

TC – 003.187/2004-4 (Processo eletrônico-convertido)

Natureza: TCE (Recurso de Reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Rondônia – Devop/RO; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit; Superintendência Regional do Dnit nos Estados de Rondônia e Acre.

Recorrentes: Homero Raimundo Cambraia (CPF 171.923.316-00); Joaquim de Sousa (CPF 119.161.091-87); Miguel de Souza (CPF 098.365.274-00); Planurb Planejamento e Construções Ltda. (CNPJ 14.312.169/0001-91).

Interessados: Isaac Bennesby – falecido (CPF 032.263.792-91); José Humberto do Prado Silva (CPF 605.324.248-91).

Advogados constituídos nos autos: Dr. José Almeida Júnior (OAB/RO 1.370) e outros, Dr.^a Nathália Lima de Souza Duarte (OAB/MG 132.953) e outros, procurações às pág. 1 da Peça 48; pág. 1 da Peça 57; pág. 1 da Peça 69; e pág. 15 da Peça 31.

Decisão Recorrida: Acórdão 1.791/2012-TCU-Plenário.

Sumário: TCE. IRREGULARIDADES EM TRECHO DAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA BR-429/RO. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS. ACOLHIMENTO DE ALGUMAS JUSTIFICATIVAS E AFASTAMENTO DE OUTRAS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E MULTA EM RAZÃO DE SUPERFATURAMENTO E PAGAMENTOS EM DUPLICIDADE. DETERMINAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL PARA UM GESTOR, PROVIMENTO PARA OS OUTROS DOIS E NÃO PROVIMENTO PARA A EMPRESA. CIÊNCIAS ÀS PARTES.

1. Se os documentos apresentados pelo recorrente são insuficientes para afastar as irregularidades na prestação de contas, o débito imposto não será elidido, haja vista a necessidade de comprovar, inequivocamente, a dita boa e regular aplicação dos recursos, de acordo com as normas legais e regulamentares pertinentes ao caso, cuja responsabilidade é pessoal do gestor.

I. HISTÓRICO PROCESSUAL

Inicialmente, assinala-se, por questões metodológicas, que nesta instrução se fará referência às peças sempre com base nos documentos e nas respectivas numerações de páginas constantes do processo eletrônico, ante sua conversão, consoante Termo de Conversão autuado como Peças 32 e 94. Ignorar-se-á, portanto, as numerações de páginas consignadas nos então existentes volumes e peças do processo físico.

2. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Sr. Homero Raimundo Cambraia (R002-Peça 58), Joaquim de Sousa (R001-Peça 49), Miguel de Souza (R004-Peça 68), ex-Diretores-Adjuntos e ex-Diretor-Geral do DER/RO e Empresa Planurb Planejamento e Construções Ltda. (R003-Peça 61), à época dos fatos, ordenadores de despesa e empresa contratada, nestes atos representados por seus advogados Dr. José Almeida Júnior (OAB/RO 1.370) e outros (procurações às pág. 1 da Peça 48; pág. 1 da Peça 57; pág. 1 da Peça 69) e Dr.^a Nathália Lima de Souza Duarte (OAB/MG 132.953) e outros (procuração à pág. 15 da Peça 31), por intermédio dos quais se insurgem contra o Acórdão 1.791/2012-Plenário, prolatado na sessão de julgamento do dia 11/7/2012 – Ordinária e inserto na Ata 26/2012 – Plenário (págs. 30-63 da Peça 93), que julgou irregulares as contas dos recorrentes, condenando-os em débito solidário, dentro de cada esfera de responsabilidade (item 9.1) e cominando-lhes multas individuais (itens 9.2 e 9.3), em decorrência de irregularidades em trecho das obras de construção da BR-429/RO.

3. A presente TCE origina-se de levantamento de auditoria realizado nas obras de construção da BR-429, no Estado de Rondônia, no trecho compreendido entre Presidente Médici e São Miguel do Guaporé. O empreendimento foi objeto do Contrato 66/96/PJ/DER/RO, financiado com recursos do Convênio de Delegação PG-160/96-00, ambos já encerrados quando da auditoria.

4. A TCE, instaurada por determinação do Acórdão 645/2004–Plenário apurava, inicialmente, possíveis pagamentos por serviços não executados, relativos a terraplenagem e pavimentação, inseridos no escopo do Contrato 66/96. Não obstante, no curso das análises realizadas pela Secex/RO foram apontadas outras irregularidades, como: i) graves divergências entre o projetado e o executado em uma obra de arte especial; ii) superestimativa do BDI contratado; iii) irregularidades no pagamento dos serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras; e iv) superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado.

5. Apreciadas as alegações de defesa e as razões de justificativa oferecidas pelos responsáveis, em respostas às citações e às audiências a eles dirigidas, tanto a Secex/RO quanto o Ministério Público junto ao TCU manifestaram-se por acolhê-las parcialmente.

6. Nesse sentido, o Voto da Ministra-Relatora Ana Arraes, anuindo na quase totalidade com a proposta da unidade técnica e a manifestação do MPjTCU, concluiu no mérito que caberia o julgamento pela irregularidade das contas dos recorrentes, com fundamento na alínea “c” do inciso III do art. 16, e a proposição da condenação em débito deles em solidariedade, dentro de cada esfera de responsabilidade (item 9.1), além da aplicação de multa individual aos responsáveis e à empresa contratada, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992 (item 9.2), bem como, a aplicação de multa individual a alguns dos recorrentes, com fulcro no art. 57, inciso III, da Lei 8.443/1992 (item 9.3), no que foi acompanhado pelos demais Membros do Órgão fracionado, nos seguintes termos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial decorrente de levantamento de auditoria realizado nas obras de construção da BR-429, no Estado de Rondônia, no trecho compreendido entre Presidente Médici e São Miguel do Guaporé, objeto do Contrato 66/96/PJ/DER/RO, financiado com recursos do Convênio de Delegação PG-160/96-00.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea “c”

e §§ 1º 2º; 19; 23, inciso III; 26; 28, inciso II; 57 e 58 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 209, inciso III, 210, 214, inciso III, alínea “a”, e 217 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas dos Srs. Joaquim de Souza, Homero Raimundo Cambraia, Miguel de Souza, Isaac Bennesby e José Humberto do Prado Silva, condenando-os solidariamente com a empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda. ao pagamento das importâncias abaixo discriminadas, a serem recolhidas aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, acrescidos de encargos legais contados da data do débito até a data do pagamento;

9.1.1. Joaquim de Souza:

Valor histórico	Data de ocorrência
R\$ 321.495,37	21/03/1997

9.1.2. Homero Raimundo Cambraia:

Valor histórico	Data de ocorrência
R\$ 13.395,64	30/04/1997

9.1.3. Miguel de Souza:

Valor histórico	Data de ocorrência
R\$ 334.890,91	14/07/1997

9.1.4. Homero Raimundo Cambraia, Isaac Bennesby e Planurb - Planejamento e Construções Ltda.:

Valor histórico	Data de ocorrência
R\$ 11.569,40	21/11/1997
R\$ 55.472,09	5/12/1997
R\$ 53.251,31	5/12/1997

9.1.5. José Humberto do Prado Silva, Isaac Bennesby e Planurb - Planejamento e Construções Ltda.:

Valor histórico	Data de ocorrência
R\$ 89.168,75	17/07/1998

9.2. aplicar, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, individualmente, multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos Srs. Joaquim de Souza, Miguel de Souza e à empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda.; e de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aos Srs. Homero Raimundo Cambraia e José Humberto do Prado Silva, a ser recolhida ao Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais, calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis Homero Raimundo Cambraia e Miguel de Souza, e aplicar-lhes, com fundamento no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992, multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em razão da execução de obra de arte especial com grave divergência do projetado, a ser recolhida ao Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais, calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado;

9.4. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada uma;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. acolher as razões de justificativa dos responsáveis Antônio Armando Couto Bem, Mário Hiroyuki Ishi, Mickey Yuji Katsuragawa, Fernando Antônio Pelúcio e Pedro Katusyoshi Nakayama;

9.10. considerar, para todos os efeitos, revel o senhor José Humberto do Prado Silva;

9.11. determinar à Secex/RO que proceda ao exame dos documentos enviados pelo Banco do Brasil (Anexo 11) e se manifeste acerca da regularidade da movimentação do montante de R\$ 1.270.100,20 entre as contas CC 97.932-5 e CC 95.078-5, ambas titularizadas pelo DER/RO;

9.12. dar ciência desta decisão aos responsáveis;

9.13. remeter cópia desta decisão, bem como do voto e do relatório que a fundamentaram, ao Governo do Estado de Rondônia, ao Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Rondônia – Devop/RO, à Procuradoria da República no Estado de Rondônia e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit;

9.14. retornar os autos à Secex/RO, para cumprimento do item 9.11 deste acórdão.

