

TC 011.286/2005-5

Tipo: Prestação de contas (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) – Departamento Nacional.

Recorrentes: Infracon – Construtora e Incorporadora Eireli (CNPJ 02.329.639/0001-40) e Antônio José Domingues de Oliveira Santos (CPF 014.706.557-72).

Advogados: Marcello Terto e Silva OAB/GO 21.959 e outros (peça 105) e Alain Alpin Macgregor OAB/RJ 101.780 e outros (peça 119).

Interessado em sustentação oral: Marcello Terto e Silva e outros (peça 118, p. 43).

Sumário: Prestação de contas. Regularidade com ressalvas. Recurso de revisão. Constatação de irregularidades com impacto na gestão. Contas julgadas irregulares. Dano ao erário. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Elementos insuficientes para a modificação do juízo. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Examinam-se os recursos de reconsideração interpostos por Infracon – Construtora e Incorporadora Eireli (CNPJ 02.329.639/0001-40) e por Antônio José Domingues de Oliveira Santos, então presidente do Sesc/Senac (CPF 014.706.557-72), contra o Acórdão 1798/2019-TCU-Plenário (Rel. Min. Bruno Dantas), retificado pelo Acórdão 2174/2019-TCU-Plenário.

1.1 A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (peça 90), transcrevendo-se em destaque os itens objeto do recurso de reconsideração:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara, referentes às contas do exercício de 2004;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, com fulcro no art. 35, inciso III, da Lei 8.443/1992, do recurso de revisão para, no mérito, dar-lhe provimento;

9.2. acolher as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas por Sidney da Silva Cunha e Carlos Augusto Ferreira, excluindo-os de responsabilidade sobre as irregularidades apuradas;

9.3. tornar insubsistente o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara quanto ao mérito das contas em relação ao responsável Antônio José Domingues de Oliveira Santos;

9.4. julgar irregulares as contas, referentes ao exercício de 2004, de Antônio José Domingues de Oliveira Santos (014.706.557-72) e das empresas Infracon Construtora e Incorporadora Eireli (02.329.639/0001-40) e Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda. (17.455.288/0001-91), com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, *caput*, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c com arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno;

9.5. condenar os responsáveis acima mencionados, solidariamente, ao pagamento das importâncias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - Administração Nacional - Senac/AN, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

- Contrato 01/2002:

Valor Histórico	Data de ocorrência
R\$ 3.134,84	20/02/2004
R\$ 3.248,26	30/03/2004

Valor atualizado até 28/04/2017: R\$ 13.660,42

- Contrato 27/2002:

Valor Histórico	Data de ocorrência
R\$ 9.513,35	20/02/2004
R\$ 80.186,91	20/02/2004
R\$ 16.708,05	17/03/2004
R\$ 5.408,83	13/04/2004
R\$ 2.248,02	07/05/2004
R\$ 4.787,58	28/06/2004

Valor atualizado até 28/04/2017: R\$ 254.526,43

- Contrato 38/2003:

Valor Histórico	Data de ocorrência
R\$ 6.518,54	20/02/2004
R\$ 18.542,45	15/03/2004
R\$ 29.100,47	13/04/2004
R\$ 13.267,81	12/05/2004
R\$ 6.922,77	17/06/2004
R\$ 15.520,64	17/06/2004
R\$ 5.789,30	29/06/2004
R\$ 1.256,86	29/06/2004
R\$ 1.138,15	18/08/2004
R\$ 20.863,51	18/08/2004

R\$ 11.292,68	21/12/2004
---------------	------------

Valor atualizado até 28/04/2017: R\$ 273.970,29

- Contrato 44/2003:

Valor Histórico	Data de ocorrência
R\$ 30.745,04	23/01/2004
R\$ 22.282,90	20/02/2004
R\$ 10.454,87	19/03/2004
R\$ 8.683,87	28/04/2004
R\$ 3.173,09	20/05/2004
R\$ 1.275,90	29/06/2004
R\$ 10.633,23	29/06/2004
R\$ 5.411,23	24/11/2004

Valor atualizado até 28/04/2017: R\$ 197.922,31

9.6. aplicar aos responsáveis a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional dos valores atualizados monetariamente, desde a data do acórdão até a do efetivo pagamento;

9.7. autorizar a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação, na forma do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.8. autorizar, desde logo, caso solicitado e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, o pagamento das dívidas em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento das primeiras parcelas em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada valor mensal os correspondentes acréscimos legais, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo de alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. dar ciência desta deliberação ao recorrente e à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, com fulcro no art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender.

1.2 A presente decisão foi confirmada pelo Acórdão 2174/2019-TCU-Plenário (peça 110), que conheceu e rejeitou os embargos de declaração opostos em face da decisão.

HISTÓRICO

2. O presente processo trata da prestação de contas referente ao exercício de 2004 do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Nacional (Senac/NA). Em sede dessa prestação de contas, foi proferido o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara, constante da Relação 184/2005 (peça 9, p. 40-42):

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária da 1ª Câmara, de 6/9/2005, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso I, alínea a; 207 e 214, inciso II, do Regimento Interno/TCU, aprovado pela Resolução nº 155/2002, em julgar as

contas a seguir relacionadas regulares com ressalva e dar quitação aos responsáveis, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

2.1 Contudo, o Ministério Público junto ao TCU – MP/TCU interpôs Recurso de Revisão em face do mencionado Acórdão (peça 36, p. 3-7), em razão dos achados apurados em sede da Representação (TC 015.981/2001-2), cujo cerne da petição recursal é a seguir transcrito:

Ocorre que, ao apreciar a Representação albergada no TC 015.981/2001-2, por intermédio do Acórdão nº 1.849/2008, o Plenário converteu esses autos de fiscalização em TCE, devido à detecção de diversas irregularidades na obra do Centro Administrativo do Sesc e do Senac (nacionais), tais como indícios de sobrepreço, atos antieconômicos, dentre outras, que motivaram a citação do Sr. Antonio José Domingues de Oliveira Santos, na condição de Presidente do Sesc e do Senac, em solidariedade com as empresas contratadas (itens 9.2.1 a 9.2.4 do Acórdão), bem como a audiência desse responsável e dos Srs. Sidney da Silva Cunha (Diretor-Geral do Senac) e Carlos Augusto Ferreira (Chefe do Centro de Engenharia e Arquitetura do Senac), em virtude dos indícios de irregularidades constantes dos itens 9.2.6.1 a 9.2.6 do Acórdão 1.849/2008 - Plenário.

2.2 Em sede daquela Representação, o Tribunal proferiu o Acórdão 1.849/2008/TCU-Plenário, que, entre outras medidas, converteu a representação do TC 015.981/2001-2 em Tomada de Contas Especial (TCE); determinou a citação e a audiência dos envolvidos **por atos praticados no exercício de 2003**; determinou o sobrestamento das contas das Administrações Nacionais do Sesc e do Senac, referentes aos exercícios de 2003 (TC 010.117/2004-0 e TC 010.475/2004-0, respectivamente) e encaminhou ao MP/TCU cópia daquela deliberação para que avaliasse a conveniência e a oportunidade de **interpor recurso de revisão de contas já julgadas**.

2.3 O objeto da representação do TC 015.981/2001-2 foram as obras de construção do Centro Administrativo do Sesc e do Senac. A obra se iniciou em 1996, sob administração do Senac. No período compreendido entre outubro de 1998 a janeiro de 2000, a construção foi paralisada, em decorrência de disputas judiciais entre o Senac e a construtora contratada. Com a retomada da obra, o Sesc Administração Nacional adquiriu 50% do empreendimento que passou a ser denominado de Centro Administrativo do Sesc e do Senac. Em 2006 a obra fora concluída (peça 4, p. 10 do TC 013.538/2005-3).

