vale de argumento genérico sem, contudo, demonstrar a excepcionalidade do regime chuvoso durante a execução dos serviços previstos no Contrato 200/96.

321. Acerca do gráfico no qual o recorrente indica impactos decorrentes das paralisações de obra no cronograma originalmente contratado, impõe-se a sua refutação, uma vez desconexo de demonstração entre a precipitação pluviométrica e o elastecimento do tempo de execução dos serviços objeto do Contrato 200/96.

322. Ademais, sobre o efeito chuva, no que tange ao impacto orçamentário nas obras contratadas, ressalta-se que, “de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 580/2002 – 2ª Câmara e 1.199/2004 – Plenário, os efeitos das chuvas só devem ser considerados em situações de pluviometria comprovadamente extraordinária, ou seja, muito acima da média”, peça 91, p. 45.

323. Dessa forma, a alegação do fator amazônico nas obras do Contrato 200/96, para que pudesse ser acatada, deveria ser acompanhada da prova de sua excepcionalidade ou imprevisibilidade, além do nexo entre a sua ocorrência e a produtividade dos serviços contratados.

324. Sobre a alegação de boa-fé, não se observa, compulsando os presentes autos, a conduta do recorrente no sentido de arrefecer ou expurgar o débito ao qual, nos termos do acórdão recorrido, foi responsabilizado de forma solidária.



325. Por fim, acerca do pedido de perícia, impõe-se a sua refutação, uma vez, segundo a jurisprudência deste Tribunal, ser do responsável a iniciativa de produção de provas, laudos e perícias, consoante enunciado do Acórdão 4843/2017-1ª Câmara, Relatoria José Múcio Monteiro:

O processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, inclusive laudos periciais, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto.

Recorrente: Ataíde de Oliveira.

O Sr. Ataíde de Oliveira, alegando que à época do evento danoso apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, exercia o cargo de Diretor Geral do Dertins, afirma que não lhe cabe responsabilidade sobre o desvio de finalidade do objeto do Contrato 200/96, porque medições e pagamentos eram alheios às suas atribuições.

Razões Recursais

326. No mérito, o recorrente alega que não possuía autonomia para realizar nenhuma das condutas que lhe foram atribuídas no acórdão vergastado, uma vez não ter realizado medições ou pagamentos no Contrato 200/96.

327. Indicando que à época dos fatos ocupava o cargo de Diretor Geral do Dertins, por ser uma função estritamente administrativa e burocrática, não era de sua competência aprovar ou desaprovar medições.

328. Ressaltando que não era ordenador de despesas, não lhe cabia participação em processos licitatórios, nem realização de convênios e pagamentos.

329. Alega que na condição de Diretor Geral do Dertins, assinava relatórios de aprovações de ordens de serviços, que já se apresentavam com as assinaturas dos engenheiros responsáveis e todo o corpo técnico que trabalhava **in loco**.

330. Asseverando que a sua assinatura consistia num ato meramente formal, defende que os atos administrativos por ele perpetrados não podem ser tipificados como ilegais, uma vez ausente o elemento subjetivo do tipo, dolo.

331. Trazendo doutrina e julgados da justiça federal, afirma que não havendo dolo na sua atitude, não há o que falar em dano ao erário ou responsabilidade do servidor.

332. Descrevendo a dinâmica de funcionamento do Dertins, defende ausência de conduta potencial lesiva de sua parte, pois não realizou as medições nem mesmo pagamentos referentes à construção da cerca da Pedreira do Mosquito.

Análise

333. Revisitando o relatório precedente ao acórdão recorrido, peça 91, p. 17, o recorrente, em suma, foi citado “por meio do Ofício nº 1156/2007-TCU/Secex-TO, peça 3, p. 44-45, de 13/4/2007, a apresentar alegações de defesa e/ou recolher aos cofres do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – MT, em virtude de desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, decorrente da implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira Mosquito, então explorada pela empresa contratada, e portanto, fora da faixa de domínio da rodovia.”