7. Irresignados com a decisão do TCU, os responsáveis e a empresa contratada interpuseram os presentes recursos de reconsideração, que se fundamentam nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

II – DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

8. Em exame preliminar de admissibilidade, esta unidade recursal propôs o conhecimento dos recursos (Peças 80, 81, 82 e 83), nos termos do art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, *caput*, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão recorrido, os quais foram ratificados pelo Exmo. Ministro-Relator Augusto Nardes (Peça 89).

III - DA ANÁLISE DE PRELIMINAR DE MÉRITO

III.1 – Do cerceamento de defesa pelo transcurso de tempo.

III.1.1 – Razões recursais do Sr. Homero Raimundo Cambraia e da Empresa Planurb (págs. 22 da Peça 58 e 38-44 da Peça 61).

9. O Sr. Homero registra o transcurso do lapso temporal de mais de 12 anos, e que este interstício “atua contra uma boa e salutar produção de provas”.

10. Compreende que tendo sido o contrato celebrado em 1996 e a notificação da Empresa em 2006, ter-se-ia “como prejudicada a continuação da presente Tomada de Contas Especial, pois esta já não é hábil para apurar de forma justa e adequada os fatos a que se propõe julgar”.

11. Objeta que a garantia do contraditório e da ampla defesa teria sido irremediavelmente prejudicada pela citação tardia, “notadamente pelo fato de que a obtenção de provas imprescindíveis à busca da verdade material restou significativamente comprometida, uma vez que a empresa teve grande dificuldade de obter a documentação constante do procedimento licitatório tais como o projeto básico das pontes, bem como outros documentos gerados quando da execução contratual”.

12. Requer a aplicação da Instrução Normativa/TCU 56/2007.

III.1.2 – Análise

13. No tocante ao eventual cerceamento da defesa pelo lapso temporal entre a celebração do contrato e a citação dos recorrentes, observa-se que apesar do entendimento do recorrente de que a coleta de provas e documentos relativos ao contrato em comento teria sido “significativamente comprometida”, não foi apontado de forma precisa qual elemento comprobatório não se encontra no processo que possa comprometer o juízo de valor a ser feito por esta Corte de Contas. Pelo contrário, todos os elementos necessários para a análise e o julgamento das contas fazem parte do presente processo. Logo, incabível a anulação da fiscalização com base em argumentação genérica.

14. Ademais, como bem relatou a defesa, págs. 2-5 da Peça 61, o Termo de Recebimento das Obras, que atestava a execução parcial dos serviços, foi entregue à Empresa Planurb em 24/9/2004, ou seja, a execução da obra e seu recebimento arrastaram-se por 8 anos, período em que os serviços foram diversas vezes suspensos, e termo final que demarca a concretização daquilo que fora efetivamente executado.

15. Não obstante o longo período de execução, o que se verifica, em verdade, é que a despeito da citação nesta TCE ter sido feita no ano de 2006, apenas 2 anos após a entrega do Termo de Recebimento da Obra, os órgãos de controle não permaneceram inertes durante todo esse período, muito pelo contrário, iniciaram sua atuação ainda em 1998.

16. Labuta, nesse sentido, a atuação efetiva do Órgão Concedente, Departamento Nacional de Estradas e Rodagens (DNER), cuja ação tempestiva resultou na instauração da devida TCE, por intermédio da Portaria DNER 869/1998, para fiscalizar os recursos federais repassados ao Governo de Rondônia, abrangendo, dentre outros, o Convênio PG 160/96 (BR 429/RO), o que ensejou a autuação do TC 010.104/1999-2, em 5/8/1999.

17. Dos fatos apurados naquela TCE original foi prolatado o Acórdão 645/2004-TCU-Plenário, em 26/5/2004, determinando a instauração da presente TCE.

18. Em relação à aplicação do art. 5º da Instrução Normativa - IN - TCU 56/2007, inicialmente, observa-se que ela não regia o procedimento administrativo para instauração da presente TCE, por ser posterior a referida instauração, e que esta foi substituída recentemente pela IN 71/2012, publicada em 5/12/2012. Embora a primeira IN estabeleça, em seu §4º, que “salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador”, tal dispositivo não é aplicável ao caso concreto, tendo em vista que, em verdade, como demonstrado nos parágrafos antecedentes, não houve o transcurso do interstício decenal e pela vultuosidade dos recursos malversados. Ademais, como se analisara, não houve, igualmente, qualquer prejuízo à defesa dos responsáveis ante o tempo transcorrido entre a assinatura do ajuste e a instauração desta TCE, que, reafirma-se, não foi o primeiro instrumento de controle a ser formalizado para apurar os fatos em questão.

19. Cabe esclarecer que o aludido dispositivo não determina o arquivamento sumário do processo, e como se depreende da ressalva inicial (“salvo determinação em contrário”), o TCU pode, ao analisar o caso concreto, decidir de forma diversa, dando prosseguimento aos autos.

20. Trata-se, portanto, apenas de uma presunção relativa de que, após o transcurso do tempo de dez anos, restaria comprometido o exercício da ampla defesa por parte do responsável. Uma vez verificado que não houve afronta ao exercício de tal prerrogativa, cabe a este Tribunal, com vistas à racionalidade administrativa e à economia processual, decidir pelo arquivamento ou não do feito.

21. Tal posicionamento justifica-se, principalmente, pelo fato de o TCU não poder se furtar de analisar casos de lesão aos cofres da União quando, tendo sido resguardados os direitos processuais do jurisdicionado, se fizerem presentes elementos suficientes para a identificação do débito e da responsabilidade dos gestores envolvidos. Trata-se de zelar pelo bom emprego dos

recursos públicos, a despeito de, por falha da Administração, não ter sido o agente notificado sobre os fatos antes de determinado decurso temporal.

22. Ressalte-se que esse raciocínio vai ao encontro do reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de recursos públicos, conforme entendimento consolidado desta Casa e do Supremo Tribunal Federal, consoante Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário. Nessa linha, é sedimentado o entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis, este é o teor do enunciado da Súmula TCU 282, que está em consonância com posicionamento do Plenário do STF, exarado em sede de mandado de segurança (MS 26.210-9/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

23. Neste sentido são os Acórdãos 3.124/2010- TCU-2ª Câmara, 806/2008- TCU- 2ª Câmara, 1.131/2008-TCU-1ª Câmara, 2.815/2009-TCU-2ª Câmara, 1.231/2007-TCU-2ª Câmara, 1.214/2008-TCU-1ª Câmara, 1.115/2009-TCU-2ª Câmara e 1.430/2008-TCU-2ª Câmara.

24. Em relação ao fundamento da multa aplicada com fulcro no art. 57 da LOTCU, não tendo prescrito o débito imputado ao recorrente, não há mais que se perquirir o fundamento desta multa.

25. Deve-se, entretanto, perscrutar acerca da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, situações em que a garantia processual possa ser aplicada àquelas multas previstas nos art. 57 e 58 da Lei Orgânica.

26. Em virtude da Lei 8.443/1992 não dispor sobre a questão, cabe ao intérprete recorrer à analogia, em atenção ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

27. Assim, este Tribunal há algum tempo vem se valendo do prazo geral de dez anos, estabelecido no Código Civil (art. 205), para suplantat tal lacuna legislativa. É o que se depreende das seguintes decisões: Acórdãos 510/2005, 1.803/2010, 771/2010, 474/2011 e 828/2013, do Plenário; Acórdãos 3.036/2006, 847/2007 e 2.073/2011, da 1ª Câmara; e Acórdãos 5/2003 e 3.132/2006, da 2ª Câmara.

28. É bem verdade que, na grande maioria dos casos, os precedentes enfrentaram a questão da prescrição sob a ótica da pretensão de ressarcimento ao Erário, quando internamente não havia entendimento consolidado sobre a tese imprescritibilidade (Acórdão 2.709/2008-Plenário), nesse particular, motivado por decisão do STF (MS 26.210-9/DF). Nesse sentido, o Tribunal não tinha o costume de examinar a prescrição da pretensão punitiva de forma isolada, a qual era abordada em segundo plano em relação àquela tese central sobre a qual, com mais frequência, se insurgiam as partes nos processos de controle externo.

29. No Poder Judiciário, é pacífico o entendimento de que o prazo prescricional em se tratando de multa administrativa deve ser de cinco anos, naqueles casos em que a lei expressamente não tenha positivado exigência específica, em consonância com a realidade de várias outras normas de Direito Público, tais como: a Lei 9.873/1999, para a pretensão punitiva da Administração no exercício do poder de polícia; o Código Tributário Nacional, para a cobrança de crédito tributário; o Decreto 20.910/1932, para cobrança de dívidas passivas da União, Estados/DF e Municípios; a Lei 8.112/1990, para ação disciplinar contra servidor público; a Lei 8.429/1992, para ações destinadas à aplicação das sanções expressas nessa lei; e a recente Lei 12.846/2013, sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

30. Por elucidativo, cabe transcrever os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário (REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009);

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. ATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. RESP N.º 1.112.577/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA).

1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

2. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: 'Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.'

3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lideira à questão da legalidade.

4. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu. (...) (AgRg no Ag 1069662/SP, Relator Ministro Luiz Fux; Data do Julgamento: 1/6/2010; (ênfase acrescida).

31. Celso Antonio Bandeira de Mello, revendo seu posicionamento outrora manifestado sobre a matéria, assevera que:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado, sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia com os estabelecidos na lei civil, na conformidade do

princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder, judicialmente, contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis (in Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p. 930). (ênfase acrescida)

32. Recentemente, por meio do Acórdão 1.314/2013-Plenário, esta Corte julgou processo de representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal (Conjur), versando sobre a aplicação do instituto da prescrição nas multas impostas em processos de controle externo.

33. Em que pese o Plenário desta Corte não ter conhecido da representação, pelo não cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 235, c/c art. 237, parágrafo único, do Regimento Interno, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado no Voto proferido o seu entendimento a respeito da matéria, segundo o qual, com base nos fundamentos transcritos a seguir, por analogia, o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica deve ser o de cinco anos, alinhando-se a previsão legal das diversas normas de Direito Público:

(...)

19. Dessa forma, tomando por base os princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, parece-me que o prazo prescricional de 5 anos para imposição de sanção pelo TCU é a solução mais acertada ante a falta de lei específica.

20. Nesse particular, compreendo que a utilização do instituto da analogia, como técnica de integração de lacunas, requer a busca de textos normativos que disponham sobre fatos similares ao que se busca decidir, o que, diante da noção de unidade e coerência do ordenamento jurídico, impõe a adoção de disposições pertencentes ao mesmo microsistema jurídico da norma a ser editada.

21. Por esse motivo, entendo que a utilização das regras do Código Civil para a definição do prazo prescricional aplicável à sanção aplicada pelo TCU no exercício da atividade de controle externo não constitui procedimento adequado, haja vista a absoluta diferença entre os fatos abarcados pelo espaço de incidência daquela regra jurídica – de natureza eminentemente privada – e os inerentes à relação de direito público travada entre a União e os administrados, no âmbito dos processos do TCU.

22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.

23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

34. Diante dessas ponderações, mostra-se coerente e plenamente defensável o prazo de cinco anos para efeito de prescrição da pretensão punitiva no âmbito do controle externo, pois a falta disposição legal a respeito do assunto na Lei Orgânica (Lei 8.443/1992) sugere que se extraia do Direito Administrativo, dada a sua independência científica do Direito Civil, ramo do Direito Privado, as bases para a integração dessa lacuna.

35. Assim, não obstante a jurisprudência atual do TCU, que privilegia o prazo geral de dez anos estabelecido no Código Civil, entende-se mais coerente com os princípios de Direito Público o entendimento do Ministro Benjamin Zymler, lavrado no Voto que fundamentou o Acórdão 1.314/2013-Plenário, no sentido de utilizar o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação de sanções aos responsáveis na esfera de competência deste Tribunal de Contas.

36. Em relação ao termo inicial para a contagem do prazo prescricional, conclui o Ministro Benjamin Zymler na supramencionada deliberação, fundamentado especialmente na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a solução mais adequada é considerar a data em que o Tribunal tomou conhecimento dos fatos tidos como irregulares, ponderada pelo Relator, daquela consulta, de acordo com o seguinte raciocínio lógico-jurídico:

24. Com relação ao termo inicial para contagem do aludido prazo prescricional, observo que o tema comporta maior diversidade de tratamento dentre as regras citadas. Nesse passo, as normas supramencionadas estipulam como termo a quo ora a data em que o fato se tornou conhecido (Lei 8.112 e Lei 8.429/1992, no caso de servidores ocupantes de cargo ou emprego público), ora a data da ocorrência do fato (Lei 6.838/1980, Lei 9.873/1999, Lei 12.529/2011 e Decreto 20.910/1932) – o Código Tributário Nacional comporta solução amoldada à especialidade da matéria, qual seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

25. Sendo assim, julgo adequado, para o correto deslinde da matéria, socorrer-se das lições do saudoso jurista Miguel Reale, que preceitua a necessidade de se analisar as semelhanças entre as circunstâncias fáticas da situação a ser integrada e hipótese de incidência da norma a ser utilizada analogicamente:

“Se um caso reúne, por exemplo, os elementos ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, e surge um outro com esses elementos e mais o elemento ‘f’, é de se supor que, sendo idêntica a razão de direito, idêntica teria sido a norma jurídica na hipótese da previsibilidade do legislador, desde que o acréscimo de ‘f’ não represente uma nota diferenciadora essencial. É preciso, com efeito, ter muita cautela ao aplicar-se a analogia, pois duas espécies jurídicas podem coincidir na maioria das notas caracterizadoras, mas se diferenciam em razão de uma que pode alterar completamente a sua configuração jurídica. Essa nota diferenciadora, como a teoria tridimensional o demonstra, pode resultar tanto de uma particularidade fática quanto de uma específica compreensão valorativa: em ambos os casos o emprego da analogia não teria razão de ser. Já os romanos advertiam, com sabedoria: **mínima differentia facti máximas inducti consequentias jûris.**” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 296-297).

26. Nesse diapasão, penso existir, dentre as normas de direito público mencionadas, maiores semelhanças da atividade de controle externo com a persecução sancionatória empreendida em face da Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual reputo adequada, para fins de estipular o marco inicial de contagem do prazo prescricional, a utilização da Lei 8.429/1992.

27. Dessa forma, compreendo que a prescrição sancionatória deste Tribunal, por analogia, deve ser regida pelo art. 23, inciso II da Lei 8.429/1992, o qual determina que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na referida norma podem ser propostas “dentro do prazo prescricional para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

28. Na esfera federal, o art. 142, inciso I, da Lei 8.112/1990 dispõe:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

(...)

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

29. Sendo assim, julgo adequado que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional com vistas à aplicação das multas do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 seja a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito deste Tribunal.

30. Tal solução se mostra condizente com o princípio da máxima proteção das normas constitucionais, na medida em que conduz a uma interpretação do conjunto das normas do sistema que privilegiam o fortalecimento da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, a qual é exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU.

(...)

37. Construção lógico-jurídica que vai ao encontro do comando adotado pela recente Lei 12.846/2013, na qual se demarcou como marco inicial da contagem do prazo prescricional a ciência da infração, de forma geral:

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração. (ênfases acrescidas)

38. Em reforço ao entendimento uniforme do Ministro-Relator e da novel Lei 12.846/2013, segundo os quais a solução mais adequada passa pela adoção da data do conhecimento dos fatos pelo Tribunal, vale transcrever o seguinte precedente do STJ:

Resp 999324/RS, Relator Ministro Luiz Fux

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. NÃO INDICAÇÃO DOS MOTIVOS DA VIOLAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALÍNEA “C”. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA PELO TITULAR DA DEMANDA. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. O termo a quo do prazo prescricional da ação de improbidade conta-se da ciência inequívoca, pelo titular de referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo, sendo desinfluyente o fato de o ato de improbidade ser de notório conhecimento de outras pessoas que não aquelas que detêm a legitimidade ativa ad causam, uma vez que a prescrição presume inação daquele que tenha interesse de agir e legitimidade para tanto.

2. (...)

3. A declaração da prescrição pressupõe a existência de uma ação que vise tutelar um direito (**actio nata**), a inércia de seu titular por um certo período de tempo e a ausência de causas que interrompam ou suspendam o seu curso.

4. Deveras, com a finalidade de obstar a perenização das situações de incerteza e instabilidade geradas pela violação ao direito, e fulcrado no Princípio da Segurança Jurídica, o sistema legal estabeleceu um lapso temporal, dentro do qual o titular do direito pode provocar o Poder Judiciário, sob pena de perecimento da ação que visa tutelar o direito.

5. ‘Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez

adquirido, entra como faculdade de agir (**facultas agendi**), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação. (...) Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição: 1º - existência de uma ação exercitável (**actio nata**) 2º - inércia do titular da ação pelo seu não exercício; 3º - continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º - ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional (Antônio Luís da Câmara Leal, in 'Da Prescrição e da Decadência', Forense, 1978, p. 10-12). (...) (Data do Julgamento 14/12/2010;DJE 17/12/2010) (ênfase acrescida).

39. No que diz respeito às causas de interrupção do prazo prescricional, o Ministro-Relator daquela consulta assim entendeu, *in verbis*:

35. (...) mantém-se o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas, segundo o qual a citação e a audiência válidas interrompem a prescrição para a aplicação da multa, aplicando-se ao caso a disciplina dos arts. 202, inciso I, do Código Civil e 219 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito do Tribunal (Acórdão 330/2007-1ª Câmara, Acórdão 904/2003-2ª Câmara, Acórdão 1.555/2005-2ª Câmara, Acórdão 2.755/2006-2ª Câmara, Acórdão 474/2011-Plenário e Acórdão 585/2012-Plenário).