2.4 Em razão de matéria publicada no Jornal do Brasil, sob o título “Esqueleto do Senac custa R\$ 34 milhões”, a unidade técnica propôs a Representação (peça 1, p. 2 do TC 015.981/2001-2), que identificou as seguintes irregularidades nos seguintes contratos firmados (peça 37, p. 2-3 do TC 013.538/2005-3):

a) O Contrato 01/2002 teve por objeto a execução de impermeabilização em lajes e calhas, execução de telhados, fornecimento e colocação de chapas de policarbonato, execução de chapisco, emboço e outros afins, nas coberturas dos prédios do Centro Administrativo Sesc-Senac. O contrato foi assinado em 5 de setembro de 2002 com a empresa Infracon Engenharia e Construções Ltda e o seu valor inicial foi R\$ 2.350.000,00 (out/2002). Foram realizados três aditivos e um Adendo Contratual, totalizando o valor final de R\$ 3.284.193,59 (peça 12, p. 23-37; peça 14, p. 19-21, p. 29-31, p. 41-42, p. 45-48; peça 15, p. 1; TC 015.981/2001-2).

b) O Contrato 27/2002 teve por objeto a execução das fachadas, obras civis da estação de tratamento de esgoto a vácuo e da central de operações do Centro Administrativo Sesc-Senac. O contrato foi assinado em 30 de janeiro de 2003 com a empresa Infracon Engenharia e Construções Ltda e o seu valor inicial foi R\$ 1.460.000,00 (jan/2003). Foram realizados três aditivos e um Adendo Contratual, totalizando o valor final de R\$ 3.020.599,66 (peça 18, p. 15-25, p. 37-49; peça 19, p. 1-5; p. 6-7, p. 12-13; peça 20, p. 9-10; TC 015.981/2001-2).

c) O Contrato 38/2003 teve por objeto os serviços de acabamentos de construção civil e instalações prediais abrangendo três blocos do Sesc e três blocos do Senac, todos da obra de

construção do Centro Administrativo Sesc-Senac. O contrato foi assinado com a empresa Infracon Engenharia e Construções Ltda em 9 de junho de 2003 e o seu valor inicial foi R\$ 11.925.000,00 (mai/2003). Foram realizados quatro aditivos, totalizando o valor final de R\$ 16.481.064,20 (peça 34, p. 2-12, p. 18-26, p. 49; peça 35, p. 1-6, p. 11-12, p. 18-19, p. 49-50; TC 015.981/2001-2).

d) O Contrato 44/2003 teve por objeto os serviços de acabamento de construção civil e instalações prediais (2ª parte), abrangendo os seguintes prédios: restaurante, lanchonete e serbem e as construções das plataformas, rampas e passarelas do Centro Administrativo Sesc-Senac. O contrato foi assinado com a empresa Cogefe Engenharia Comércio e Empreendimentos Ltda em 25 de agosto de 2003 e o seu valor inicial foi R\$ 4.223.292,34 (ago/2003). Foram realizados seis aditivos, totalizando o valor final de R\$ 6.146.907,00 (peça 21, p. 2-13; peça 26, p. 4-28; peça 27, p. 1-31, p. 32-33; peça 28, p. 12-13, p. 21, p. 23-24; peça 31, p. 2-3; peça 33, p.4; TC 015.981/2001-2).

2.5 Os contratos acima foram objeto de pagamentos nos exercícios de 2002, 2003 e 2004. Contudo, as contas dos exercícios de 2002 e 2004 encontravam-se julgadas. O MP/TCU interpôs Recursos de Revisão contra os Acórdãos 2.728/2004-TCU-1ª Câmara, **2.032/2005-TCU-1ª Câmara**, 2.609/2004-TCU-1ª Câmara, e 2.137/2006-TCU-2ª Câmara, referentes às contas de 2002 e **2004** do Senac e do Sesc, ambos da Administração Nacional.

2.6 Todos os recursos foram conhecidos (peça 19, p. 14, TC 013.634/2003-3; **peça 36, p. 16, TC 011.286/2005-5**; e peça 12, p. 15, TC 013.538/2005-3) e as respectivas contas reabertas, com exceção das contas de 2002 do Sesc/AN (TC 013.644/2003-0), que deixaram de ser reabertas devido ao recurso de revisão ter sido considerado intempestivo (Acórdão 755/2010-TCU-Plenário). Como já exposto, as contas de 2003 encontravam-se abertas e foram sobrestadas pelo Acórdão 1.849/2008-TCU-Plenário (TCs 010.117/2004-0 e 010.475/2004-0).

2.7 O Acórdão 2.284/2010-TCU-Plenário determinou o apensamento do TC 015.981/2001-2 (Representação) ao TC 013.634/2003-3 (contas do Senac de 2002) e, por cópia, aos processos TC 010.117/2004-0 e TC 010.475/2004-0 (contas de ambas instituições de 2003), mantendo-se o sobrestamento destes dois últimos processos até o julgamento dos recursos de revisão.

2.8 Foram realizadas as **citações e audiências** referentes ao presente feito em **fevereiro de 2011** (peça 36, p. 34-38). A correspondente instrução de mérito foi autuada em dezembro do mesmo exercício (peça 71, p. 1-38). Todavia, um dos recorrentes protocolou novas manifestações (peças 37, 38 e 39 do TC 013.634/2003-3). Privilegiando o contraditório e ampla defesa, o então Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues acolheu a proposta do MP/TCU e devolveu o processo para nova instrução de mérito da unidade técnica (peça 71, p. 44).

2.10 A instrução seguinte fora protocolada em abril de 2014 (peça 41). Em nova oportunidade o recorrente apresentou documentação com novas manifestações (peça 48). O Procurador-Geral do MP/TCU, em parecer, acostado à peça 49, propôs o retorno dos autos à Secex-RJ para análise dos novos argumentos. Em agosto de 2017 foi concluída última instrução de mérito, que foi acostada junto à peça 74.

2.11 Após a manifestação do *Parquet* de Contas em dezembro de 2017 (peça 80), foi proferido o Acórdão 1798/2019-TCU-Plenário (peça 90), que conheceu do recurso de revisão do MP/TCU e, entre outras medidas, tornou insubsistente o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara, que naquela oportunidade julgou regulares com ressalvas as presentes contas.

2.12 Por fim, o Acórdão 2174/2019-TCU-Plenário (peça 110) conheceu e negou provimento aos embargos de declaração acostado junto à peça 102.

2.13 Inconformados com a situação agravada por meio do Recurso de Revisão interposto pelo MP/TCU, o Sr. Antonio José Domingues de Oliveira Santos e a Infracon – Construtora e

Incorporadora Eireli interpuseram recursos de reconsideração (peças 114 e 117, respectivamente) que passam a ser analisados nos aspectos de admissibilidade e de mérito.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade proposto nas instruções precedentes desta unidade instrutora (peças 120-122), ratificado pela Ministro-Relator Augusto Ribeiro Nardes (peças 124), que concluiu pelo conhecimento dos pedidos de reexame acostados às peças 114 e 117, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4, 9.5, 9.6 e 9.7 do Acórdão 1.798/2019-TCU-Plenário, em relação aos recorrentes.