334. A questão alusiva ao desvio de finalidade do objeto do Contrato 200/1996, caracterizado pela implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra a Pedreira Mosquito, então explorada pela contratada, e, portanto, fora da faixa de domínio da rodovia, começou a ser discutido no âmbito do TC 005.171/2001-9.



335. Por ocasião do Acórdão 40/2003-TCU-Plenário, Relatoria Min. Marcos Bemquerer, foi reconhecido um excedente de pouco mais de 17 mil metros de cerca de vedação da faixa de domínio nos Contratos 200/1996 e 86/2000.

336. Por se referir ao Contrato 200/96, em razão da negativa de acolhimento das razões de justificativas apresentadas pelo recorrente, tal irregularidade foi remetida aos autos da decisão recorrida.

337. Na análise da mencionada citação, o recorrente alegou, naquela oportunidade, que a cerca de isolamento da Pedreira do Mosquito jamais foi objeto de medição por parte do contratante, peça 9, p. 41.

338. Por sua vez, a equipe de fiscalização consignou que o Dertins informou que foram medidos os serviços da cerca de vedação da Pedreira do Mosquito, no âmbito do Contrato 200/1996, peça 9, p. 41.

339. Infere-se que, constatado o desvio de finalidade do objeto do Contrato 200/96, o recorrente foi responsabilizado porque, à época do inquinado fato, ocupava o cargo de Diretor Geral do Dertins, consoante Acórdão 2127/2006 – TCU – Plenário, peça 1, p. 29.

340. Conforme instrução à peça 1, p. 5, acerca da irregularidade referente à cobrança indevida de 15.600 metros de cerca de vedação estranhos ao objeto do contratual, as justificativas, até então apresentadas no TC 005.171/2001-9, deixaram de ser analisadas à época, uma vez se referirem à execução do contrato 200/96, na forma consignada no relatório à peça 1 p. 20:

3.5 Da construção de 15.600m de cerca de vedação estranhos ao objeto do contrato 3.5.1. Ao analisar este ponto — fis. 711/713, Vol. 3 —, a equipe traz inicialmente em seu relatório um histórico do assunto, que procuramos resumir a seguir.

3.5.2 O tema começou a ser discutido no âmbito do TC-005.171/2001-9, tendo sido levantado um excedente de pouco mais de 17 mil metros de cerca de vedação da faixa de domínio nos contratos nº 200/96 e 086/00. Por ocasião do Acórdão no 040/2003-Plenário, foi determinada a audiência dos responsáveis. No entanto, conforme registra a equipe, as razões de justificativa não foram analisadas à época, sendo remetidas aos presentes autos, por se referirem ao Contrato no 200/96. A respeito das referidas razões de justificativa, a equipe atesta que foram construídos trechos estranhos ao objeto do Contrato nº 200/96 por determinação de órgãos de controle ambiental, conforme detalhado pela equipe (fls. 712):

- 6.000 m no trecho de 3,00 km da rodovia TO-126, entre a BR-226 e a estaca 0 da BR-230;

- 3.000 m no segmento entre a ponte do Rio Mumbuca e o entroncamento com a TO-210 (acesso p/Tocantinópolis);

- 6.660 m no acesso e isolamento da Pedreira do Mosquito;

- Total = 6.000 + 3.000 + 6.660 = 15.660 m.

341. Nesse sentido, foi determinada a citação solidária do Sr. Adevaldo Pereira Jorge, ex-diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, com o recorrente, então diretor Geral do Dertins pela importância de R\$ 48.358,69 contados a partir de 17/12/99, em decorrência do desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira do Mosquito, então explorada pela contratada, e portanto fora da faixa de domínio da rodovia, peça 1, p. 29.

342. No parecer emitido pelo MPTCU, peça 11, p. 14, consta, em suma, alusão de que a remuneração da cerca da Pedreira do Mosquito no âmbito do Contrato 200/96, foi informada pela Egesa nos autos do TC 005.171/2001-9.

343. No relatório precedente à decisão recorrida, consta que, no âmbito do TC 003.453/2005-0, peça 15, p. 11, o Dertins informou sobre a medição e pagamento dos serviços de vedação da



Pedreira do Mosquito. Isto é, foi medido e pago com recursos do Contrato 200/96, objeto que lhe era estranho.

