



TC 041.555/2012-0 (67 peças)

Tipo: tomada de contas especial

UJ: Superintendência Regional do Dnit no Estado do Maranhão

Responsáveis: Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02), José Orlando Sá de Araújo (CPF 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44)

Procuradores: André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021), Frederico Gomes Dares (OAB/MG 119.889) e Lucas de Castro Bregunci (OAB/MG 126.040); José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912) e José Antônio Aranha Rodrigues Filho (OAB/MA 11.250); Regis Antônio Caetano (OAB/TO 1.863) e José Gabriel de Castro (CPF 084.391.091-72)

Relator: ministro José Múcio Monteiro

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Cuida-se de tomada de contas especial instaurada em observância ao item 9.1 do acórdão 2.948/2011 (peças 1, p. 8, a 2, p. 36), por meio do qual, no julgamento de dispensas de licitação conduzidas pelo 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER), atual Superintendência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Maranhão (Dnit/MA), e tratadas no TC 005.741/2002-0, o Plenário do Tribunal de Contas da União, orientando-se por pareceres da Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e da Secretaria de Controle no Maranhão (Secex/MA), identificou sobrepreço em faturas liquidadas e pagas sob o contrato PG 234/96.

HISTÓRICO

2. O contrato PG 234/96, com celebração no dia 16/12/1996 e aditamentos em 10/1/1997 e 17/3/1997 (peça 7, p. 26-29, 36-37 e 45-46), objetivava a execução de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, tendo por contratada a sociedade empresária Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02), que o 15.º DRF escolhera com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, segundo documentação reunida no processo administrativo DNER 51250.001410/96-55 (peças 6, p.2, a 8, p.14).

3. As obras e serviços foram definitivamente recebidos mediante termo de 26/5/1999 assinado por servidores da contratante e por preposto da empreiteira (peça 8, p. 3-4).

4. Do total de pagamentos realizados, estimaram-se diferenças positivas (débito por sobrepreço) e negativas (crédito a favor dos responsáveis) na execução do contrato PG 234/96 (peças 3, p.40 e 59, 4, 8, p.16, 9, p.8, e 10), ao final assimiladas e acatadas pelo acórdão 2.948/2011-Plenário.

EXAME TÉCNICO

5. Conforme itens 1 a 36, 120 a 128 (peça 3, p.1-10 e 37-40) e anexo XII (peça 4) da instrução da Secob e 10.6 da instrução da Secex/MA (peça 5, p. 8-10), mais documentos relativos à despesa adunados nas peças 8 a 10, alvitrou-se, em instrução de 22/11/2012 (peça 12), citar solidariamente o ente empresarial Íter Engenharia de Construções Ltda. e os agentes públicos federais Francisco Augusto Pereira Desideri, Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares, Maurício Hasenclever Borges e Wolney Wagner de Siqueira.

6. Considerando depois disso os diversos atos da unidade técnica e dos demandados, logrou-se tabular o quadro a seguir:

nome	finalidade	instrumento	AR, recibo ou DOU	manifestação	procuradores
Francisco Augusto Pereira Desideri	citação	ofício 497/2013 (peça 16)	AR recebido em 18/4/2013 (peça 43).	Solicitou dilação de 60 dias para defesa (peça 34 e peça 37), mas não apresentou alegações defensivas.	<i>nihil</i>
Gerardo de Freitas Fernandes	citação	ofício 498/2013 (peça 17)	AR recebido em 3/4/2013 (peça 25).	Apresentou defesa (peças 47 a 50, 63 e 64).	André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 50)
Íter Engenharia de Construções Ltda.	citação	ofício 499/2013 (peça 18)	AR recebido em 29/4/2013 (peça 30).	Apresentou defesa (peça 52).	José Henrique Cabral Coaracy, OAB/MA 912, e José Antônio Aranha Rodrigues Filho, OAB/MA 11.250 (peça 38)
José Orlando Sá de Araújo	citação	ofício 500/2013 (peça 19)	AR recebido em 3/4/2013 (peça 26).	Apresentou defesa (peças 47 a 50, 63 e 64).	André Guimarães Cantarino, OAB/MG 116.021, Frederico Gomes Dares, OAB/MG 119.889, e Lucas de Castro Bregunci, OAB/MG 126.040 (peça 49)
José Ribamar Tavares	citação	ofício 501/2013 (peça 20)	AR recebido em 3/4/2013 (peça 28).	Apresentou defesa (peças 56 e 57).	<i>nihil</i>
Maurício Hasenclever Borges	citação	ofício 502/2013 (peça 21)	AR recebido em 5/4/2013 (peça 31).	<i>nihil</i>	<i>nihil</i>