EXAME DE MÉRITO

4. Constitui objeto desta instrução definir se:
- i. Cabe o recurso de revisão que reformou o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara;
 - ii. Houve prescrição da multa aplicada;
 - iii. Houve prescrição do débito imputado;
 - iv. Houve violação ao devido processo legal;
 - v. Houve débito;
 - vi. A condenação do Presidente Senac se deu de maneira objetiva e em contrariedade à jurisprudência do TCU.

Do recurso de revisão

5. A Infracon defende o não cabimento do recurso de revisão, que reformou o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara, em razão da inexistência de fato ou documento novo capaz de promover, nos termos da Lei 8.443/92, uma nova discussão da matéria transitada em julgado.

5.1 Para comprovar esta alegação, foram trazidos os seguintes argumentos:

a) O recurso de revisão interposto pelo MP/TCU teria sido fundado em mudança de posicionamento da unidade técnica após o julgamento das contas de 2004. Em síntese, não teria havido fatos supervenientes ou sido acostado aos autos documentos novos com o condão de alterar a decisão transitada em julgado, mas acontecido mero reexame dos mesmos fatos anteriormente analisados (peça 117, p. 11-12).

b) Relatórios técnicos constituiriam análises e interpretações sobre fatos, sendo equivalentes a declarações. Nesse sentido, o próprio Tribunal já teria decidido pela impossibilidade de admissão do recurso de revisão com base em declarações (peça 117, p. 13):

Acórdão 589/2018 Plenário (Agravo, Relator Ministro Bruno Dantas) Direito Processual. Recurso de Revisão. Documento novo. Declaração. Admissibilidade. ... O recurso de revisão tem natureza similar à da ação rescisória e exige a demonstração do preenchimento dos requisitos específicos previstos no art. 35 da Lei 8.443/1992. **Declarações não têm eficácia de documento novo superveniente auto a ensejar o conhecimento do recurso.**

[destaques do original]

c) Este entendimento também estaria previsto em julgados anteriores (peça 117, p. 15):

A mudança de entendimento ou a consolidação de jurisprudência no TCU não constitui documento novo para efeito de conhecimento de recurso de revisão.
(Enunciado – Acórdão 1837/2017);

Acórdão superveniente que decide de forma diferente caso alegadamente similar não caracteriza documento novo capaz de ensejar, em recurso de revisão, a rediscussão do mérito com fundamento nas mesmas provas examinadas na decisão recorrida.

(Enunciado - Acórdão 735/2017)

d) Não valeria o argumento de que a inexistência de coisa julgada tem lastro no fato de que uma prestação anual de contas não é capaz de analisar detidamente todos os atos praticados. Isso porque este entendimento teria sido inaugurado apenas no Regimento Interno de 2015. Antes disso teria vigorado, por décadas, o entendimento do então Procurador-Geral do MP/TCU Lucas Rocha Furtado de que (peça 117, p. 13):

(...) a gestão é uma e, por isso, seu julgamento, nas contas ordinárias, deve abranger todo universo de atos de gestão específicos, sem nenhuma exclusão” e, em outra ocasião “... não vejo como se possa defender o argumento de que as contas submetidas ao julgamento do TCU trariam apenas uma amostragem e que, por isso, existiriam atos e fatos administrativos que ainda estariam sujeitos à apreciação.

Análise

5.2 Consoante o Acórdão 1.821/2018-TCU-Plenário, considera-se, para fins de admissibilidade de recurso de revisão, documento novo todo aquele não examinado no curso do processo.

5.3 No caso vertente, verifica-se que a instrução que embasou o julgamento das contas de 2004 (peça 3, p. 40-49) não trouxe qualquer menção aos contratos 1/2002, 27/2002, 38/2003 e 44/2003. Em outras palavras, o Acórdão 2.032/2005-TCU-1ª Câmara (peça 9, p. 40-41), que julgou pela primeira vez as contas de 2004 do Senac, não se apoiou em qualquer avaliação dos contratos, objeto da Representação (TC 015.981/2001-2), que motivaram o recurso de revisão do MP/TCU.

5.4 Nesse sentido, não cabe a alegação de que o recurso de revisão interposto se baseou na mudança de posicionamento técnico sobre os mesmos fatos.

5.5 Num primeiro momento, o TCU julgou regulares com ressalvas as contas de 2004 e só num segundo momento as irregularidades na construção do Centro Administrativo do Sesc e do Senac foram identificadas pela unidade técnica.

5.6 Motivado pela representatividade do empreendimento e pelas graves irregularidades posteriormente detectadas, o MP/TCU interpôs o recurso de revisão contra o julgamento realizado.

5.7 Portanto, o recurso de revisão se baseou em documento não examinado no curso do processo – instrução da unidade técnica (peça 9, p. 32-36), tal qual prescreve o Acórdão 1.821/2018-TCU-Plenário, de modo a atender ao pressuposto do art. 35, inciso III, da Lei 8.443/1992 para a sua interposição.

5.8 Diante de todo o exposto, deve ser afastada a tese que defende o não cabimento do recurso de revisão por inexistência de fato novo.

Da prescrição da multa

6. A Infracon defende a ocorrência da prescrição punitiva por decurso de prazo.

6.1 Defende a tese acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) O incidente de uniformização de jurisprudência, decidido pelo Acórdão 1441/2016-Plenário, teria firmado o entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva no TCU se subordina ao prazo decenal do art. 205 do Código Civil de 2002 (peça 117, p. 16-17).

b) As irregularidades se remeteriam ao exercício de 2004, tendo transcorrido o lapso temporal necessário para se dar a prescrição da pretensão punitiva (peça 117, p. 20).

Análise

6.2 A jurisprudência do TCU com relação à prescrição da pretensão punitiva foi uniformizada por meio do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que estabeleceu o seguinte entendimento: (i) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (10 anos) e é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada; (ii) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição; (iii) haverá suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa; (iv) a prescrição será aferida independentemente de alegação da parte; e (v) o entendimento do mencionado acórdão será aplicado de imediato aos processos novos e aos pendentes de decisão.

6.3 Com base nas regras acima, resta avaliar o tempo transcorrido entre as irregularidades apontadas e o presente, de modo a concluir pela existência ou não da prescrição.

6.4 Embora as irregularidades na construção do empreendimento em análise tenha sido externalizada em 2008, por meio do Acórdão 1.849/2008-TCU-Plenário, que converteu a Representação do TC 015.981/2001-2 em TCE, naquela oportunidade a referida decisão somente determinou a citação e a audiência dos responsáveis por atos praticados em 2003 (vide item 2.2). A citação e audiência dos responsáveis, com relação às irregularidades atinentes ao exercício de 2004, só ocorreram em fevereiro de 2011 (peça 36, p. 34-38).

6.5 Portanto, em fevereiro de 2011 ocorreu a interrupção do prazo decenal, que voltou a contar a partir do zero a partir daquele momento (item “ii” do parágrafo 6.2). Entre as referidas citações e audiências e a data atual, teriam se passado, por volta, de 9 anos e 1 mês, prazo inferior aos dez anos do art. 205 do CC/02.

6.6 Nesse sentido, faltaria aproximadamente 11 meses para o transcurso da prescrição da pretensão punitiva. Considerando as diversas alegações adicionais trazidas pelos interessados no curso da marcha processual, que redundariam na suspensão da contagem, seguramente o prazo remanescente para a prescrição da punição é ainda maior.

6.7 Dessa forma, não ocorreu o transcurso do prazo decenal estabelecido no Acórdão 1441/2016-Plenário para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não devendo ser acolhida esta tese argumentativa.