344. Nos termos do Relatório à peça 15, p. 34, do TC 003.453/2005-0, consta que o desvio de finalidade do objeto contratual, entendida a partir do serviço de cerca de vedação da Pedreira do Mosquito, resultou no débito de R\$ 48.358,69, cobrado a partir de 17/12/1999, data do pagamento da 17ª Medição, conforme movimentação da Conta Corrente 20.074-3, Agência 1505-9, consoante extrato à peça 10, p. 51-52.

345. Em substância, o desvio de finalidade contratual decorreu da implantação de cerca no acesso e isolamento da Pedreira do Mosquito localizada fora da faixa de domínio da BR -226 e dentro da propriedade privada, que, à época dos fatos, era explorada comercialmente pela própria contratada, EGESA Engenharia S.A., peça 15, p. 33.

346. Sendo que tal desvio de finalidade se caracteriza pela sua natureza factual, questiona-se o liame entre a conduta do recorrente e o evento danoso, uma vez que as medições dos serviços não correspondiam aos deveres funcionais do ex-Diretor Geral do Dertins.

347. Trata-se de responsabilização realizada a partir do pagamento da 17ª medição, a qual, de acordo com o relatório de aprovação, peça 54, p. 16, TC 003.453/2005-0, foi assinada pelo recorrente, após constatação de execução dos serviços de terraplanagem, pavimentação asfáltica e obras de artes especiais da rodovia BR-230.

348. Ao se analisar os relatórios da 17ª medição, peça 54, p. 20-26, não se visualiza a assinatura do recorrente nos atestes de execução dos serviços fiscalizados. Além disso, no documento intitulado “Obras em Andamento 17ª Medição Parcial”, peça 54, p. 27, em que se atesta a execução referente a 5,91% do total executado, também não se verifica a assinatura do então Diretor Geral do Dertins.

349. Nessa esteira, considerando que o débito se refere ao desvio de finalidade na execução do objeto, torna-se questionável a imputação de responsabilidade sobre quem não participou da fiscalização dos serviços executados.

350. Em outras palavras, a assinatura do relatório de aprovação referente a 17ª medição parcial, porque ancorada no ateste da comissão responsável pela fiscalização da execução contratual, dirime a responsabilidade o recorrente, de cuja conduta esperada não poderia ser outra que não a de confiar na certificação, por parte dos fiscais, dos serviços de terraplanagem, pavimentação asfáltica e obras de artes especiais da BR-230.

351. Reforçando: ao responsabilizar o recorrente sobre o pagamento de serviços excedentes, na forma indicada na 17ª medição, esta Corte presume o dever do então Diretor Geral do Dertins em revisar o relatório de medição que lhe foi apresentado.

352. Entretanto, não se observa na decisão recorrida menção normativa acerca de tal dever.

353. Ademais, ao se responsabilizar o então dirigente máximo do Dertins na irregularidade em questão, esta Corte sugere que, a cada relatório de medição que lhe era apresentado, deveria o recorrente, não apenas ter duvidado, mas submetido tais documentos à prova, que seria, considerando a natureza da irregularidade, visitas **in loco**.

354. Logo, diante da inexistência de nexos entre a irregularidade e a conduta do recorrente, sobretudo a esperada, e, diante da falta de normativo fundamentador de sua responsabilização, no qual se albergue o dever de suspeição das medições que lhes eram apresentadas, mostra-se cabível a insubsistência de sua condenação no acórdão combatido.

355. Diferente se mostra a responsabilização do Sr. Adevaldo Pereira Jorge, então Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, conforme se demonstrará no próximo tópico desta instrução.

Recorrente: Adevaldo Pereira Jorge.



O Sr. Adevaldo Pereira Jorge, então Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, uma vez que não participou das medições nem efetuou pagamentos, não pode ser responsabilizado pelo desvio de finalidade do Contrato 200/96, apurado no Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário.

Razões Recursais

356. No mérito, peça 144, o recorrente alega que, por não ter realizado medições ou efetuado pagamentos no Contrato 200/96, não lhe cabe responsabilidade sobre o desvio de finalidade ocorrido na cerca de vedação da Pedreira do Mosquito.