40. Privilegiando o entendimento já apresentado de que é mais salutar buscar, primordialmente, nas leis de Direito Público as situações análogas ao instituto em exame, vislumbra-se que a interrupção desse prazo deve se dar a cada uma das situações jurídicas previstas no art. 2º da Lei 9.873/1999, norma que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, *in litteris*:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

41. Pondera-se, data máxima vênia, que a Lei 9.873/1999 não adota a singularidade de aplicação das causas interruptivas da prescrição, como estabelece o *caput* do art. 202 do Código Civil, limitação incorporada pelo Código de 2002, que não constava da Norma Geral de Direito Privado de 1916, como se verifica com a leitura do art. 172 do Código Civil de 1916, revogado.

42. Normas díspares que regem relações processuais específicas. Enquanto a Lei 9.873/1999 regula relação linear entre o Estado, na qualidade de Administração Pública, em sua atuação no âmbito de seu poder de polícia para salvaguardar o interesse público, e o administrado. O Código Civil de 2002 é norma geral que rege a lide particular, na qual sobressai a harmonia e a contraposição de interesses das partes, intermediada pelo Estado-juiz, em relação processual angular ou triangular.

43. Reforça este entendimento, a recente alteração promovida na Lei 9.873/1999, em 2009, 10 anos após sua promulgação, que ao aperfeiçoá-la inseriu o art. 2º-A na norma, no qual foram previstas outras circunstâncias de interrupção do prazo prescricional, em sede de ação executória, sem modificar o entendimento da previsão de encadeamento sucessivo e não de alternância singular, como ocorre no processo civil.

44. Posicionamento jurisprudencial acolhido pelo STJ, no qual deixou assente a possibilidade de que o prazo prescricional seja interrompido mais de uma vez e que retorne, na integralidade:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 2º, II, DA LEI 9.873/99. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O embargante afirma que o aresto recorrido não se pronunciou sobre o art. 2º da Lei 9.873/99, o qual disciplina que a prescrição da pretensão punitiva apenas se interrompe pela citação, notificação ou condenação do infrator.

2. O art. 2º, II, da Lei 9.873/99 permite a interrupção do prazo prescricional "por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato". O processo administrativo em questão teve origem na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a qual, após a apuração da conduta, encaminhou o feito para o Ministério das Comunicações concretizar a medida sancionatória, o que ocorreu em 10.09.08. Dessa feita, bem antes do transcurso do prazo prescricional, iniciado em 01.10.2000, a administração pública praticara atos concretos para a apuração da conduta infrativa, interrompendo sua fluência.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ. Edcl no MS 15036 DF 2010/0024838-0, rel. Ministro Castro Meira. 1ª Sessão. Julgamento em 23/02/2011, publicado no Dj de 04/03/2011) (ênfase acrescida)

45. No mesmo sentido, e com mais clareza ao admitir a possibilidade de que o prazo prescricional seja interrompido mais de uma vez, a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Cível 2008.61.0002659-37, rel. Juiz Convocado Roberto Jeuken, 3ª Turma, julgamento em 18/03/2010, publicado no Dj de 13/04/2010):

AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. OAB. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIAS. IRREGULARIDADES NÃO COMPROVADAS. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, COM AMPLA DEFESA, E CONTRADITÓRIO. 1. Não se evidencia cerceamento de defesa pela falta de requisição de cópia do procedimento disciplinar, porquanto aquelas carregadas pelo apelante na inicial são suficientes para substanciar o julgamento da causa. 2. Inocorrente a prescrição, que se rege, no caso, pela Lei nº 9.873, de 23.11.1999, posto que verificada sua interrupção com a notificação válida e apresentação de defesa, bem como prolação da decisão condenatória recorrível, encerrando-se o procedimento disciplinar antes de decorrido o quinquênio legal. 3. Também não há nulidade no julgamento proferido por advogados não conselheiros, ante a previsão estampada no art. 58, XIII, da Lei nº 8.906/94 e Regimento Interno da Seccional São Paulo (art's. 134/136). 4. Ademais, o certo entendimento do Conselho Federal da OAB, reporta-se a presença de advogados não conselheiros nos julgamentos efetivados pelo Conselho Seccional da Ordem e no caso, ou o julgamento e os atos ordinatórios ou pareceres, ocorreram no âmbito dos chamados Tribunais de Ética e Disciplina, composto não por conselheiros eleitos pela classe mas sim escolhidos dentre advogados de reputação ilibada, com mais de cinco anos de exercício profissional. Não cuidou de comprovar, assim, que os participantes do julgamento ocorrido no Conselho Seccional não ostentavam esta condição. Donde que, mesmo afastando-se os argumentos o certo é que estes não se convalidam, à míngua de prova do quanto alegado (CPC: art. 333, inciso I). 5. À OAB, como órgão de classe, está afeta a competência disciplinar definida pela Lei nº 8.906/94, devendo limitar-se o judiciário ao controle da regularidade e legalidade no procedimento, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo. 6. O contexto probatório, no caso, é suficiente à comprovação de que observados os aludidos princípios constitucionais, não se verificando ilegalidade ou imoralidade no trâmite do procedimento administrativo. 7. Apelação da autoria a que se nega provimento. (ênfases acrescidas)

46. O mesmo juízo reiterou o posicionamento no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança 2004.61.0001755-80, cuja decisão restou ementada nesses termos:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO DA MEDICINA. PRESCRIÇÃO DA PUNIBILIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. LEIs Nºs 6.838/80 e 9.873/99. 1. Interrompida a prescrição da ação punitiva pelo CREMESP em fevereiro de 1998, nos termos da Lei nº 6.838/80, o curso da prescrição começou a correr com a apresentação da defesa prévia na serra administrativa em abril de 1998. Sendo proferida decisão administrativa recorrível em 07 de dezembro de 2002, verifica-se nova causa de interrupção da prescrição, nos termos do art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.873/99, de aplicação imediata, por dispor de matéria processual. 2. Resta não configurada a prescrição. 3. Apelação do impetrante a que se nega provimento. (ênfases acrescidas)

47. Por consectário lógico, compreende-se que a prescrição da pretensão punitiva da Administração, decorrente do poder de polícia, nos moldes da Lei 9.873/1999, paradigmática, interrompe-se a cada evento ocorrido que tenha previsão no art. 2º da norma, devolvendo-se, por inteiro, o interstício temporal.

48. Dessa forma, considerando como termo inicial para a contagem do prazo prescricional a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito desta Corte, o que ocorreu com a determinação contida no Acórdão 645/2004, 26/5/2004, que converteu o feito em TCE (págs. 95-96 da Peça 1), não se operou a prescrição quinquenal neste caso concreto.

49. Uma vez que o transcurso do prazo prescricional foi interrompido, pela primeira vez em 12/2006 em relação à alguns dos recorrentes (págs. 66-108 da Peça 2 e 1-11, 41-54 e 61 da Peça 3), e em 20/4/2007 para outros (págs. 81-83 da Peça 5), em virtude da citação e/ou audiência dos responsáveis (inciso I do art. 2º da Lei 9.873/1999).

50. Após o recebimento das alegações de defesa e/ou razões de justificativa, outras interrupções ocorreram, por meio de atos inequívocos, que importaram na apuração do fato, praticados no decurso do processo, respectivamente, em 4/2/2009, 29/10/2010 e 15/2/2011, atos inequívocos consubstanciados em instruções e no parecer do Ministério Público junto ao TCU, respectivamente, às págs. 95-102 da Peça 5, 29-49 e 53-55 da Peça 6. Tendo sido o processo julgado no exercício de 2012, na sessão de julgamento do dia 11/7/2012 – Ordinária.

51. O fato da conclusão e do julgamento da TCE ter se estendido por todo este período, decorre da complexidade do processo em questão, e não da inércia do Poder Público, que, no caso *sub examine*, fiscalizou a aplicação dos recursos públicos federais de forma, praticamente, concomitante à aplicação destes por parte do ente estadual. Portanto, o lapso temporal para o julgamento da TCE e de seus eventuais recursos não caracteriza, por si só, fato impeditivo para o exercício dos direitos constitucionais do recorrente, os quais foram oportunizados ao longo de todos estes anos.

52. Com efeito, os documentos que compõem os autos fazem prova inequívoca e eloquente de que o processo respeitou, escrupulosamente e a todo momento, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, solenemente insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

53. Portanto, o questionamento preliminar não deve prosperar, devendo a preambular suscitada pelos recorrentes ser afastada para a apreciação da matéria de fundo do presente recurso.

IV - DA ANÁLISE DE MÉRITO

IV.1 – Pagamento em duplicidade para serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras.

IV.1.1 – Razões recursais dos Sr. Homero Raimundo Cambraia, Joaquim de Sousa, Miguel de Souza (págs. 3-16 das Peças 49, 4-17 da Peça 58 e 3-15 da Peça 68).

54. Entendem que não existia, à época, uma norma que definisse os componentes do BDI, “o que leva a uma diversidade de interpretações”. Citam o Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário.