Da prescrição do débito

7. A Infracon defende a prescrição do débito imputado.

7.1 Defendem a tese acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) O STF teria reconhecido a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” – (peça 117, p. 21-22).

No que se refere ao Tema 899, o TCU teria se habilitado como *amicus curiae* e o então Ministro-Relator Teori Zavaski teria determinado a suspensão do processamento de demandas análogas no território nacional até o julgamento do mérito da questão (peça 117, p. 24):

Para efeito do § 5º do art. 1.035 do CPC, determino 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.**

[destaques do original]

b) Após o entendimento firmado pelo STF, a Primeira Turma do STJ teria invocado considerações, não aventadas anteriormente, para a solução da controvérsia (peça 117, p. 28-30):

Enquanto que na tomada de contas especial o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, característica intrínseca do processo de prestação ou tomada de contas; na ação de ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o Poder Judiciário.

Não é razoável cogitar, mediante singelo raciocínio lógico, que ex-gestor público permaneça obrigado a provar que aplicou adequadamente verbas públicas após 30, 40 ou 50 anos dos fatos a serem provados, em flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo.

Lado outro, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento visa, à evidência, o resguardo do patrimônio público a qualquer tempo. Nessa hipótese, conforme a dicção constitucional "ação de ressarcimento", o ônus da prova incumbe a quem alega a ocorrência do prejuízo ao erário e atribui responsabilidade ao seu causador, perante o Poder Judiciário. Assim, a exceção constitucional à regra da prescritibilidade pressupõe o exercício da jurisdição e a efetiva prova do prejuízo ao erário e da responsabilidade do seu causador, ônus de quem pleiteia.

Caso contrário, admitir-se-ia Estado de Exceção, onde qualquer ex-gestor público demandado pelo TCU, em tomada de contas especial, estaria obrigado a provar, ele, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação de verbas federais repassadas, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo ao erário.

Dessa forma, repito, a atuação do Tribunal de Contas da União, mediante tomada de contas especial, atribuindo o ônus da prova a quem recebeu repasse de verbas públicas federais é legítimo e possível, nos termos da legislação, em especial a Lei 8.443/92. Entretanto, **a não sujeição dessa atuação a limite temporal conduziria a situações de profunda e grave perplexidade, contrárias ao Estado de Direito.**

Isto posto, a tomada de contas especial está sujeita ao prazo decadencial de 5 anos desde quando exigível, limite temporal para que irregularidade nas contas gere presunção de prejuízo ao erário e importe na imputação do débito e multa ao responsável. Expirado esse prazo, ressalva-se a via judicial para eventual ação de ressarcimento, esta imprescritível, oportunidade em que deverá ser provado o efetivo prejuízo ao erário e a responsabilidade do acionado.

[destaques do original]

Com efeito, a Ministra Regina Helena Costa, no precedente acima, teria feito duas distinções quanto à regra da imprescritibilidade contida no art. 37, §5º, da CF/88 (peça 117, p. 31):

1) somente estaria alcançada pela imprescritibilidade as hipóteses de "desfalque ou desvio de dinheiro, bens e valores públicos" (art. 16, III, d, da Lei n. 8.443/92); e 2) quando a rejeição de contas e a imputação de devolução de valores do TCU estiver fundamentada nos incisos a, b e c do mesmo dispositivo legal (omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração à norma legal ou regulamentar e dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico) deve incidir a prescrição para Administração Pública.

c) Considerando que os serviços de engenharia prestados pela Infracon teriam tido início em 2002 e sido totalmente entregues em 2006, enquanto a pretensão de constituição do débito contra a mesma só teria sido levada a cabo em março de 2019, ou seja, quinze anos após o exercício das contas de 2004, teria transcorrido a prescrição do débito imputado (peça 117, p. 31).

Análise

7.2 Com relação à pretensão de ressarcimento de dano ao erário, a jurisprudência pacífica do TCU e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são **imprescritíveis**, conforme enunciado da Súmula TCU 282, exarada em consonância com posicionamento do Plenário do STF, proferido em sede de mandado de segurança (MS 26.210-9/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

7.3 No mesmo sentido, embora o Resp 1.105.442/RJ, transcrito no item “b”, tenha fixado em cinco anos o prazo máximo para ressarcimento do erário, cabem fazer duas ressalvas.

7.4 Primeiramente, a decisão acima se refere à matéria tributária, seara do direito com princípios e legislações específicos e significativamente distintos do arcabouço do controle externo.

7.5 Em segundo, além de ser uma decisão isolada, não compondo uma orientação geral do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, somente o STF poderia fixar um entendimento vinculante ao TCU sobre o assunto. Isso porque a discussão sobre a prescritibilidade do ressarcimento ao erário compõe uma interpretação do art. 37, §5º, da CF/88.

7.6 Nesse sentido, a interpretação de dispositivos constitucionais, bem como o julgamento de eventuais conflitos entre a legislação federal (Lei 8.443/92) e a Constituição são competências exclusivas do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF/88.

7.7 Quanto à repercussão geral do Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, embora o STF possa alterar o seu entendimento anterior (MS 26.210-9/DF), de maneira a vincular esta Casa de Contas, tal julgamento ainda não ocorreu, estando a Súmula TCU 282 compatível com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

7.8 Portanto, a orientação da Súmula TCU 282 está em vigor, devendo ser aplicado o seu entendimento de que as ações de recomposição do erário são imprescritíveis.

7.9 Por último, cabe registrar que grande parte da mora em relação ao julgamento do presente feito se deu em razão das diversas oportunidades concedidas para que os interessados protocolassem novas alegações de defesa mesmo após as instruções conclusivas da unidade técnica.

7.10 Nesse sentido, a instrução que analisou as audiências e citações referentes ao exercício de 2004 foi inserida nos autos em dezembro de 2011 (peça 71, p. 1-38). Nesse momento, os autos já se encontravam conclusos e poderiam ser julgados. Todavia, o recorrente acostou nova manifestação (peças 37, 38 e 39 do TC 013.634/2003-3). Privilegiando o contraditório e ampla defesa, o então Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues acolheu a proposta do MP/TCU e devolveu o processo para nova instrução de mérito da unidade técnica (peça 71, p. 44).

7.11 A instrução seguinte fora protocolada em abril de 2014 (peça 34). Em nova oportunidade o TCU poderia ter julgado o processo, todavia, o recorrente protocolara extensa nova documentação em agosto de 2014 (peça 48). Pela segunda vez, o processo foi devolvido para nova instrução da unidade técnica, que foi concluída em agosto de 2017 (peça 71).

7.12 Fica evidente, portanto, que a alegação de prejuízo da defesa em razão do extenso lapso temporal transcorrido não deve prosperar. Pelo contrário, observa-se que a mora do processo se deu justamente para permitir que os interessados trouxessem elementos adicionais de defesa que nem estão previstos no curso do processo regular. Em outras palavras, os recorrentes foram beneficiados com novas oportunidades de convencimento que não estão previstas no rito processual do TCU.

7.13 Portanto, a alegação da impossibilidade de uma boa defesa, em razão da distância temporal dos fatos, não é verificada no curso do presente processo.

7.14 Diante de todo o exposto, o entendimento quanto à imprescritibilidade do débito encontra-se plenamente vigente por parte da Súmula TCU 282 e os recorrentes tiveram amplas possibilidades de exercerem o seu direito de defesa e convencimento, não devendo ser acolhida a tese prescrição do dano ao erário imputado.