357. Relata que, considerando o seu cargo à época dos fatos, Diretor de Construção e Fiscalização, como de natureza estritamente administrativa e burocrática, não lhe cabia visitas **in loco** nem aprovar ou desaprovar medições.

358. Indicando que as fiscalizações das obras eram incumbência do extinto DNER, cabia àquela autarquia acompanhar as medições **in loco**, a execução contratual, o recebimento dos serviços e o zelo pela manutenção da obra.

359. Em suma, faz o seguinte relato acerca da dinâmica do Dertins: as obras eram fiscalizadas em conjunto com o DNER e Secretaria de Infra Estrutura - Diretoria de Obra, representado pelo engenheiro coordenador de obras, o qual era responsável por acompanhar **in loco** a execução do contrato, recebimento dos serviços e principalmente zelar' pela sua manutenção; in loco havia um corpo de servidores do DERTINS que 'atuava em conjunto com um engenheiro fiscal da empresa contratada, cuja principal atribuição era aferir e avaliar o serviço realizado.

360. Afirmado que não há comprovação de dolo em suas condutas, mas mero exercício de atribuições, defende que, na condição de Diretor de Construção e Fiscalização, a sua conduta limitava-se à formalidade de assinalar as ordens de serviços e medições.

361. Apresentando excerto do Processo 4563-19.2013.4.01.4300, da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, peça 144, p. 11-20, defende que ficou comprovado que sua função era meramente administrativa, e não tinha o condão de macular ou intervir em qualquer serviço a fim de ocasionar desvio de finalidade, posto que quando as medições chegavam a sua Diretoria, todo um corpo técnico já avia avaliado os serviços.

362. Sustenta que ficou comprovada a ausência de conduta potencial lesiva do recorrente no caso em tela apta a causar dano ao erário, pois não realizou as medições referente à cerca da Pedreira do Mosquito, tendo apenas assinado os relatórios de medições que fez em todas as inúmeras obras que foram realizadas no Estado naquele período de 1994-1998.

363. Alegando prescrição da pretensão punitiva, alega que processo apenas foi instaurado no TCU em 04/03/2005, decorridos 09 anos do fato ocorrido, 1996, tendo o TCU tomado conhecimento dos fatos apenas nesta data. Isto posto, defende que, pela Lei de Improbidade, já está caracterizada a prescrição, que se concretiza com o decurso de 05 anos da ocorrência do fato.

364. Trazendo excerto do TC 000.284/2009-5, indica que neste Tribunal há o entendimento sobre a dispensa de instauração de tomada de contas especial, nos termos do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007 quando ultrapassados 10 anos da data do fato gerador.

365. Por fim, entende ser desproporcional a sanção que lhe foi atribuída no acórdão recorrido, por não ter este contribuído para o evento irregular, e mesmo que tivesse, este encontra-se equiparado com o Presidente do Órgão (DERTINS) que possuía autonomia e participação em todos os eventos do contrato.

Análise

366. Na forma exposta no relatório anterior à decisão combatida, peça 91, p. 16, o Sr. Adevaldo Pereira Jorge (ex-Diretor de Construção e Fiscalização do DERTINS), foi citado em razão

das seguintes irregularidades: (i) desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, decorrente da implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira Mosquito, então explorada pela empresa contratada, e portanto, fora da faixa de domínio da rodovia (por meio do Ofício nº 1151/2007 - TCU/Secex-TO, de 12/04/2007); (ii) superfaturamento de serviços realizados e cobrados na 8ª medição das obras relativas ao Contrato nº 200/96, celebrado entre a Secretaria de Infra- Estrutura do Estado do Tocantins e a Empresa Egesa Engenharia S.A., relativos aos itens 32.06.01 – Estabilização Granulométrica Sem-Mistura (Sub-base e Base) e 32.08.00 – Imprimação (Ofício nº 1158/2007-TCU/Secex-TO , de 13/04/2007).

367. No voto, o Ministro-Relator, acompanhando a análise provida pela unidade técnica, acolher as razões de justificativa apresentadas acerca da segunda irregularidade, peça 90 , p. 5.