nome	finalidade	instrumento	AR, recibo ou DOU	manifestação	procuradores
Wolney Wagner de Siqueira	citação	ofício 503/2013 (peça 22)	AR recebido em 5/4/2013 (peça 39).	Apresentou defesa (peça 59).	Regis Antônio Caetano, advogado, OAB/TO 1.863, e José Gabriel de Castro, administrador, CPF 084.391.091-72 (peça 40)

7. Embora ultimados os ciclos citatório e responsivo, certa a ausência de contestação por parte dos codevedores Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, instrução de 6/9/2013 (peça 61), merecedora de anuência da subunidade técnica (peça 62), propôs checagem de integridade das peças 47 a 50, 56 e 59, associadas à defesa de Gerardo de Freitas Fernandes e José Orlando Sá de Araújo, de José de Ribamar Tavares e de Wolney Wagner de Siqueira.

8. Por meio de despacho com data de 18/9/2013 (peça 65), certificou-se a regularização formal dos autos eletrônicos, disso resultando a inexistência de saneamento a adotar e, de conseguinte, a possibilidade de avanço na direção do mérito. É o que se passa a fazer.

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

9.1. Irregularidade e débito apontados (peças 16 *usque* 22)

- **ocorrência:** existência de sobrepreço, conforme metodologia (critérios, composição de preços e preços unitários ajustados do Sicro) concebida pela Secretaria de Obras de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob) e referendada pelo acórdão 2948/2011/TCU/Plenário, em medições liquidadas e pagas sob o contrato PG-234/96-00, pactuado no dia 16/12/1996 entre o DNIT e Íter Engenharia de Construções Ltda. como objetivo de executar serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO.

- **débito:**

origem	data da ocorrência	cifra diferencial (R\$)
97OB00546	4/2/1997	162.512,08 (débito)
97OB00140	9/1/1997	130.891,65 (débito)
97OB05310	25/7/1997	55.866,97 (débito)
98OB00179	6/1/1998	-3.101,47 (crédito)
1999OB1137	12/3/1999	-707,55 (crédito)
1999OB1137	12/3/1999	2.828,70 (débito)

9.2. Defesa dos responsáveis e respectiva análise

Seguem-se defesa dos responsáveis não atingidos pela contumácia e respectivo exame técnico.

9.2.1. Defesa da sociedade empresária Íter Engenharia de Construções Ltda. (peça 52)

Em sua petição contestatória, alega:

I) preliminarmente:

a) caberia, no âmbito do TCU, o reconhecimento da prescrição decenal (arts. 205 e 2.028 do Código Civil) como modo de extinguir a imputação de débito, haja vista que os fatos irregulares datariam do ano de 1996, ao passo que a citação válida só teria ocorrido em 7/3/2013, dia do ofício 499/2013;

b) por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade (arts. 5.º, II, e 37, *caput*) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV), é absolutamente nula a imputação de débito, sobretudo porque se teria fundamentado na utilização das tabelas do Sicro 1 com ajustes do Sicro 2, cujos limites de preço, sem existência legal no ano da celebração contratual, serviam apenas como referência utilizável pelo então DNER, mas sem obrigatoriedade ou impositividade normativa, o que só começaria a partir da Lei 12.017/2009 (LDO de 2009);

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

II) no mérito:

a) é improcedente a imputação de débito, vez que se fiou em cálculos totalmente equivocados sob a falsa assertiva de que o contrato PG 234/96 agasalharia serviços de construção, conservação e restauração rodoviária, quando na realidade dizia respeito a serviços emergenciais, com aqueles inconfundíveis, à época contratados em regime de dispensa de licitação e em conformidade com a CA/DNER 264/91;

b) verificou-se divergência entre o valor da Secex-MA e da Secob, pois, enquanto a primeira assinalava R\$ 750.965,91, a segunda encontrara R\$ 348.290,38, fato que denotaria a ausência de segurança na quantificação debitória, achando-se o PG 234/96 ao amparo do “princípio do valor formal das contratações administrativas”, o qual, derivando dos princípios da presunção de legalidade, da segurança jurídica e da razoabilidade, seria inultrapassável a não ser por razões seguras; e