Das violações ao devido processo legal

8. A empresa Infracon alega ter havido violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

8.1 Defende a tese acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) Teriam sido, em diversas ocasiões, juntados novos documentos e novas manifestações técnicas aos autos sem que a recorrente fosse notificada para se manifestar sobre eles, o que teria comprometido o seu poder de influência sobre a decisão recorrida (peça 117, p. 33).

b) A empresa só teria tomado conhecimento dos novos documentos com a notificação do Acórdão que acolheu o pedido de revisão do MP/TCU e lhe imputou débito (peça 117, p. 33).

Análise

8.2 Com relação à alegação da empresa Infracon no sentido de ter sido juntado novos documentos e novas manifestações técnicas sem que essa tivesse tomado conhecimentos (itens “a” e “b”), cabe tecer as seguintes considerações:

8.3 Primeiramente, a recorrente não explicitou quais seriam os novos documentos e as novas manifestações técnicas que teriam sido acostados sem que a mesma pudesse se manifestar. Portanto, tal argumentação genérica não se presta a comprovar qualquer violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa no presente feito.

8.4 ‘Supõe-se’ que as aludidas documentações e manifestações técnicas que teriam sido acostadas aos autos, sem que a empresa tivesse sido instada a se manifestar, seriam as manifestações complementares do Sr. Antônio José Domingues e as instruções, que analisaram tais manifestações complementares, respectivamente.

8.5 Quanto às novas documentações (peças 37, 38 e 39 do TC 013.634/2003-3 e peça 48), estas se compõem de manifestações complementares do segundo interessado, que, inclusive, beneficiariam a Infracon, não existindo, do ponto de vista lógico, processual e regimental, razão para a abertura de nova fase de defesa.

8.6 Quanto as instruções que analisaram as manifestações complementares do segundo interessado (peças 41 e 74), estas não ensejariam a abertura de novas alegações de defesa. Isso porque tais instruções analisaram justamente as alegações de defesa trazidas pelos recorrentes.

8.7 Portanto, não cabe qualquer alegação de que novos fatos, em prejuízo da infracon, foram acostados aos autos sem que esta empresa tenha tido a oportunidade de os contraditar.

8.8 Acrescenta-se que o contraditório e a ampla defesa nos processos do TCU são inaugurados com a notificação válida dos atos que ordenam a citação e a audiência. A partir de então, incumbe às partes produzirem suas alegações de defesa e razões de justificativa, bem como de acompanhar o andamento dos autos, exercendo as suas faculdades processuais, mediante pedidos de vista e cópia, apresentação de memoriais ou exercendo sustentação oral nos julgamentos.

8.9 Nesse sentido, inexistente previsão nas normas processuais do TCU de notificação pessoal das partes da juntada de novos documentos ou da inclusão de processo em pauta para julgamento. Além de isso não significar qualquer violação às garantias constitucionais a que alude o recorrente.

8.10 Insta destacar que a Infracon foi devidamente citada e exerceu outras faculdades processuais, apresentando alegações de defesa e pedindo cópia dos autos.

8.11 Diante do exposto, devem ser rejeitadas as alegações de violação ao devido processo legal e ao amplo exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da Infracon.

Do débito

9. A empresa Infracon alega que a apuração do débito não está fundada em análise técnica, segura e precisa e que os critérios adotados não têm amparo nos preços de mercado praticados.

9.1 Defende a tese acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) O superfaturamento teria sido apurado sem realizar uma compensação entre os itens superavaliados e subavaliados, contrariando o entendimento do TCU (Acórdãos 2.482/2008, 2.885/2008, 1.064/2009, 1.302/2015 e 2.510/2016, todos do plenário) – peça 117, p. 34-36);

b) A Lei 10.524/2002 (LDO 2003) teria estabelecido que os custos de contratações com recursos provenientes do Orçamento Geral da União — 2003 não poderia ser superiores a 30% daqueles constantes do SINAP (peça 117, p. 36-37):

Art. 93. Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União **não poderão ser superiores a 30% (trinta por cento) àqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi**, mantido pela Caixa Econômica Federal.

§ 1º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, poderão os respectivos custos ultrapassar o limite fixado no caput deste artigo, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.

[destaque do original]

Nesse sentido, como os sobrepreços apontados seriam 3,01%, 13,52% e 15,47, estariam dentro do limite tolerado pela legislação (peça 117, p. 37).

c) A conclusão sobre o superfaturamento não estaria respaldada por um conceito seguro, pois teria sido formada a partir de critério unilateral da unidade técnica, que teria rejeitado outros critérios propostos pelos jurisdicionados, em especial o estudo da Fipe, que teria concluído pela inexistência de superfaturamento (peça 117, p. 38).

d) A falta de rigor na análise do sobrepreço poderia ser identificada na grande variação dos percentuais de superfaturamento que passaram de 38%, 44% e 26% para 13,52%, 15,47% e 3.01% (peça 117, p. 39).

e) Estudo da Fipe teria concluído pela inexistência de sobrepreço (peça 117, p. 39);

f) Embora o acórdão recorrido tivesse considerado frágil os trabalhos da Fipe, seria inegável que o mesmo teria ignorado o estudo complementar da Fipe, de 21/8/2014, que teria buscado no Sinapi os custos dos mesmos serviços executados e teria concluído pela inexistência de superfaturamento (peça 117, p. 39-40).

g) a unidade técnica teria comparado preços do Sinapi, que não guardariam qualquer relação com os preços dos serviços que teriam sido efetivamente executados na obra. Conforme se desprende das passagens a seguir, as análises instrutórias não teriam considerado as particularidades das especificações, da complexidade da obra e de seu canteiro (peça 117, p. 40-42):

g.1) A unidade técnica não teria considerado a “distribuição de material dentro do canteiro”, que seria extremamente onerosa, em razão da impossibilidade de descarregar

os materiais próximos de seus locais de aplicação. Similarmente, teria sido desconsiderado o custo de peneiramento das areias utilizadas nos revestimentos (peça 117, p. 40).

g.2) Na composição de custo do serviço de Peitoril (Contrato 1/2002, a unidade técnica não teria considerado o custo dos serviços de limpeza da superfície, chapisco traço 1:3, argamassa de cimento e areia traço 1:3 e arbitrariamente teriam considerado a argamassa traço 1:1:4, de modo a ignorar a mão de obra e os materiais efetivamente empregados (peça 117 p. 41).

g.3) Nos serviços de Impermeabilização de Calhas e Lajes sob telhado não teria sido considerado a utilização de cimento ARI, de aditivo plastificante, limpeza e calefação da área, regularização da área com caimento de 1% para os pontos de captação de água, de sorte que o acórdão recorrido teria considerado serviço diferente do que foi executado (peça 117, p. 41).

g.4) A composição de alvenaria da unidade técnica não teria correspondência com o banco de dados do Sinapi. Além de não considerar custo de frete, carga, descarga, transporte interno de andaimes na obra, a unidade técnica teria deixado de levar em conta o preço de luminárias efetivamente executadas na obra, cujo padrão de qualidade seria completamente diferente das especificadas pelo Sinapi (peça 117, p. 41).

g.5 Na composição do custo do reboco, teria sido desconsiderado o preço de taliscamente, requadrações e argamassa com traço 1:3 (peça 117, p. 42).

g.6) Para o cálculo de Revestimento Acrílico Texturizado, não teria sido considerado o material especificado nem mesmo a composição correspondente. Nas alvenarias, não teria sido considerado os serviços de marcação, de engastamento nos pilares de concreto com aço 6,3 mm e tela de ligação da alvenaria com estrutura de concreto. Na aplicação do Laminado Melamínico, não teria sido considerado o custo de lixamento da parede. Por último, os preços dos cabos elétricos considerados não seriam iguais aos especificados nem sido considerado o custo da descarga das bobinas com caminhão *munk* (peça 117, p. 42).