368. Entretanto, consoante se observa na parte dispositiva do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, peça 87, p. 2-3, o recorrente, em solidariedade, foi condenado em débito e multa, em relação ao desvio de finalidade ocorrido no âmbito do Contrato nº 200/96, caracterizado pela implantação de uma cerca de vedação dentro de propriedade privada na pedreira do Mosquito.

369. Conforme já esposado na presente instrução, o desvio de finalidade contratual decorreu da implantação de cerca no acesso e isolamento da Pedreira do Mosquito localizada fora da faixa de domínio da BR -226 e dentro da propriedade privada, que, à época dos fatos, era explorada comercialmente pela própria contratada, EGESA Engenharia S.A., peça 15, p. 33

370. O débito imputado, de forma solidária ao então Diretor Geral do Dertins, representa R\$ 48.358,69, cobrado a partir de 17/12/1999, data do pagamento da 17ª Medição, conforme movimentação da Conta Corrente 20.074-3, Agência 1505-9, consoante extrato à peça 10, p. 51-52.

371. O recorrente, em suma, inicia as suas razões alegando que não lhe cabe responsabilidade sobre a inquinada irregularidade porque o seu cargo à época dos fatos, Diretor de Construção e Fiscalização, por ser de natureza estritamente administrativa e burocrática, não lhe determinava visitas **in loco** nem aprovar ou desaprovar medições.

372. No Relatório de Aprovação da 17ª medição parcial e da 17ª medição de reajustamento parcial, peça 54, p. 16, TC 003.453/2005-0, consta que o recorrente, então de Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, foi signatário do ateste dos serviços.

373. Na 17ª medição parcial, peça 54, p. 19-24, e na 17ª medição de reajustamento parcial, peça 54, p. 24-26, TC 003.453/2005-0, consta a assinatura do recorrente, sob a mesma função daquela constante do relatório de Aprovação da 17ª medição parcial e da 17ª medição de reajustamento parcial.

374. Percebe-se, a partir dos documentos anteriormente listados, que a atuação do recorrente, diferente daquela constatada do ex-diretor geral do Dertins, não se limitou ao mero preenchimento de um dever de caráter protocolar.

375. O recorrente era, à época dos fatos, Diretor de Construção e Fiscalização do Dertins, cargo que, diante da natureza da irregularidade do débito que lhe foi imputado na decisão recorrida, se mostra mais próximo à conduta concorrente ao evento danoso, qual seja, a deficiência na fiscalização.

376. Destaca a conduta do recorrente na causa de sua responsabilização, qual seja, a fiscalização deficiente, o seu ateste no documento intitulado “obras em andamento”, peça 54, p. 27, TC 003.453/2005-0, cujo conteúdo, em suma, refere-se à 17ª medição parcial dos serviços de execução de terraplenagem, pavimentação asfáltica e obras de Artes Especiais da Rodovia BR - 230, trecho: Macaúba / Estreito - Divisa com o Estado do Maranhão, com extensão aproximada de 85,00 Km.



377. Dessa forma, não se observa o alegado caráter meramente formal do cargo até então ocupado pelo recorrente na gestão do acompanhamento das obras objeto do Contrato 200/96, porquanto presentes nos atestes dos serviços realizados a sua outorga na qualidade de Diretor de Construção de Fiscalização.

378. Nesse sentido, não se firma a alegação recursal de que não houve, de sua parte, conduta potencial lesiva, uma vez que, ao assinar os relatórios de medição, na qualidade de Diretor de Construção e Fiscalização, se tornou corresponsável pelo ateste dos serviços executados no Contrato 200/96.

379. Por fim, resta a análise acerca da dispensa de instauração de tomada de contas especial, nos termos do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007 quando ultrapassados 10 anos da data do fato gerador, na forma aludida nas presentes razões recursais.

380. Ressalta-se que, a propósito, que o lapso temporal superior a 10 anos não se constitui, por si só, em elemento suficiente para se proceder ao arquivamento dos autos, com base na IN/TCU nº 56/2007, consoante voto condutor do Acórdão 2285/2017-TCU-Plenário, Relatoria Min. José Múcio Monteiro.