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

9.2.2. Defesa de Gerardo de Freitas Fernandes e José Orlando Sá de Araújo (peças 47 a 50, 63 e 64)

Averbam de fensivamente:

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

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

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

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

e) o Sicro 1 fora concebido para ser um sistema referencial, ainda que bastante simplificado e caracterizado por graves distorções, cenário, aliás, atestado pelo TCU no acórdão 0050-15/96-Plenário, contemporâneo ao contrato PG 234/1996, período em que as pesquisas que alimentavam aquele sistema de preços eram concentradas nas praças de Fortaleza, Recife e Salvador;



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

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

h) após o acórdão 0050-15/96-Plenário, o DNER revisou o Sicro e, no ano de 1999, expediu novo lineamento quanto à elaboração de estudos e projetos rodoviários, mesmo assim tal sistema continuou facultativo, não ditando os valores máximos a observar na orçamentação ou contratação de obras rodoviárias;

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

j) por conseguinte, é ilegal a manutenção de solidariedade de servidores por ausência de norma legal que determinasse a adoção do Sicro como teto para o orçamento do contrato PG 234/96;

k) ainda que forçosa a observância do Sicro, a decretação de emergência no trecho objeto do contrato PG 234/96 fazia os serviços fugirem à normalidade, tornando, por isso, descabido o uso dos preços de um sistema no qual, de um lado, os custos horários de equipamento eram considerados para atividades em condições médias e, de outro, não levavam em conta a queda de produtividade decorrente do tempo pluvioso, ainda mais no Maranhão, segundo estudo publicado em revista especializada;

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

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

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

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

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

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

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

s) intelecção adotada pelo Poder Judiciário em ação civil pública isentou da pecha de ímprobo um dos arguentes (José Orlando Sá de Araújo) quanto aos preços de contrato similar, à



compreensão de que outros agentes públicos do DNER concordaram com os valores unitários ali aceitos;

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

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

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

9.2.3. Defesa de José Ribamar Tavares (peças 56 e 57)

Assim se manifesta o defendente:

a) o próprio TCU, por meio do acórdão 0050-15/96-P, sessão de 17/4/1996, publicado no DOU de 29/4/96, p. 7.321, teria reconhecido que o Sicro não espelhava a realidade dos preços em cada município;

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

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

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

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

f) não configura boa técnica auditorial comparar preços da rodovia objeto do contrato PG 234/96 com os do Sicro, sem levar em consideração características da obra;

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

h) na decisão 417/2002-Plenário, o TCU teria admitido revelar-se o Sicro uma ótima fonte de referência de preços, mas sem isso significar que seja absoluto;

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

j) outro equívoco do analista do TCU teria sido a comparação direta dos preços do PG 234/96 com os do Sicro, vez que estes, simplesmente referenciais e não obrigatórios, não se estabeleciam como limite superior de nenhuma contratação, algo que só veio a ser imposto pelo acórdão 267/2003;



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

l) a composição do orçamento dos serviços teria observado o art. 3.º da Norma CA/DNER 264/91, para a qual o Sicro fornecia os preços primários e referenciais, os quais, por isso mesmo, não se caracterizavam inflexíveis;

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

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

9.2.4. Defesa de Wolney Wagner de Siqueira (peça 59)

No tocante à irregularidade que funda o débito, aduz:

I) preliminarmente:

a) a celebração do contrato dera-se há cerca de dezessete anos;

b) débito não se confunde com valor financeiro em TCE, vez que aquele só existe após o trânsito em julgado da decisão do TCU, momento em que ganha a característica da imprescritibilidade; para os demais débitos, isso vale quando da inscrição na dívida ativa;

c) mesmo que a Lei Orgânica do TCU não imponha limite temporal para imputação de débito e multa, mister instaurar o competente processo antes de consumada a prescrição ou decadência;