Análise

9.2 Quanto ao argumento de que o superfaturamento teria sido apurado sem realizar uma compensação entre os itens superavaliados e subavaliados (item “a”), o mesmo não socorre os recorrentes. Tal argumento já foi trazido aos autos (peça 48, p. 1-5) e devidamente afastado pela unidade instrutora (peça 74, p. 8):

Quanto ao critério de análise ser por preço global ou por preços unitários, esclarece-se que a análise de sobrepreço se deu pelo critério de preço global, com os sobrepreços sendo compensados pelos subpreços em relação aos preços unitários referenciais.

9.3 Quanto à alegação de que o art. 93 da Lei 10.524/2002 (LDO 2003) estabelece uma margem de tolerância de 30% (item “b”), a mesma deve ser afastada. A jurisprudência atual do TCU entende que não existe margem tolerável de sobrepreço (Acórdãos 1894/2016, 3021/2015 e 3095, todos do plenário).

9.4 Quanto ao argumento de que a conclusão do superfaturamento não estaria respaldada em conceito seguro, em razão de critério unilateral da unidade técnica (item “c”) e da redução substancial do superfaturamento ao longo do feito (itens “d”), estes não devem ser considerados.

9.5 Primeiramente, a significativa redução do superfaturamento ao longo das análises da unidade instrutora não decorreu de falta de rigor, mas por ter sido levado em consideração, de maneira ampla, as diversas alegações e considerações dos recorrentes em relação aos custos da obra e ter sido adotados, em diversas ocasiões, interpretações conservadoras e benéficas aos interessados.

9.6 Nesse sentido, o superfaturamento (inicial) foi apresentado em dezembro de 2011 por meio da instrução inserta na peça 71, p. 1-38. Estando os autos no Gabinete do Sub-Procurador-Geral do MP/TCU, o Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos apresentou ao Tribunal, em abril de 2012, novos elementos produzidos pela Fipe (peças 37, 38 e 39 do TC 013.634/2003-3).

9.7 Em abril de 2014, a unidade instrutora analisou as considerações e documentações dos recorrentes na instrução acostada junto à peça 41, oportunidade em que o superfaturamento reduziu substancialmente em virtude das considerações de defesa trazidas.

9.8 Nessa altura da marcha processual, o feito já poderia ter sido julgado, todavia o Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos apresentou novas alegações de defesa (a terceira) – peça 48. Após o feito voltar para a unidade técnica, a instrução inserta na peça 74 analisou as últimas alegações, que, todavia, não identificou fundamentos para outra redução do débito.

9.9 Portanto, a redução significativa do superfaturamento se deu em grande parte pela ampla consideração dos argumentos das defesas, fato este que não desabona o trabalho da unidade técnica, mas reforça a lisura da instrução processual realizada.

9.10 Por último, o superfaturamento reduziu significativamente em razão de interpretações conservadoras e benéficas aos interessados mesmo quando as evidências apontavam para um agravamento de sua situação.

9.11 No caso do Contrato 1/2002, ao longo do feito, procedeu-se ao ajuste dos preços unitários dos itens 2.1 – Madeiramento para telhas de aço; 2.2.1 – Telha Térmica tipo Perkrone e 6.7 – Isolamento térmico de calhas e lajes. Se tal realinhamento tivesse sido considerado na análise inicial (peça 5, p. 43-47 do TC 013.538/2005-3), o valor do superfaturamento passaria de R\$ 515.563,17 para R\$ 792.938,18 (a preços históricos). Todavia, por conservadorismo, a unidade técnica optou por manter o superfaturamento inicial – (peça 26, p.12 do TC 013.538/2005-3).

9.12 No caso do Contrato 44/2003, na primeira análise, identificou-se um superfaturamento de R\$ 396.358,59, todavia, na planilha de cálculo apresentada nas páginas 49 a 51 da peça 33 do TC 015.981/2001-2, demonstra-se que o valor correto é R\$ 481.444,43. Por conservadorismo, foi mantido o superfaturamento inicial nas instruções seguintes (peça 26, p. 40 do TC 013.538/2005-3).

9.13 Portanto, deve ser afastada a alegação de falta de rigor e técnica das análises implementadas, em razão da redução significativa do superfaturamento ao longo do processo (item “d”). Conforme o exposto, tal redução se deu em razão do amplo acatamento dos argumentos de defesa e de interpretações conservadoras por parte da unidade instrutora.

9.14 Pelas razões acima também deve ser afastada a alegação de que o superfaturamento não estaria respaldado em conceito seguro, em razão de critério unilateral da unidade técnica, que teria rejeitado outros critérios propostos, em especial, o estudo da Fipe (item “c”).

9.15 Quanto às conclusões do estudo da Fipe, que indicou que os custos das obras estariam aderentes com os preços de mercado (item “e”), cabe trazer as suas principais fragilidades que levaram ao seu não acatamento pleno por parte deste Tribunal.

9.16 Primeiramente, a instrução inserta na peça 41 o analisou e, em que pese ter apontado diversas fragilidades, acatou parte dos argumentos, de modo a ajustar os quantitativos de referência e reduzir o superfaturamento do Contrato 38/2003 em R\$ 157.819,77 (p. 35).

9.17 Em segundo, a FIPE pesquisou os preços dos serviços e insumos na data de julho de 2011. A comparação dos valores pesquisados com os dos contratos, com diferentes data-base, ocorreu por intermédio de índices (peça 41, p. 12). Entretanto, tal prática afronta o atributo da validade temporal dos orçamentos que impõe limitação temporal a qualquer orçamento, em razão de alterações de premissas no tempo que não podem ser corrigidas por índices, tais como flutuações

nos preços dos insumos ao longo do tempo; alteração da alíquota ou criação de novos impostos ou encargos; mudanças e inovações tecnológicas; novos cenários econômicos, financeiros e gerenciais.

9.18 Por essa razão a jurisprudência desse Tribunal rejeita a adoção de índices para a correção ou retroação de preços referenciais de mercado por longos prazos, conforme pode ser extraído das seguintes passagens dos Acórdãos 2.127/2006, 396/2008, 1.657/2011, 2.158/2014, 854/2016 e 167/2017-TCU-Plenário, respectivamente:

As correções por datas demasiadamente longas não se prestam a clonar as exatas condições da obra à época da assinatura do contrato. Não deve ser desprezada a flutuação individual no preço de algum insumo, as modificações no cenário socioeconômico e mesmo as inovações tecnológicas dos equipamentos, a alterar as produtividades, os custos de propriedade e diversos outros componentes de gasto. (Min. Valmir Campelo)

Ora, a confrontação do orçamento contratado com um outro elaborado com parâmetros de custo de jul/06, mais de 06 anos após é, pois, imprópria para aferição de adequação da proposta das empresas. Tais comparações só mascaram o claro sobrepreço nos contratos [1] e [2], quando comparada preços paradigma na época da contratação. (Min. Raimundo Carreiro)

Avaliou-se que a retroação de valores do SICRO 2 por longos períodos não se presta a validar preços de obras, tendo em vista a distorção existente entre a variação de custos dos índices setoriais não acompanharem o crescimento de custos do SICRO2 (resultando que sempre o sobrepreço fica mascarado com esse procedimento). (Min. José Jorge)