55. Compreendem, ao interpretar o referido *decisum*, que “até a edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2011, não existia uma norma que definisse seus componentes, o que leva a uma diversidade de modelos de cálculo e composição”. Informam que no item 9.1.2 do Acórdão ficou assente que “os itens Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, devem constar na planilha orçamentária e não no LDI”.

56. Acrescem que o trabalho de pesquisa relatou como dificuldade do trabalho a constatação de que a maioria dos editais/contratos “não continha nem a composição nem os valores dos itens do BDI, inviabilizando sua seleção, na medida em que a ausência desses dados os inutilizaria para fins de compor as amostras”.

57. Obtemperam, em síntese, que o TCU “não obteve elementos concretos ou probatórios que pudessem confirmar as supostas irregularidades praticadas na composição do BDI, pois naquela época, não havia nos editais publicados exigências de limite percentual deste tópico, razão pela qual nenhuma empresa apresentou esta composição”.

58. Informam que o “BDI do DER/RO, na época, fixado em 40%, não vinculava a proibição de cotar item de mobilização/desmobilização, bem como, atestar medição de mobilização era um procedimento rotineiro no DER/RO, e se encontrava devidamente previsto no Edital de Licitação”.

59. Alegam que agiram dentro dos ditames legais de acordo com o que havia sido pactuado pelas partes de acordo com os editais e contratos avançados, cujos termos atrelavam “tanto à Administração”, quanto às concorrentes.

60. Aduzem que “depois de publicado o Edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações até findo o certame, proibindo-se a existência de cláusulas *ad hoc*, salvo se ao inverso exigir o interesse público, manifestamente comprovado. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica”.

IV.1.2 – Análise

61. Os montantes de débito apurados nos itens 9.1.1., 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão recorrido foram imputados tão somente aos gestores, em razão da apuração de pagamento em duplicidade à empresa Planurb - Planejamento e Construções Ltda. a título de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras, no valor total de R\$ 669.781,82, a preços de 1997. Isso porque tais custos já estariam incluídos no BDI, não detalhado, definido em contrato, cotado em 50%. Percentual que contrastava com a taxa média comumente utilizada, no período, que variava de 35 a 40%.

62. Nota-se que a Empresa contratada que teria se beneficiado deste pagamento em duplicidade não foi responsabilizada solidariamente.

63. Não se pode olvidar, igualmente, que as súmulas que uniformizaram o entendimento acerca do assunto BDI são posteriores aos fatos em comento e que, à época, existiam decisões desta Corte de Contas com entendimentos não uniformes.

64. No entanto, os elementos colhidos e considerados em primeira instância administrativa permitiram ao Pleno desta Corte de Contas acordar que os valores foram pagos em duplicidade.

65. Em primeiro lugar, pela prática nas contratações públicas, de forma generalizada, à época da contratação em exame, da inclusão do item mobilização e desmobilização, administração local e central, instalação e manutenção do canteiro de obras, gastos imprevistos, impostos e lucros como uma das parcelas de formação do BDI.

66. Em segundo lugar, não foi detalhada a composição do BDI nem no Edital e nem quando da contratação, despesa da ordem de 50%, cujo valor se mostra muito superior aos praticados na época e também ao registrado, por exemplo, no sistema Sicro no mesmo período da licitação (35,8% em julho de 1996).

67. Soma-se que a maior parte dos sistemas referenciais de custos existentes, como o sistema Sicro, então vigente, não previam o pagamento de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de forma destacada, uma vez que os custos desses serviços estavam incluídos no BDI.

68. Além disso, nem os responsáveis, nem a Empresa contratada evidenciaram, por meio do necessário detalhamento do BDI contratado que os serviços de mobilização, desmobilização e instalação de canteiro de obras não estavam contemplados na taxa de 50% ajustada.

69. Postura diametralmente oposta àquela assente na Súmula 258, que trata do detalhamento de custos, encargos sociais e BDI, cujo enunciado preceitua que “as composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas”.

70. Tais fatos apontaram para a constatação da irregularidade discutida.

71. Não obstante o farto conjunto de evidências, a responsabilização apenas dos ex-gestores os coloca em situação delicada quanto à garantia do amplo direito de defesa e do contraditório, pois apesar da obrigação de prestar contas gerar para eles a obrigação de fazer prova de que tais indícios não se coadunam com a verdade real, em estando o meio de prova na esfera particular da Empresa contratada, quem nem fora responsabilizada pela irregularidade, se mostra prejudicial à defesa dos recorrentes manter a condenação ante a não comprovação do detalhamento dos custos do referido BDI, tendo em vista que somente a empresa Planurb poderia abrir a composição do BDI e demonstrar efetivamente que o item não foi cobrado em duplicidade.

72. Logo, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório se mostra razoável afastar o débito imputado nos itens 9.1.1., 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão recorrido e, por consequência lógico-jurídica, mitigar as multas fundamentadas no art. 57 da LOTCU, aplicadas no item 9.2 do Acórdão recorrido, na proporção do débito elidido, excluindo aquela aplicada ao Sr. Miguel de Souza por não lhe restar condenação em débito com a elisão do montante do item 9.1.3 do *decisum*.

IV.2 – Da improcedência da ação popular no âmbito judicial. Autos do processo 2001.41.00.002950-7.

IV.2.1 – Razões recursais dos Sr. Homero Raimundo Cambraia, Joaquim de Sousa, Miguel de Souza (págs. 16-17 das Peças 49, 18-19 da Peça 58 e 16-17 da Peça 68).

73. Os Srs. Joaquim de Sousa e Homero Raimundo alegam que existindo “sentença de mérito judicial em favor dos Recorrentes, certo é concluir que, uma vez confirmada a r. sentença pelo TRF1, e/ou transitada em julgado, esta será a orientação que se tornará lei entre as partes”. Enquanto, o Sr. Miguel de Souza coloca que sua situação se assemelha a dos outros dois.

74. Transcrevem trecho da Sentença publicada no DJF da 1ª Região 37, em 5/12/2007, nos seguintes termos, à pág. 18 da Peça 58:

Quanto a JOAQUIM DE SOUSA e HOMERO RAIMUNDO CAMBRAIA, nada revela terem concorrido, sequer culposamente à ilegalidade e lesividade ao patrimônio público.

Efetivamente, entre a subscrição do Convênio 160/96 e a suspensão do contrato correlato, operado já em 2002, incontáveis foram os ocupantes interinos/adjuntos do cargo de Diretor-Geral do DER/RO (DEVOP) condição que ambos ali figuraram.

Joaquim de Souza apenas assinou nota de empenho de medição válida (fl.4221)

A sua vez HOMERO RAIMUNDO CAMBRAIA, na representação do DER, Firmara o Convenio 160/96, inicialmente escomado de mácula. Suas atuações remanescentes à frente do DER, no tocante ao contrato 66/96, tiveram lugar sob o pálio da adjuntoria. É dizer, sua atuação era circunscrita a atividades prementes, tais como a expedição do necessário pagamento dos serviços executados. (fl. 4248, 4267, 4278 e 4291).

75. Colacionam a supracitada sentença proferida na 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO, no âmbito do Processo de Ação Popular 2001.41.00.002950-7, v. g., págs. 26-54 da Peça 58.

IV.2.2 – Análise

76. No que concerne à existência de condenações nas esferas penal e cível, ambas em grau de recurso, cabe ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a “responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

77. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que a sentença penal impedirá a propositura ou a continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal - STF, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

78. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei 8.112/1990, segundo o qual a “responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria” (grifos acrescidos). Encontra-se, também, na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positivação do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

79. O Plenário do STF já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar TCE, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS

INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias. (grifos acrescidos)

80. O voto condutor do Acórdão 2/2003 – TCU - 2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, ao dispor:

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

81. Portanto, conforme remansosa jurisprudência do STF “a decisão na esfera penal só tem repercussão na instância administrativa quando aquela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria” (MS 21.321-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ em 18/09/1992, p. 15.408).

82. Logo, a sentença proferida, em Ação Popular, no âmbito da esfera cível não tem nenhuma influência no juízo administrativo de contas em questão, haja vista a notória diferença que existe entre a competência atribuída ao Poder Judiciário e àquelas afetas aos Tribunais de Contas. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

IV.3 – Da pena de multa pela irregularidade na construção de obra de arte.

IV.3.1 – Razões recursais dos Srs. Homero Raimundo Cambraia, Miguel de Souza (págs. 22-25 da Peça 58 e 17-23 da Peça 68).

83. Os Srs. Homero Raimundo e Miguel de Souza alegam que a vistoria, realizada pelos técnicos do 5º BEC, não apontara “qualquer dano ao erário, desvio de recursos, ou hipótese de enriquecimento ilícito”.

84. Citam o inciso III do art. 58 da LOTCU e requerem a revisão da pena de multa, “pois o próprio acórdão e voto não trazem qualquer notícia de dano ao erário quanto ao projeto das pontes, tratado neste tópico, fugindo, da fundamentação estampada no r. acórdão”.