d) na legislação existem várias situações em que o lapso prescricional/decadencial é de cinco anos, tais como ação disciplinar (Lei 8.112/1990, art. 142, I, *a*), constituição e cobrança de crédito tributário (lei 5.172/1966, arts. 173 e 174), anulação de atos administrativos (Lei 9.784/1999, art. 54) e pedido de revisão no TCU (Lei 8.443/1992, art. 35);

e) a TCE visa a uma tentativa de recebimento de suposto direito, o qual, porém, se sujeita à prescrição ou decadência, não podendo o agente público responder eternamente por atos de gestão, sob pena de solapar o princípio da segurança jurídica administrativa e, assim, jogar por terra a Constituição Federal;

h) o lapso entre a exoneração do DNER e a data atual vai além do prazo quinquenal marcado no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, cumprindo observar que a Carta Magna adotou a prescrição como regra, excepcionando-a para os crimes descritos no art. 5.º, XLII e XLIV;

i) também o previu no art. 37, § 5.º, como excepcionalidade, para as ações de ressarcimento, estas, porém, condicionadas à formação do título executivo (acórdão condenatório do TCU);

j) incidem, em apoio à não possibilidade de responsabilização do arguente, os arts. 6.º, II, e 19 da Instrução Normativa TCU 71/2012;

k) existem decisões do TCU (acórdãos 1.835/2008 e 368/2009-2.ª Câmara, acórdão 5.105/2010-1.ª Câmara e acórdão 1.816/2008-Plenário), lavradas com fulcro na Instrução Normativa 56/2007, que, reconhecendo iliquidáveis contas cujos débitos superavam os dez anos, mandaram arquivá-las;

l) ademais, não era ele competente pelo regimento interno do DNER para aprovar preços e realizar contratações;

II) no mérito:



a) o total contratado, de R\$ 2.799.496,70, ficou aquém do total orçado, de R\$ 2.800.744,88;

b) a contratação baseou-se em orçamento oriundo de criteriosa vistoria feita por engenheiros do DNER, levando em consideração particulares e especiais dificuldades (acesso a jazidas, material saturado, operação de equipamentos etc.) inerentes aos serviços então sob demanda;

c) inexistia obrigatoriedade de utilização do Sicro como base de cálculo, por ser um sistema de pouca confiabilidade e não divulgado, o que só veio a acontecer a partir do acórdão 267/2003-Plenário/TCU;

d) antes, no acórdão 50/96-Plenário, o TCU determinara que se reestudasse o Sicro, sistema frágil que facultava aos órgãos executivos do DNER elaborar orçamentos condizentes com as singularidades locais;

e) a CGU, ao promover em 2003 auditoria em vários contratos, nada encontrou de anômalo;

f) o débito encontra-se em patamares aceitáveis, pois representa cerca de 12,44 % do preço global, a exemplo do que se decidiu nos acórdãos 136/95 e 941/2010-Plenário.

9.3. Análise da defesa dos responsáveis (rejeição)

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

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

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

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

iii) da pretensão ressarcitória em virtude do transcurso de mais de cinco anos dos fatos, nos termos das Leis 8.112/1990, 9.847/1999, 5.172/1966, 9.784/1999, 8.443/1992 e 8.429/1992 (tese de Wolney Wagner de Siqueira);

iv) a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal de 1988 somente se aplica depois de formado o título executivo extrajudicial pelo TCU (tese de Wolney Wagner de Siqueira).

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

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

Deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao



erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no §4.º do art. 5.º da IN TCU n.º 56/2007.

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

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.

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

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

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

Lado outro, caracteriza desarrazoada inversão imaginar, como o fez Wolney Wagner de Siqueira, que existiria imprescritibilidade para execução de acórdão condenatório, mas atingiria a pretensão de formá-lo a prescrição ou a decadência. Na verdade, essa modalidade de título executivo extrajudicial (CF/1988, art. 71, § 3.º; Lei 8.443/1992, arts. 19, *caput*, parte final, 23, III, *b*, e 24; Regimento Interno do TCU, arts. 214, III, *b*, e 215; Código de Processo Civil, art. 585, VIII) nasce de ação de ressarcimento que a Carta Magna (CF/1988, art. 37, § 5.º) considera *imprescritível*. Já a pretensão executória do título originado dessa *actio* é que seria *prescritível*, independentemente de ser inscrito (procedimento essencial para alguns, facultativo ou dispensável para outros) em dívida ativa não tributária da União, bem como de ser o prazo extintivo quinquenal ou decenal.