381. Impõe-se avaliar, no caso em análise, o cabimento do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007.

382. Conforme já esposado na presente análise, o desvio de finalidade do objeto do Contrato 200/1996, caracterizado pela implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra a Pedreira Mosquito, começou a ser discutido no âmbito do TC 005.171/2001-9.

383. Entretanto, em razão de que a referida irregularidade se trata do Contrato 200/96, tal questão foi remetida para o TC 002.222/2007-5, em cumprimento ao item 9.5.1 e 9.5.1.2.2 do Acórdão 1777/2004-TCU-Plenário.

384. A citação do recorrente foi determinada em cumprimento ao Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, peça 1, p. 29.

385. Considerando que o evento danoso, caracterizado pelo débito imputado, de forma solidária, data de 17/12/1999, coincidente ao pagamento da 17ª Medição dos serviços do Contrato 200/96, não se verifica o lapso temporal imposto como requisito para a aplicação do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007.

386. Dessa forma, não procedem as razões recursais alusivas ao cabimento do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007, para o ora recorrente.

387. Acerca do Processo 4563-19.2013.4.01.4300, da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, peça 144, p. 11-20, verifica-se a necessidade de reanalisar o excerto da decisão judicial ora apresentada para o devido e escorreito impacto dele na decisão recorrida.

388. De início, chama a atenção de que a insigne decisão se refere a perícias da Polícia Federal, em que se apontaram deficiências construtivas na Ponte São José.

389. Em seguida, em que pese ter sido reconhecido que o recorrente foi responsável por atestar a regular execução das obras sem que essas tivessem de fato cumprido as especificações do projeto, o Sr. Adevaldo Pereira Jorge teve a sua punibilidade declarada extinta do crime do art. 312, § 2º, do Código Penal, com fundamento no art. 107, inciso IV, c/c art. 109, incisos V, ambos do Código Penal.

390. Na fundamentação, o magistrado, não obstante considerar que o recorrente agiu de forma negligente ao não fiscalizar a obra, desclassificou o tipo penal, em razão da insuficiência de provas, **in verbis**, peça 144, p. 12:

Da mesma forma, ADEUVALDO PEREIRA JORGE, apesar de ter atestado que a obra foi executada a contento, com assinatura de medições que possibilitaram o pagamento da empresa,

como bem destacado por ele e pelo corréu, não era o único responsável pela fiscalização, o que era feito por um grupo de engenheiros. Ademais, não há provas de que ele, em conluio com os demais denunciados, tenha agido no intuito de beneficiar a empresa S.C. Construtora, com o consequente desvio dos recursos públicos a seu favor. Entendo que o acusado também agiu de forma negligente, ao não fiscalizar a obra de maneira correta, não tendo intenção de praticar o crime em tela.

391. A partir da leitura da sentença apresentada, verifica-se que as razões nela contida não guardam conexão com os fundamentos da decisão recorrida. Isso porque a decisão se refere a deficiências construtivas na Ponte São José, enquanto que, no acórdão vergastado, a irregularidade se relaciona ao desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, decorrente da implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira Mosquito, então explorada pela empresa contratada, e portanto, fora da faixa de domínio da rodovia.

392. No que tange à extinção de punibilidade sentenciada na esfera penal, o tipo indicado na sentença em comento, peculato, também não possui o condão de reformar a decisão **a quo**, porque divergente da irregularidade a que o recorrente foi responsabilizado pelo débito apurado, qual seja, o ateste no documento intitulado “obras em andamento”, peça 54, p. 27, TC 003.453/2005-0, cujo conteúdo refere-se à 17ª medição parcial dos serviços de execução de terraplenagem, pavimentação asfáltica e obras de Artes Especiais da Rodovia BR - 230, trecho: Macaúba / Estreito - Divisa com o Estado do Maranhão.

393. Ademais, importa relembrar que as decisões na esfera judicial só vinculam o TCU quando originarem de processo penal e, ainda assim, quando houver sido categoricamente registrado no dispositivo da sentença a inexistência do fato ou a negativa da autoria (Acórdão 2082/2014-Plenário, Acórdão 4851/2010 e 4060/2010, ambos 1ª Câmara).