85. Tratam, neste tópico, da “multa de R\$ 10.000,00, aplicada com base no art. 57, a qual deve ser afastada, porquanto o Recorrente não firmou as medições, figurando apenas como Adjunto que fez os pagamentos com base em documentos juntados legitimamente aos autos”.

86. Entendem que o TCU “tem decidido reiteradamente, que o Agente que atua de boa fê e forte em documentos legítimos acostados aos autos, deve ter sua responsabilidade afastada, solidificando essa assertiva a r. sentença [judicial], que afastou a atuação dolosa do Recorrente”.

87. O Sr. Miguel de Souza acrescenta que a “responsabilidade pessoal do administrador público só há se tiver agido com dolo ou culpa. Se decide com base em parecer do qual, de acordo com seu prudente critério, e em face do que consta do processo administrativo em que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar, mesmo porque aparentemente bem fundamento e com conclusões plausíveis, não pode ser punido”. Tece comentários acerca da assessoria jurídica.

IV.3.2 – Análise

88. Cabe esclarecer aos recorrentes que a multa prevista no art. 57 da LOTCU advém do julgamento em débito do responsável, a qual poderá ser aplicada dentro dos limites legais de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. Desse modo, seu afastamento decorrerá da elisão ou não do débito atribuído a cada um dos responsáveis e deverá guardar proporção com o dano ao Erário.

89. No tocante à aplicação da multa prevista no art. 58, inciso III, da LOTCU, item 9.3 do Acórdão recorrido, observa-se que os recorrentes e demais responsáveis foram ouvidos pela “execução da obra de arte especial no km 79,5 com base em projeto básico diferente dos que constam do Anexo 9”, Ofícios 3.562, 3.563 e 3.564/2006-TCU/Secex-RO, às págs. 80, 82 e 84 da Peça 2.

90. Após a análise de suas razões de justificativa, a unidade técnica sopesou a irregularidade nos seguintes termos, conforme consta do Relatório, que acompanha o Acórdão recorrido, às págs. 47-49 da Peça 93:

147. Cabe a mesma análise exposta nos parágrafos 137 a 139 desta instrução para refutar a defesa apresentada pela empresa Planurb. O responsável confirma que a ponte no km 79,5 da rodovia foi construída diferentemente do previsto no projeto, que previa a instalação de vigas metálicas, sendo que a estrutura foi construída apenas em concreto armado.

148. Essa alteração extemporânea no projeto demonstra falta de cuidados no planejamento da contratação, pois o preço elevado das vigas metálicas poderia ter sido verificado antes de se realizar a licitação. O art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, determina que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

149. Portanto, rejeitamos as razões de justificativa apresentadas pelo responsável. (ênfase acrescida)

91. Acolhendo a análise da unidade técnica, a Exma. Ministra-Relatora Ana Arraes asseverou no Voto condutor, quando da proposição de deliberação ao Plenário, no Acórdão ora guerreado, pág. 59 da Peça 93, *in litteris*:

Considero, em acolhimento da análise feita pela unidade técnica e endossada pelo MPTCU, que os argumentos apresentados pelos interessados não afastam esta irregularidade.

É de gravidade destacada a execução de uma obra de arte especial com diferenças tão significativas em relação ao projeto aprovado. A mudança de uma estrutura mista (concreto e

aço) para uma integralmente de concreto gera modificações tais no objeto que desnaturam a licitação realizada.

Diferentemente do tratamento que dei à irregularidade anterior, aqui os gestores chamados em audiência eram ocupantes de funções de direção no DER/RO e a execução de uma obra em condição tão diversa do projeto aprovado não poderia fugir da necessária intervenção dos responsáveis, principalmente porque a alteração não foi amparada em robusta e detalhada justificativa técnica e econômica.

92. Compulsando os fundamentos da sanção aplicada, verifica-se que a unidade técnica e o MPTCU propuseram a aplicação da multa por ilegitimidade no procedimento licitatório precedente à contratação, por afronta ao art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993. Todavia, observa-se que os responsáveis não foram ouvidos por este ato, e sim pela “execução da obra” em desconformidade com o projeto básico (Ofícios 3.563 e 3.564/2006-TCU/Secex-RO, às págs. 82-85 da Peça 2). Nessa linha, nota-se que não ficou demonstrado o nexo causal entre o ato ilegítimo e a conduta de cada um deles, uma vez que não foi apontado o responsável pela condução e/ou homologação do procedimento licitatório sem o devido orçamento detalhado em planilhas, que expressassem a composição de todos os seus custos unitários.

93. Note-se que sobre este prisma jurídico foram igualmente rejeitadas as razões de justificativa da Empresa contratada, sem, contudo, propor-lhe a aplicação da multa, o que não seria legalmente cabível, pág. 54 da Peça 93.

94. Tal fundamento poderia conduzir a subsunção da conduta, quando devidamente individualizada, ao tipo previsto no inciso II do art. 58 da LOTCU, qual seja, ato praticado com grave infração à norma legal de natureza orçamentária e operacional. E não naquela conduta tipificada no inciso III do art. 58 da LOTCU, uma vez que não foi apurado ou apontado injustificado dano ao Erário.

95. Pelo contrário, apesar daquilo que fora executado não ter atingido o objetivo pretendido, inexecução não apurada na primeira instância administrativa, a atuação, o ato inquinado dos gestores em questão não onerou ainda mais os combalidos cofres públicos, mas visou um dispêndio menor. Economia que deveria ter sido planejada ainda na fase licitatória como apontado pela unidade técnica.

96. Note-se, conforme mencionado no item 138 do Relatório que acompanha o Acórdão recorrido, que a alteração, durante a execução, ocorreu, com anuência do DER/RO, devido ao custo elevado para instalação das vigas metálicas, sendo a estrutura construída apenas em concreto armado. Diante disso e da ausência de dano ao Erário, a unidade técnica afirmou de forma categórica tratar-se de falta de cuidado no planejamento da contratação.

97. O Voto condutor do Acórdão *a quo*, apesar de acolher o entendimento da unidade técnica, retornou à literalidade dos ofícios de audiência e volveu, por sua vez, a discussão para a execução de obra de forma diversa da prevista e para a responsabilização dos gestores por sua negligência e/ou omissão de fiscalizar a execução, em virtude da função que ocupavam. Apuração que conforme demonstrou-se não resultaria na aplicação da multa prevista no inciso III, pois o próprio Relatório assinalou que se executada como prevista, a ponte inacabada seria ainda mais dispendiosa ao Erário, e consignou a constatação de erro de planejamento e não de execução.

98. Pontua-se a existência do afastamento da responsabilidade de dois dos quatro gestores chamados em audiência e responsabilizados na proposta original da unidade técnica, Srs. Isaac Benesby e José Humberto do Prado Silva que, não obstante tenham permanecido silentes às audiências, não foram mencionados nos fundamentos que conduziram ao *decisum*. Observa-se, ainda, a ausência naquela proposta da responsabilização do Sr. Miguel de Souza, o que pode ser considerado um erro material naquele momento.

99. Propõe-se, por conseguinte, excluir o item 9.3 do Acórdão recorrido, por não terem sido ouvidos os gestores multados nos termos que fundamentaram suas condenações, pela ausência da correta individualização de suas condutas e pela ausência de subsunção da conduta ilegítima ao tipo legal da sanção aplicada.

IV.4 – Superfaturamento decorrente de preços excessivos frente aos referenciais de mercado.

IV.4.1 – Razões recursais do Sr. Homero Raimundo Cambraia e da Empresa Planurb (págs. 19-22 da Peça 58 e 3-38 da Peça 61).

100. O Sr. Homero objeta que o “preço do Contrato nº 066/96/PJ/DER- RO é o da Tabela de Preços do DER/RO, praticado por ele e inclusive, por muitas Prefeituras Municipais do estado, que não estão superfaturados, como, igualmente, não pode ser comparado com os do SICRO (DNER), pois, os preços da Tabela de Preços do DER/RO eram cotados e compostos dentro do estado de Rondônia, e o do SICRO (DNER) cotados e compostos nos grandes centros produtores, tais como, Manaus, Belém e outros”.

101. O Sr. Homero alega, ainda, não ter havido “prejuízo financeiro ao erário público, como, também, se considera que não houve falha técnica”.

102. A Empresa Planurb defende que o TCU tem entendimento de que “se o preço global está de acordo com o orçamento da licitação, os preços unitários dos serviços não ocasionam prejuízo ao erário”. Cita os Acórdãos 798/2008 e 1.887/2010, ambos do Plenário. Busca demonstrar que não dera causa a execução parcial dos serviços, nem com ela concordava.

103. A Empresa acredita ser inadequada a utilização do Sicro como sistema referencial para aferir a regularidade dos preços pactuados no Contrato 66-PG/DER/RO e que a Exma. Ministra Relatora *a quo* o adotou por presunção, por não terem sido apresentados elementos que comprovassem sua inadequação.