Ainda que, somente por amor ao debate, se aceitasse a prescrição decenal invocada, adotando linha francamente minoritária no TCU, o resultado continuaria a ser a incolumidade da pretensão de ressarcimento dos danos causados à União por sobrepreço havido no contrato DNER PG 234/96. É que nessa hipótese, como talvez não se consiga perceber, embora o lapso prescricional de dez anos, segundo a melhor exegese dos arts. 2.028 e 2.044 da Lei 10.406/2002, começasse a fluir do dia 11/1/2003 em diante, ou seja, um ano após a publicação do chamado Código Reale, assumiria contornos de essencialidade a definição correta do *dies ad quo* da interrupção provocada pela citação válida.

Segundo alegação de defesa, a contagem dos dez anos ter-se-ia iniciado para a empreiteira Íter Engenharia de Construções Ltda. com a vigência do Código Civil (11/1/2003) e acabado em 7/3/2013, data do ofício 499/2013. Entretanto, à luz das normas instrumentais aplicáveis *in casu*, a fluência desse prazo se daria de modo diverso.

Realmente, a citação ordinária da pessoa jurídica Íter Engenharia de Construções Ltda., consumada com a aposição em 29/4/2013 de rubrica no AR (peça 30) do ofício 499/2013 (art. 183, I, *a*, do Regimento Interno c/c arts. 3.º, III, e 4.º, II, e 19, III, da Resolução TCU 170/2004), fizera o *dies a quo* interruptivo da prescrição retroagir a 22/10/2012, data de autuação desta tomada de contas especial na Secex-MA (ver capa dos autos eletrônicos), à vista do art. 219, *caput (in fine)* e § 1.º, do Código de Processo Civil, a incidir nesta relação processual debaixo do selo da subsidiariedade ou complementaridade normativa (Súmula TCU 103). Assim, entre 11/1/2003 (início da vigência do CC/2002) e 22/10/2012 (dia de instauração desta TCE), haveria transcorrido menos de um decênio, pondo abaixo, também por essa senda alternativa, a tese da mencionada arguente.

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

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

Outrossim, admitindo-se para argumentar, nem mesmo a regra geral de prescrição (CC/2002, art. 205) representaria óbice à aplicação de *sanctio iuris* monetária, pois o tempo que medeia entre a instauração da TCE (22/10/2012) e o início de vigência do *Codex Reale* (11/1/2003) é menor que dez anos, valendo nessa contagem, como se vislumbrou parágrafos atrás para a universalidade de codemandados, o regramento do art. 219, *caput (in fine)* e § 1.º, do CPC c/c a Súmula TCU 103.

Por fim, a argumentação elisiva relacionada à incidência dos arts. 6.º, II, e 19 da IN TCU 71/2012 não socorre um dos respondentes, porque, afora a imprescritibilidade há pouco delineada, a dispensa de TCE constitui uma *faculdade* do TCU, nunca um obstáculo inexpugnável, vale dizer, pressuposto negativo do exercício do controle externo, ou, por outra angulação, direito subjetivo dos responsáveis. Não bastassem tais ressalvas, acresça-se que o acórdão 2.948/2011-Plenário age, no caso debatido, exatamente como determinação contrária à dispensa.

Diante da exposição, deixam de vingar as alegações defensivas observáveis nos itens 9.2.1, I, *a*; 9.2.2, *t a v*; e 9.2.4, I, todos desta instrução.

Provado inexistir óbice à instauração e desenvolvimento válido desta TCE por não ocorrência de prescrição extintiva, analisa-se questão invocada exclusivamente por Wolney Wagner de Siqueira, no sentido de ser parte passiva ilegítima *ad causam*, ao argumento de ausência de comprovação de sua participação no rito licitatório e/ou de existência de vulneração a princípios administrativos.