[...] consoante já entendido por esta Corte, é entendido como inadequada a retroação de custos para comparação de sobrepreços em orçamentos contratados em período muito anterior. A tese foi acolhida no Acórdão 2.127/06-P. (Min. José Jorge)

Com efeito, a correção ou a retroação de referenciais de preços, como o Sicro, por longos períodos não se presta para a verificação da compatibilidade dos valores contratados com os praticados no mercado à época do ajuste, uma vez que correções monetárias por períodos demasiadamente longos geram distorções, por não considerarem outras variáveis incidentes sobre a variação de preços. Ainda mais se utilizado um índice de preços que não me parece o mais adequado para refletir a variação de custos de obras rodoviárias. (Min. Benjamin Zymler)

É essa questão da retroação, dentre outros elementos, que me leva a rejeitar estudo elaborado pela Pini Engenharia apresentado nas peças de defesa da [empresa]. O citado parecer procurou justificar os preços do Contrato 47/97 mediante a comparação com os preços do “Sicro II adaptado”, com data-base de janeiro/2015, retroagidos para novembro/1996, mediante a aplicação de índices da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Observa-se, portanto, que o comparativo está fundamentado na retroação de preços referenciais em aproximadamente 18 anos, o que compromete qualquer conclusão válida. (Min. Benjamin Zymler).

9.19 No caso em apreço, a Fipe retroagiu os seus preços pesquisados em julho/2011 para maio/2002 (aproximadamente nove anos), portanto, prazo demasiadamente longo para afastar o risco de alteração das premissas e condições da obra analisada.

9.20 Ademais, não acompanharam a pesquisa da FIPE evidências documentais de amparo dos valores pesquisados, de forma a possibilitar a verificação da aderência das composições e preços unitários apresentados com o objeto executado (peça 41, p.12).

9.21 Similarmente, o estudo adotou referenciais de preços unitários do mercado de São Paulo quando a obra foi executada no Rio de Janeiro (peça 74, p. 13).

9.22 O estudo também não trouxe tratamento estatísticos a certos insumos, tais como do item 9.2.2 - Emboço e reboco para revestimento texturizado, cimento, cal e areia 1:2:5, do item 9.3 – revestimento acrílico Texturizado e do item 9.2.4 - Revestimento cimento e areia – massa fina (peça 41, p. 12).

9.23 Por fim, o estudo apresentou outras fragilidades como considerar serviços que não foram executados na prática, tal qual a execução de reboco junto do item 9.2.3 - Emboço cimento e areia 1:3, para epóxi interno (peça 41, p. 23).

9.24 Portanto, deve ser afastada a alegação de que as conclusões do estudo da Fipe indicaram que os custos das obras estariam aderentes aos preços de mercado (item “e”). Em que pese terem sido acatadas partes dos apontamentos do estudo, o mesmo apresentou significativas fragilidades.

9.25 Quanto à alegação de que o TCU teria ignorado o estudo complementar da Fipe, de 21/8/2014, que teria buscado no Sinapi os custos dos mesmos serviços executados (itens “f”), esta alegação também deve ser rejeitada pelas considerações a seguir.

9.26 Primeiramente, a instrução inserta na peça 74 analisou especificamente a referida documentação complementar (peça 48). Na oportunidade, rebateu-se de maneira ampla e objetiva os pontos do estudo que essencialmente repetiu as considerações do estudo anterior (peça 74, p. 15).

9.27 Em segundo, além de outras fragilidades, ficou evidenciado que, mesmo na terceira alegação de defesa do recorrente, o mesmo não trouxera composição alternativa nem mesmo referência de custos, conforme pode ser extraído dos trechos a seguir (peça 74, p. 13-14):

76. **A ausência de composições na fase de licitação não justifica a não apresentação de composições pela FIPE nesta fase processual, tanto que as próprias empresas contratadas, Infracon e Cogefe, apresentaram as suas composições na fase de alegações de defesa** (analisadas na instrução da peça 13, p. 3-38), pelas quais houve redução, do sobrepreço calculado de R\$ 515.563,18 para R\$ 391.092,71 no Contrato 01/2002, de R\$ 509.029,69 para R\$ 404.893,23 no Contrato 27/2002, de R\$ 1.330.898,94 para R\$ 639.427,63 no Contrato 38/2003, e de R\$ 396.358,59 para R\$ 383.300,04 no Contrato 44/2003. (...)

79. A FIPE, além das contestações aos apontamentos acima, apresentou também contestações específicas relacionadas a cada serviço analisado na instrução precedente. Em parte delas, apresentou maiores esclarecimentos sobre detalhes considerados na precificação dos serviços. **Todavia, a análise dessas considerações fica prejudicada pela continuidade da ausência das composições que serviram de base para os preços unitários utilizados no estudo da FIPE.**

80. **A confirmação de que os serviços auxiliares alegados foram considerados nos preços unitários apresentados, assim como seriam compatíveis com a obra executada, somente se torna possível mediante a apresentação das correspondentes composições.**

[destaques inseridos]

9.28 Portanto, descabida é a alegação de que a decisão vergastada desconsiderou o estudo complementar da Fipe, de 21/8/2014, e de que o mesmo teria buscado no Sinapi os custos dos mesmos serviços executados. Conforme exposto, o referido estudo complementar foi analisado e, mesmo em sua terceira alegação de defesa, o recorrente não apresentou composição dos serviços executados a fim de contraditar a análise da unidade técnica.

9.29 Passando para as alegações que levam à conclusão de que a unidade técnica teria comparado preços do Sinapi, que não guardariam qualquer relação com os serviços executados (item “g” e subitens “g.1”-“g.6”), cabem as seguintes considerações.

9.30 Conforme o disposto no parágrafo único do art. 70 da CF/88, no art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 e no art. 66 do Decreto 93.872/1986, cabe àqueles que receberam ou geriram recursos do Estado comprovar a sua boa e regular aplicação. Com fundamento nesses dispositivos, a jurisprudência do TCU é uníssona pela inversão do ônus da prova dessa comprovação (Acórdão 11391/2019-2ª Câmara e Acórdãos 2628/2019, 2559/2019, 2547/2019, 2504/2019, e

2249/19, todos do Plenário).

9.31 Com relação aos diversos insumos colacionados nos subitens “g.2”-“g.6”, o recorrente alegou que, em razão das particularidades da obra, tais itens não teriam sido considerados pela unidade técnica nos padrões empregados. Todavia, além de ter afastado divergências em relação a todos esses insumos, a instrução inserta na peça 41 registrou que o recorrente não trouxe **qualquer comprovação documental ou referência** de suas composições e custos unitário em relação aos mesmos itens apresentados (conforme p. 16, 17, 21, 22, 23 e 26-28).

9.32 Assim, o recorrente sequer trouxe as composições que entendia adequada para os insumos apresentados nestes itens, de modo a não comprovar a regularidades dos gastos que incorreu e impossibilitando qualquer avaliação por parte da unidade técnica.

9.33 Igualmente em relação à distribuição de material no canteiro (subitem g.1), em que pese a rubrica não ter sido avaliada nas instruções precedentes, o recorrente não trouxe em sua peça recursal qualquer comprovação de que o custo considerado pela unidade técnica não estaria adequado aos padrões da obra. Similarmente, não apresentou a composição do serviço.

9.34 Portanto, devem ser afastados as alegações de que a unidade técnica não teria levado em consideração os insumos colacionados no item “g”, uma vez que, nos termos da pacífica jurisprudência deste Tribunal, cabe aos interessados comprovar a regularidade dos seus gastos, não tendo sido apresentado, para os mesmos insumos, qualquer composição ou referência documental.