104. Entende, ainda, que a partir de maio de 1994 o Sicro teria se tornado inadequado para fundamentar eventual sobrepreço. Apresenta estudo do Dnit que teria apontado que as alterações do Sicro redundaram “(i) em aumentar a vida útil e as horas trabalhadas por ano dos principais equipamentos e (ii) reduzir os preços de aquisição e manter os preços dos equipamentos nesse período”. Inadequação que teria sido apontada inclusive nos Acórdãos 596/2005 e 1.887/2006, ambos do Plenário e que o Acórdão 50/1996-Plenário determinara “ao DNIT que o SICRO I fosse reavaliado”.

105. Demonstra que se analisado o orçamento global com base no Sicro II restará demonstrada a adequação dos valores praticados. Utiliza como data-base outubro de 2000. Conclui que se utilizado o BDI da data-base haveria uma diferença de “apenas 2,58% inferior aos valores contratados, o que se mostra variação normal de mercado. Se considerado o BDI da Planurb, o valor com base no SICRO II é de R\$ 16.083.712,75, ou seja, 7,23% superior”. Cita os Acórdãos 136/1995 e 1.620/2005, ambos do Plenário, para demonstrar que o TCU consideraria tal variação como normal de mercado.

106. Tece comentário acerca da definição dos componentes do BDI.

107. Aduz que apesar de entender “que o referencial de mercado a ser considerado por esta d. Corte de Contas” seria a tabela do DER/RO, “adotada na elaboração do orçamento, patente está que o SICRO II se mostra um referencial mais adequado do que o SICRO I à análise dos preços praticados no contrato firmado entre o DNIT e a Planurb, uma vez que nele já foram corrigidas diversas falhas metodológicas apresentadas no SICRO I, bem como foram incorporadas diversas melhorias que o tornaram um referencial de mercado menos destoante da realidade do mercado aos valores contratuais”.

IV.4.2 – Análise

108. Quanto ao superfaturamento apontado, a Secex/AC detalhou os preços referenciais calculados para cada item, confrontando-os com aqueles praticados no contrato e demonstrando o superfaturamento ocorrido (págs. 44-47 da Peça 6).

109. Pondera-se que, ordinariamente, na avaliação econômica do contrato, o eventual sobrepreço existente deve ser apurado de forma global, como objeto a recorrente. Isto é, fazendo-se as compensações dos preços excessivos de alguns itens com os descontos verificados em outros, principalmente se os preços são os mesmos oferecidos na licitação da obra e se pode constatar que a proponente sopesou de forma diferenciada o custo dos diversos serviços, tirando proveito das possíveis vantagens comparativas, desde que de forma legítima. Situação diversa ocorre com itens eivados de ilegalidade, tais os que apresentaram modificação sensível dos parâmetros eleitos na licitação, justificando a impugnação individual do item anômalo.

110. É importante esclarecer o método para obtenção do sobrepreço. A metodologia foi baseada no critério de aceitabilidade de preços unitários, que possui como característica determinante a não admissão de compensação de sobrepreços unitários de alguns serviços com subpreços unitários de outros, conforme estabelecido nos Acórdãos 2.319/2009 e 2.086/2012, ambos do Plenário do TCU.

111. Esta sistemática de verificação dos preços consagra a exigência das leis de diretrizes orçamentárias de que as tabelas referenciais, notadamente Sicro e Sinapi, sejam os preços máximos adotados pela Administração Pública em suas licitações. Ademais, vai ao encontro do entendimento fixado na Súmula 259 desta Corte, que aduz ser obrigação do gestor fixar critério de aceitabilidade de preços unitários.

112. Nesse sentido, a distorção do cronograma físico-financeiro, por meio da execução de uma pequena parcela dos serviços licitados, com a construção parcial de pontes sem a interligação com as rodovias planejadas, delinea o que se convencionou chamar de “jogo de cronograma”, a despeito das alegações da Empresa contratada de que tinha o interesse de executar todo o Contrato, o que ensejou a avaliação de cada preço unitário efetivamente executado à luz de sua referência de mercado, sem compensações entre subpreços e sobrepreços para se verificar eventual pagamento excessivo pelos serviços realizados.

113. Em ocorrendo somente a execução de poucos itens com sobrepreço, perde-se o equilíbrio que o preço global reproduzia. A partir daí é que, para salvar a contratação, em atenção ao interesse público, já que passível de nulidade, os únicos itens executados teriam que seguir os valores de mercado. Na falta dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, o parâmetro que se tem para o mercado são os valores referenciados pelo sistema Sicro. Não mais se deve ter em comparação, unicamente, o valor orçado pelo DER/RO, sob pena de se insistir no erro de considerar apenas o preço global da obra na avaliação de uma proposta, executada parcialmente, como pretende a recorrente.

114. Desse modo, o estudo da adequação dos gastos deve ser balizado pela realidade fática encontrada e não se basear naquela contratação por preço global que se mostrou esvaziada em sua execução.

115. Partindo da premissa estabelecida, analisar-se-á os questionamentos em detrimento do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias-Sicro como referencial para cálculo dos preços paradigmas, uma vez que a defesa alega que a base utilizada para elaboração do orçamento contratado foi um sistema próprio do DER/RO.

116. Não obstante a referência direta para o cálculo do orçamento do empreendimento tenha sido a tabela do DER/RO de 1995, os preços paradigmas advindos do sistema Sicro podem e devem ser considerados em uma análise da adequação dos preços. A esperada confiabilidade dos sistemas

referenciais públicos deve resultar em uma compatibilidade mínima entre as tabelas, mesmo que elaboradas por entes diferentes.

117. Ademais, é importante destacar que não se está diante de uma comparação entre tabelas referenciais de custos, tomando uma em detrimento da outra. O caso concreto refere-se à verificação da regularidade dos preços firmados no Contrato 66/1996, ressaltando-se que o orçamento do empreendimento foi construído a partir de adaptações do sistema do DER/RO à realidade da obra.

118. Esta Corte de Contas tem assentado entendimento de que “é válida a utilização, como meio probatório, dos custos efetivamente enfrentados pelas contratadas, como os dados financeiros relativos a subcontratação de serviços contratuais, principalmente se essas informações revelam diferenças acima de qualquer razoabilidade, tomando-se, no entanto, os devidos cuidados no uso de dados sobre custos provenientes de contratos de natureza privada, em que prevalecem maior distribuição de encargos entre as partes e menor assimetria de informações com respeito aos custos” (Acórdão 1.551/2008-TCU-Plenário).

119. Observa-se que em todos os Acórdãos citados pela recorrente, Acórdãos 50/1996, 596/2005 e 1.887/2006, todos do Plenário, não há determinação pela impossibilidade de utilização do Sicro com sistema de referência, diversamente a jurisprudência suscitada demonstrara pontos controversos, nos quais o sistema poderia ser aperfeiçoado, posição, igualmente, adotada no Acórdão 490/2005-Plenário.

120. Assim como já o fez em relação ao Sicro II, v. g., Acórdãos 98/2011, 302/2011 Plenário, pois este Tribunal está atento à necessidade de aperfeiçoamento do controle externo e de evolução dos sistemas de custos afetos às obras públicas e estará sempre, o que não torna o sistema aplicável à época inadequado.

121. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte de Contas, exemplificada nos Acórdãos 273/2010, 2.074/2010, 3.077/2010, 3.229/2010, 859/2009, 1.981/2009, 438/2008, 1.891/2008, 1.427/2007, 2.526/2007, todos do Plenário, é de que, em se tratando de obras rodoviárias, salvo justificativa técnica devidamente fundamentada, os preços constantes do orçamento básico definitivo devem estar em conformidade com o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro) e, caso os serviços não estejam referenciados neste sistema (Sicro), é necessário ajustar as composições de preços à mediana do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi).

122. Assim, a fixação de preços acima dos valores contidos no Sicro ou no Sinapi é irregular, uma vez que afronta os dispositivos legais vigentes.

123. Consoante já decidiu o TCU, eventuais exceções, decorrentes de particularidades da localização da obra ou de sua própria execução que justifiquem a extrapolação dos limites do Sicro, “devem estar devidamente embasadas em justificativas técnicas, acompanhadas de cálculo analítico, para cada item de serviço, que demonstre a adequabilidade do valor adotado” (Acórdão 1.564/2003-Plenário).

124. Nesse sentido, diante da inexistência de justificativas técnicas em sentido contrário, o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro) deve ser usado como referência para a análise de preços praticados nas obras rodoviárias em geral.

125. Ademais, os preços divulgados pelos Sistemas Referenciais de Preços tendem a ser conservadores por uma série de fatores: não consideram ganhos de economia de escala na aquisição de insumos; adotam preços médios ou medianos como paradigma de preços de mercado, no entanto, as construtoras adquirem os insumos pelo menor preço e não pelo preço médio ou mediano; não consideram condições negociais entre construtoras e fornecedores (prazos maiores para pagamento, parcelamento dos pagamentos, descontos, promoções, etc.); e adotam produtividades médias para

mão de obra e equipamentos, possibilitando que a administração privada otimize as metodologias executivas e os procedimentos de controle de qualidade com vistas a redução de custos.