Semelhante ilegitimidade, todavia, não pode ser afastada *a priori*, pois, de acordo com o que se apurou no caderno processual, o arguente, então diretor de engenharia do DNER, averbava acerca da contratação direta em 10/12/1996 (peça 7, p.19):

Trata o presente processo de contratação emergencial, com base no Art. 26 e no Inciso IV do Art. 24 da Lei 8.666/93, da empresa ITER ENGENHARIA DE CONSTRUÇÕES LTDA, para execução de obras e serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal e do pavimento para restabelecer a regularidade e segurança do tráfego na Rodovia BR-226/MA, trecho: Entr.BR-



316(6) - Div. PI/MA (Teresina - Timon) - Div. MA/TO, subtrecho: Entr.MA-275 - Entr. BA-01 0 (Porto Franco).

A convocação da empresa foi feita pelo Chefe do 15 0 DRF, através do ofício CD-15 N° 511/96, datado de 04/11/96, em virtude da mesma satisfazer as exigências contidas na norma CA/DNER N° 264/91, Resolução 24/91, quais sejam: encontra-se instalada nas proximidades do local; é cadastrada em terraplenagem, drenagem e pavimentação no DNER; possui capacidade técnica e equipamentos para atendimento nas condições e prazos requeridos e já executou serviços de conservação e restaurações rodoviárias no 15 0 DRF, tendo sempre atendido às normas técnicas e à qualidade de serviços executados.

Consta do presente processo a comunicação ao Sr. Diretor-Geral do Ato da Dispensa da Licitação, assim como a ratificação do mesmo e a publicação no D.O.U., conforme determina o Art. 26 da Lei 8.666/93.

A Proposta de Preços apresentada pela firma convocada foi analisada pelo 15º DRF que considerou os preços unitários ofertados compatíveis com os praticados na região, o valor global inferior ao orçamento referencial a preços de NOV/96 e as produções horárias das equipes coerentes com a metodologia do manual de composição de custos do DNER (1972).

Sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da empresa ITER ENGENHARIA DE CONSTRUÇÕES LTDA pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos, com valor global de R\$ 2.799.479,70 (DOIS MILHÕES, SETECENTOS E NOVENTA E NOVE MIL, QUATROCENTOS E SETENTA E NOVE REAIS E SETENTA CENTAVOS), conforme Proposta de Preços anexa ao presente processo.

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

Dessarte, malsucedida a linha defensiva abrigada no item 9.2.4, I, I, desta instrução.

Vencidas, portanto, as questões preliminares, evolui-se para o do mérito da causa, o qual comporta o reagrupamento temático a seguir:

i) o Sicro 1 era um sistema meramente referencial do DNER, sem adoção obrigatória ou vinculativa na ocasião em que se celebrara o contrato PG 234/96, além de frágil e baseado em condições gerais abstratas, o mais das vezes divorciadas das atinentes aos reais serviços e obras rodoviários que então se contratavam (tese da globalidade dos defendentes);

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

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

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



v) houve equívoco nos cálculos, que partiram da falsa premissa de que o contrato PG 234/96 diria respeito a serviços de construção, conservação e restauração rodoviária, e não de natureza marcadamente emergencial, refletindo-se, ademais, em insegurança na quantificação do débito, máxime quando se verifica divergência entre os números da Secob e da Secex-MA (tese da empreiteira Íter Engenharia de Construções Ltda. e Wolney Wagner de Siqueira);

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

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

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

ix) o débito, representando cerca de 12,44 % do montante negocial, situa-se em valor aceitável, conforme, ilustrativamente, decidira o pleno do TCU nos acórdãos 136/95 e 941/2010 (tese de Wolney Wagner de Siqueira).

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

Em primeiro lugar, repila-se o arrazoado de que inexistiria débito em virtude de 12,44 % de sobrepreço no confronto com a soma contratual, máxime porque os precedentes invocados dizem respeito a contratação resultante de procedimento licitatório, não, como sucedeu no caso sob análise, de dispensa, em que uma só oblação, longe de ser representativa da média de preços do mercado de serviços e obras rodoviários, fora cotejada exclusivamente com o sistema referencial do DNER (Sicro). Ademais, em que pese à aparente *modicidade* ou *razoabilidade* da porcentagem assinalada pelo responsável, a ninguém, especialmente quando se lida com recursos públicos, seria dado admitir que uma dívida hoje estimada, apenas com correção monetária, em R\$ 961.910,82 (peça 66) ou, com atualização e juros legais, em R\$ 2.692.663,24 (peça 67) pudesse qualificar-se como *insignificante*. Noutras palavras, admitir *inexpressiva* essa diferença e, por semelhante razão, ineficaz a presente TCE corresponderia a subentender, entre outras consequências, a ineficácia da alçada (R\$ 75.000,00) estabelecida nos arts. 6.º, I, e 7.º, III, da IN TCU 71/2012, tanto quanto da ordem intrínseca ao próprio acórdão 2.948/2011, que, no subitem 9.1, reconheceu débito por sobrepreço no contrato PG 234/96 e determinara a abertura da tomada de contas especial. Ou seja, livraria de responsabilização, conquanto haja o TCU determinado o contrário, *intranei e extraneus* concernentemente a lesão econômica aos cofres da União que alcança na atualidade cerca de 12,83 vezes ou, contabilizando-se juros moratórios, 35,90 vezes aquele piso.