9.35 Por todo o exposto, devem ser rejeitadas as alegações que propugnam que a apuração do débito não está fundada em análise técnica, segura e precisa e que os critérios adotados não têm amparo nos preços de mercado praticados.

Da responsabilização do Presidente do Senac

10. O recorrente Antônio José Domingues de Oliveira Santos defende que, em contrariedade à natureza da responsabilização perante o TCU que é subjetiva, a sua responsabilização pelo acórdão vergastado teria se dado de maneira objetiva, pelo simples fato de ter sido o signatário dos contratos que apresentaram distorções de preços.

10.1 Defende a tese acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) O Acórdão 2.174/2019-TCU-Plenário, que confirmou o Acórdão vergastado, teria alegado que os fundamentos da responsabilização do presente processo seriam análogos aos fundamentos da responsabilização no âmbito do TC 013.634/2003-3, todavia, enquanto o objeto do presente processo seria o sobrepreço nos contratos firmados, no TC 013.634/2003 o objeto seria a desclassificação ilegal da licitante que ofertou o menor preço. Em síntese, seriam fatos totalmente distintos, resultado de condutas distintas que não poderiam ser unificadas para impor responsabilidade do recorrente no âmbito deste processo (peça 114, p. 4-6).

b) Estudo técnico da Fipe teria consignado que as distorções de preço apontadas iriam muito além do conhecimento técnico exigível de um administrador probo (peça 114 p. 9-10);

c) Como Presidente do Sesc e do Senac, o recorrente não teria tido envolvimento direto com atos licitatórios, elaboração de planilhas de preços e composição de custos de insumos. Nesse sentido, o MPTCU teria trazido o seguinte posicionamento (peça 114, p. 10-11):

14. Embora todas as várias irregularidades identificadas nesses autos possam ter como origem falhas no planejamento da obra, pelas quais, a princípio, o presidente da organização poderia ser responsabilizado, **não há, nos autos, qualquer indício de ligação ou de envolvimento diretos desse gestor com as planilhas orçamentárias dos diversos contratos** que contém os referidos sobrepreços.

15. Obviamente, não seria mesmo de se esperar que **a esfera de abrangência da atuação do presidente de uma entidade de âmbito nacional incluísse o exame pormenorizado de planilhas orçamentárias de contratos de obras, capaz de detectar detalhes de preços majorados e que conduziram a sobrepreços no valor total dos contratos da ordem de 3 a 15% (peça 37, p. 15).**

16. Portanto, quanto a sua reponsabilidade sobre o dano identificado, merecem acolhidas as alegações de defesa do Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos, restando não acolhidas as alegações de defesa apresentadas pelas empresas envolvidas (peça 13).

d) A jurisprudência dos Tribunais superiores e a doutrina estabeleceriam que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada que, prevista no art. 103 do CC/02, consideraria existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo (peça 114, p. 12-17).

Análise

10.2 De início, as alegações do Sr. Antônio José Domingues de Oliveira Santos não afastam a sua responsabilidade pelo débito apontado.

10.3 Quanto à alegação de que o Acórdão vergastado teria se baseado, de maneira errada, nos mesmos fundamentos para a condenação no âmbito do TC 013.364/2003-3 (item “a”), a mesma não socorre o recorrente. Isso porque as irregularidades tratadas no presente processo são as mesmas examinadas no processo de prestação de contas do Sesc relativa ao exercício de 2004 (TC 013.538/2005-3), com o diferencial de que, naquele processo, aborda-se o ressarcimento do prejuízo causado ao Sesc, já que ele também arcou com as obras do Centro Administrativo.

10.4 Portanto, ao contrário do propugnado pelo recorrente, o objeto do presente processo e as condutas dos responsáveis são rigorosamente as mesmas do TC 013.538/2005-3.

10.5 Quanto às alegações de que não caberia ao responsável analisar a elaboração de planilhas de preços e composição de custos de insumos (item “c”), de que as distorções de preço apontadas iriam além do conhecimento técnico exigível de um administrador (item “b”) e da falta de nexo causal entre a conduta do responsável e o dano (item “d”), as mesmas também devem ser afastadas.

10.6 Embora não seja razoável exigir de um dirigente máximo o exame detalhado de planilhas e composições de custo, o superfaturamento em apreço decorreu de significativas falhas no planejamento das obras, tendo como principal origem as alterações significativas de projeto em razão da parceria do Senac com o Sesc em 2002. Na oportunidade, este último adquiriu a metade do empreendimento o que levou a realização de significativas mudanças da obra em curso desde 1996.

10.7 Nesse sentido, cabe transcrever trecho do voto do Acórdão 1490/2012-TCU-2ª Câmara:

13. De outra parte, se as obras começaram em fevereiro de 2000, as fases de planejamento e revisão dos projetos certamente deveriam ser anteriores a esse período. Da mesma forma, **no caso de se considerar que as alterações mais significativas deram-se em função da parceria com o Sesc**, tais fases deveriam ter ocorrido somente após a formalização do ajuste, já no exercício de 2002.

14. Portanto, penso que a irregularidade, nos termos indicados, não se coaduna com o exercício em exame.

15. Além disso, é importante registrar **que a ausência de planejamento e a inexistência de projeto básico não foram as únicas irregularidades pelas quais os responsáveis foram chamados a se defender. Na verdade, estas ocorrências, por si só autônomas, foram a origem de outras irregularidades.** É o que se extrai da instrução da unidade técnica de origem, que, aprovada pelo Relator, teve como consequência a audiência dos responsáveis, nos seguintes termos: (...)

[destaques acrescidos]

10.8 Portanto deve ser afastada a argumentação de que o Presidente do Sesc e do Senac não seria responsável pelo débito em razão de fugir de suas atribuições a verificação de planilhas. Conforme exposto, o presente superfaturamento decorreu da falta de planejamento da obra e da modificação do objeto da obra para também se tornar a sede do Sesc. De fato, o planejamento da obra, as parcerias firmadas e a mudança do escopo da obra constituem ofício do recorrente.

10.9 Portanto, entende-se que devem ser afastadas as alegações do responsável pela falta de nexo causal entre as suas condutas à frente do Sesc e do Senac e o dano apontado.

CONCLUSÃO

11. Das análises anteriores, ante os elementos constantes destes autos, o contexto normativo e as diretrizes jurisprudenciais aplicáveis ao caso, conclui-se:

- i. pelo cabimento do recurso de revisão interposto pelo MP/TCU;
- ii. pela não ocorrência da prescrição punitiva;
- iii. pela imprescritibilidade do débito imputado;
- iv. pela inexistência de qualquer violação ao devido processo legal;
- v. pela inexistência de fundamento para alterar o débito imputado.

11.1 Por todo o exposto, propõe-se conhecer dos recursos interpostos por Antônio José Domingues de Oliveira Santos e pela Infracon e, no mérito, negar-lhes provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92 e art. 285 do RITCU, submetem-se os autos à apreciação superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

a) conhecer dos recursos interpostos por Antônio José Domingues de Oliveira Santos (CPF 014.706.557-72) e pela Infracon – Construtora e Incorporadora Eireli (CNPJ 02.329.639/0001-40) e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) cientificar a recorrente e os demais interessados do acórdão que vier a ser prolatado, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

Secretaria de Recursos, 2ª Diretoria,
21 de março de 2020.

(Assinado Eletronicamente)
Ricardo Abdalla Lage
AUFC – Mat. 10177-0