394. Nesse sentido, considerando a falta de identidade entre a sentença anexada às presentes razões recursais e os fundamentos do acórdão recorrido, e, diante da falta dos requisitos de influência das decisões judiciais nesta Corte, refuta-se, para fins de provimento, o teor do Processo 4563-19.2013.4.01.4300, da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, no que se limita ao ora recorrente.

CONCLUSÃO

395. Dos recursos de reconsideração interpostos por Adevaldo Pereira Jorge, Ataíde de Oliveira, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro; José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, Egesa Engenharia S.A., e Maurício Hasenclever Borges, contra o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, propõe-se, a partir da análise das razões recursais analisadas, o provimento parcial para os membros do Conselho de Administração signatários da Ata da Sessão C.A. Nº 36, de 25/9/1996, e a negativa de provimento para as razões interpostas pela pessoa jurídica.

396. O Sr. Wolney Wagner de Siqueira, relator do processo 51100.007708/96-74, na Sessão C.A. nº 36, do Conselho Administrativo do DNER, ao ser signatário do Relato ao CA nº 376/96, por meio do qual garantiu a correção jurídica e orçamentária do referido ajuste, se tornou responsável pelo dano causado na execução do referido ajuste com sobrepreço.

397. O lapso temporal entre a exoneração, 10/4/1997, e a reunião da Sessão C.A., 25/9/1996, não guardam relação causal ou temporal, que pudesse ser caracterizada como excludente de responsabilidade do Sr. Wolney Wagner de Siqueira.

398. No que se refere à responsabilização dos demais membros do Conselho de Administração do DNER presentes na Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, uma vez lastreados no posicionamento emitido pela Diretoria de Engenharia Rodoviária acerca da regularidade orçamentária do Contrato nº 200/96, não se observa conduta lesiva ou displicente no julgamento do feito.

399. O tempo decorrido entre o evento danoso e a citação dos responsáveis presentes Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, não obstante o reconhecimento constitucional sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, representou violação do princípio da segurança jurídica, que impede que o jurisdicionado se sujeite, sem limite de tempo, à ação do estado.

400. Dessa forma, impõe-se a reforma do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, no sentido de torna-lo insubsistente para os Srs. Wolney Wagner de Siqueira, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá e Jesus de Brito Pinheiro, porque patente prejuízo à defesa decorrente do lapso temporal de 14 anos de evento considerado danoso, sobretudo quando se relembra que a Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, se passou em autarquia há oito anos extinta quando de suas citações.

401. À época do Sessão C.A. nº 36, de 25/9/1996, havia para a celebração do convênio de delegação celebrados pelo DNER o dever de alinhamento ao Sicro das obras rodoviárias que estivessem a cargo ou sob responsabilidade daquela autarquia.

402. Acerca da alegação de que houve manifestações da SETO/Dertins e pelo TCE/TO, além do DNER, sobre a regularidade dos valores envolvidos no Contrato 200/96, insta lembrar que esta Corte, na forma prevista no art. 70 e seguintes da Constituição Federal, goza de independência na sua missão institucional.

403. Ademais, o primeiro posicionamento por parte da Secex/TO, acerca da regularidade dos valores envolventes o referido ajuste, foi, de forma fundamentada, refutada pela então Secob e pelo Ministro-Relator do Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário.

404. Portanto, a utilização do Sicro I, na forma elaborada pela unidade técnica e acolhida no Acórdão 2127/2006-TCU-Plenário, além de mais contemporâneo ao evento danoso, também se mostra adequado quando se observa a que a utilização do Sicro de agosto de 2004, Sicro 2, não garante a realidade dos resultados, tendo em vista o lapso temporal com a do evento danos, julho de 1996.

405. Ressalta-se que o Sicro I, da época da geração do dano, já era utilizado no âmbito do DNER, como referência de apuração do custo real das obras contratadas em relação aos preços de mercado, consoante se determinava na Portaria nº 684, de 27/12/94, do Ministério dos Transportes.