126. Não foi de outro modo que o Voto condutor do Acórdão recorrido citou o Acórdão 3.061/2011-Plenário (voto condutor):

Em acréscimo ao que expus nas outras oportunidades, trago ao cenário fático-legal uma regra interpretativa que entendo ser o pano de fundo para o deslinde desta questão: na impossibilidade prática de conhecer todas as filigranas que envolvem certo fato a ser apreciado, o julgador toma algumas presunções como verdadeiras. Essas presunções legais permitem o delineamento material mínimo da coisa em litígio para a sua posterior subsunção às normas jurídicas aplicáveis.

Nos processos de fiscalização de obras desta Corte, como presunção, adotam-se os referenciais oficiais da Administração como balizador de preços; estes seriam os preços de mercado. Ilações em contrário tem o *ônus probandi* de quem as apresenta.

Eis que, no caso concreto, contestaram-se as referenciais do Sicro - tanto no que se refere às despesas diretas com relação às indiretas -, sistema numerosas vezes utilizado como referência em licitações na área ferroviária (como faz o DNIT em suas obras de ferrovia). Não identifiquei nos elementos apresentados pela empresa, entretanto, a musculatura probatória necessária à motivação dos referenciais de BDI apresentados. A construtora tem meios de demonstrar in concreto o que efetivamente foi gasto, por meio de notas e livros fiscais, com a apresentação da RAIS, GFIP e com a disponibilização de outros documentos obrigatórios, mormente com relação à Administração Local. Nesses termos, se preferiu apresentar ilações in abstrato, os referenciais do Sicro se fazem presunções *juris tantum*, por mais específicos.”

127. Existem algumas fontes em que custos efetivamente incorridos pelos contratados podem se tornar um balizador para a obtenção de valores referenciais: a) contratos de prestação de serviços com empresas subcontratadas (Acórdão 1.551/2008-Plenário); b) notas fiscais de aquisição de materiais e equipamentos aplicados na obra (Acórdãos 157 e 993/2009, ambos do Plenário); c) folhas de pagamento do contratado, GFIP's e informações para a RAIS para contratos de engenharia consultiva (Acórdãos 446 e 1.009/2011 e 2.252/2012, todos do Plenário);

128. Cabe esclarecer, ainda, que no entendimento desta Corte de Contas não existe sobrepreço aceitável, v. g., Voto condutor do Acórdão 1.055/2012-TCU-Plenário:

Também não procede o argumento da recorrente, no sentido de que, por representar percentual insignificante em relação ao valor global da contratação (R\$ 125.902.307,88), o sobrepreço apontado pelo TCU encontra-se dentro da faixa de aceitação e reflete oscilações normais de mercado.

Na verdade, não existe percentual de sobrepreço aceitável. A Lei define os preços máximos das obras e serviços contratados pela Administração. Valores excedentes são ilegais e devem ser rejeitados por esta Corte, cuja atuação se pauta, entre outros, pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

A Lei 11.768/2008 estabelece que, somente em condições especiais, devidamente justificadas, podem os custos unitários de serviços ou insumos exceder o valor obtido a partir do Sinapi. Tais condições não estão evidenciadas nestes autos.

129. Reforça este entendimento o Voto complementar proferido no âmbito do Acórdão 701/2012-TCU-Plenário

13. Ora, o Tribunal não pode fechar os olhos para um caso de superfaturamento - comprovado por pesquisa de preços prévia ao pagamento -, independentemente da suposta materialidade do dano, quando comparado ao valor total da obra, até porque o montante ultrapassa o limite de que trata o artigo 199 do Regimento Interno. No presente caso, tal dispositivo é que deve balizar o juízo objetivo de ser o dano de baixa, média ou alta materialidade. Do contrário, teríamos que admitir a tese de “superfaturamento aceitável”. (...)

130. As jurisprudências desta Corte de Contas e a do Supremo Tribunal Federal são pacíficas no sentido de considerarem ser de responsabilidade pessoal do gestor a comprovação do bom e do regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido.

131. Na mesma linha, os artigos 93 do Decreto-lei 200/1967 e 145 do Decreto 93.872/1986 estabelecem que: "Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes". Neste sentido, o artigo 39 do Decreto 93.872/1986 espanca qualquer dúvida quanto à responsabilidade pessoal do recorrente: "Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos" (artigo 90 do Decreto-lei 200/1967).

132. A jurisprudência deste Tribunal também é pacífica no sentido de considerar o caráter personalíssimo da responsabilidade do gestor, ao qual compete comprovar o bom e o regular emprego dos valores públicos, cabendo-lhe o ônus da prova.

133. Observa-se o entendimento comumente adotado pelo TCU em casos análogos, quando estabelece como competência do agente, pessoa física, e não do município ou do estado, a incumbência de demonstrar a fiel aplicação dos recursos públicos sob sua responsabilidade, conforme assente, nos seguintes julgados: Acórdãos 73/2007; 2.240/2006; 2.813/2006; 1.538/2005 – todos da 2ª Câmara; e 484/2007; 783/2006; 1.308/2006; 1.403/2006; 2.703/2006; 2.928/2006; 578/2005; 783/2006; 1.274/2005 - todos da 1ª Câmara.

134. Alterca o Sr. Homero, outrossim, a ausência de “prejuízo financeiro ao erário público” e à inexistência de “falha técnica”. Destaca-se, neste sentido, que, conforme se demonstrou no Relatório do Acórdão recorrido, o julgamento pela irregularidade das contas, com a consequente apuração de débito e a aplicação de multa aos responsáveis decorreu exatamente da aplicação dos recursos federais ao arrepio da legislação pátria, o que, por si só, caracteriza seu emprego irregular, o desvio de finalidade de recursos e o dano ao Erário.

135. Diversamente, o fundamento da condenação em débito dos recorrentes se deu em razão da ausência de comprovação escoreita dos gastos realizados, com o consequente prejuízo ao Erário. Por sua vez, a aplicação de multa decorreu deste julgamento em débito, cujo respaldo jurídico se encontra no art. 57 da Lei 8.443/1992.

136. Por seu turno, também nessa etapa recursal, os recorrentes não obtiveram êxito em justificar a inadequação do Sicro, não sendo cabível acolher os argumentos apresentados para alterar o sistema de preços utilizado como paradigma para verificação da economicidade dos preços praticados na contratação dos serviços efetivamente executados.

137. Ante o exposto, deve-se alterar o Acórdão 1.791/2012–TCU–Plenário, para excluir os subitens 9.1.1., 9.1.2., 9.1.3., em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório (parágrafo 72 supra), e item 9.3, por não terem sido ouvidos os gestores multados nos termos que fundamentaram suas condenações, pela ausência da correta individualização de suas condutas e pela ausência de subsunção da conduta ilegítima ao tipo legal da sanção aplicada (parágrafo 98 supra), e, por consequência lógico-jurídica, mitigar as multas fundamentadas no art. 57 da LOTCU, aplicadas por meio do item 9.2 do Acórdão recorrido, na proporção do débito elidido, excluindo aquelas aplicadas aos Srs. Joaquim de Sousa e Miguel de Souza, ante a proposta de exclusão dos débitos constantes dos subitens 9.1.1 e 9.1.3, mantendo-se o restante do Acórdão em seus exatos termos.

V - DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

138. Isto posto, considerando a manifestação do Relator quanto ao conhecimento dos recursos e, tendo em vista que as alegações e os documentos carreados pelos Srs. Homero Raimundo Cambraia (CPF 171.923.316-00); Joaquim de Sousa (CPF 119.161.091-87); Miguel de

Souza (CPF 098.365.274-00) e Empresa Planurb Planejamento e Construções Ltda. (CNPJ 14.312.169/0001-91), bem como a detida análise dos documentos que já constavam do processo, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

I - com fundamento nos arts. 32, I e 33, da Lei 8.443/1992 c/c art. 285, *caput* do RI/TCU:

I.1 - negar provimento à Empresa Planurb Planejamento e Construções Ltda.;

I.2 - dar provimento aos Srs. Joaquim de Sousa e Miguel de Souza, a fim de excluir os débitos que lhes foram imputados por intermédio dos subitens 9.1.1 e 9.1.3, com o consequente afastamento das multas individuais que lhes foram aplicadas por meio do item 9.2, assim como excluir o item 9.3;

I.3 - dar provimento parcial ao Sr. Homero Raimundo Cambraia, a fim de excluir o débito que lhe foi imputado por intermédio do subitem 9.1.2, mitigando a multa constante do item 9.2, na proporção do débito elidido, assim como excluir o item 9.3;

I.4 - manter o restante do Acórdão recorrido nos seus exatos termos;

II - dar conhecimento aos recorrentes, às partes, aos órgãos/entidades interessadas, ao Governo do Estado de Rondônia, ao Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Rondônia-Devop/RO, à Procuradoria da República no Estado de Rondônia e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-Dnit, da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 5/9/2013.

(Assinado eletronicamente)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo

Matrícula 7671-6