406. Ao se realizar o analisar a metodologia empregada para o cálculo do débito apurado na decisão recorrida, chama a atenção que a unidade técnica, para compor as planilhas de cálculos de débito, realizou os seguintes procedimentos: comparação de preços; composição do Sicro2 com custos do Sicro1 de julho/1996; composição do Sicro2 de novembro/2013; e composição do Sicro1 de julho/1996.

407. Entretanto, quando se considera a incidência do referido adicional sobre o custo da mão de obra com os encargos sociais, tanto para o custo total dos equipamentos quanto para o custo total da mão de obra, chegou-se aos valores para o débito de R\$ 4.069.772,88, julho/1996, e R\$ 4.395.796,78, com os reajustes contratuais, utilizando os insumos brita e areia produzidos.

408. No que se refere ao “efeito chuva”, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, as consequências das chuvas só devem ser consideradas em situações de pluviometria comprovadamente extraordinária, ou seja, muito acima da média. Uma vez que as alegações recursais não inovam, por não apresentar a prova de sua ocorrência e o impacto na produtividade, refuta-se a mera ligação da ocorrência pluviométrica na execução do Contrato 200/96.

409. Observando que o desvio de finalidade do objeto do Contrato nº 200/96, decorrente da implantação de cerca de vedação dentro de propriedade privada onde se encontra localizada a Pedreira Mosquito, se caracteriza por deficiência fiscalizatória **in loco**, não se mostra razoável responsabilizar quem, à época dos fatos, detinha função de Diretor Geral do Dertins, Sr. Ataíde de Oliveira, em que pese a sua anuência ao pagamento realizado.



410. Entretanto, no que tange à responsabilização do Sr. Adevaldo Pereira Jorge, considerando que o seu cargo à época dos fatos, Diretor de Construção e Fiscalização, inseria-se na gestão da regular execução contratual, revela-se escorreita o estabelecimento de nexos entre a sua conduta e a falha de fiscalização, da qual decorreu a irregularidade causadora do débito a ele imputado no item 9.6 do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário.

411. Relembrando que somente é cabível a influência de decisão criminal no âmbito do TCU caso haja comprovação da ocorrência de absolvição penal ocorrida em face de negativa de autoria ou inexistência de fato, o Processo 4563-19.2013.4.01.4300, da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, no que se limita ao excerto apresentado nas razões recursais interpostas pelo Sr. Adevaldo Pereira Jorge, não possui o condão de reformar o acórdão recorrido.

412. Uma vez que a citação do ex-Diretor de Construção e Fiscalização decorreu em período inferior a 10 anos, não procedem as razões recursais alusivas ao cabimento da §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007.

413. Conclui-se, portanto, pelo acatamento das seguintes razões recursais fundamentadas no prejuízo ao contraditório e à ampla defesa: Wolney Wagner de Siquira, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Dirceu Cesar Façanha, José Gilvan Pires de Sá e Jesus de Brito Pinheiro.

414. Por fim, deve-se ser afastada a responsabilidade do Sr. Ataíde de Oliveria, em razão da falta de demonstração de nexos entre a conduta e o evento danoso do qual foi apurado o débito do item 9.6 do Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

415. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 2511/2015-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992:

I) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Maurício Hasenclever Borges, Adevaldo Pereira Jorge, Ataíde de Oliveira, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro; José Gilvan Pires de Sá, José Henrique Coelho Sadok de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, Egesa Engenharia S.A. e, no mérito, dar provimento parcial, no sentido de:

a) tornar insubsistentes os itens 9.2 e 9.3 para os Srs. Maurício Hasenclever Borges, Dirceu Cesar Façanha, Jesus de Brito Pinheiro, José Gilvan Pires de Sá, Wolney Wagner de Siqueira, e José Henrique Coelho Sadok de Sá.

b) tornar insubsistente o item 9.6 em relação ao Sr. Ataíde de Oliveira;

II) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados no processo.

TCU/Secretaria de Recursos/3ª Diretoria, em
17/11/2017.

Pablo Loiola Ximenes
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6587-0



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Secretaria-Geral de Controle Externo
Secretaria de Recursos