Em segundo lugar, afaste-se a relevância, que de fato e de direito inexistente nestes autos, da execução dos serviços emergenciais alvo do contrato PG 234/96. É matéria sem nenhuma pertinência, porquanto o cerne do debate reside em sobrepreço que as unidades técnicas (Secob e Secex-MA) do TCU identificaram quando do cotejo entre, de um lado, os valores de alguns dos serviços efetivamente pagos à sociedade empresária Íter Engenharia de Construções Ltda. e, de outro, os respectivos custos unitários sob o Sicro/DNER/Dnit. E, nesse sentido, cabe esclarecer: a parte física considerada na apuração correspondeu a R\$ 2.799.496,70, ou 100% da soma contratual, de acordo com itens 120 e 126 do primeiro relatório Secob (peça 3, p.37 e 39), cujas conclusões se basearam em termo de recebimento datado de 26/5/1999 (peça 8, p. 3-4), nas notas fiscais 1245, 1246, 1253, 1277 e 1279 daquela empreiteira e nas medições endossadas pela autarquia contratante (peças 8, p.15, a 10).

Em terceiro, a par de comentários lançados parágrafos atrás, exclua-se, também, a alegação de incidência *in casu* da Lei de Improbidade, pois, no âmbito do Tribunal de Contas da União, se firmou entendimento acerca da independência entre as instâncias administrativa, de controle externo –

por ele cumprida sob imutável outorga constitucional – e a que exerce o Poder Judiciário. Não são, desse modo, redundantes nem reciprocamente ensejadoras de prejudicialidade, cada qual atuando em campo legal e jurídico próprio. Ilustram a jurisprudência predominante os acórdãos 41/2007-Primeira Câmara, 70/2007 e 193/2007-Segunda Câmara, 33/2004, 52/2011 e 3.218/2013-Plenário.

Em quarto lugar, rechace-se argumento quanto a suposto equívoco cometido pela Secob na classificação dos serviços contratuais, bem como crítica sobre imaginada incerteza na quantificação do débito por aquela unidade técnica e pela regional do TCU no Maranhão. Com efeito, engano classificatório algum houve no que diz respeito a serviços e obras vinculados ao contrato PG 234/96, tanto que a Secretaria de Obras, indexando-os sob a rubrica “metodologia para confirmação da existência de sobrepreço e cálculo do débito”, explicitamente consignara em seu primeiro relatório (peça 3, p. 2-3):

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

(...)

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

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

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

(...)

10.4 Lançamento dos preços unitários de referência resultantes das composições de preço unitário do Sicro 1 ajustadas (restauração rodoviária) e dos preços dos serviços de construção rodoviária obtidos diretamente das tabelas desse sistema (construção e conservação rodoviária) em uma planilha comparativa para a confirmação da existência de sobrepreço no contrato. É importante esclarecer que todos os preços de referência superiores aos contratados foram considerados com sinal negativo no cálculo do sobrepreço, de modo que fossem considerados como crédito no valor final encontrado;

(...)

E fê-lo porque utilizou o Sicro 2 como mecanismo de correção de distorções oriundas da circunstância de que as obras emergenciais subjacentes ao contrato PG 234/96 perfaziam a tríade *construção*, *conservação* e *restauração rodoviárias*, mas o sistema referencial de preços à época (Sicro 1) só considerava *construção* e *conservação*. Essa opção, nem arbitrária nem aleatória, visou, acima de tudo, a contemplar a execução de serviços de restauração de rodovias em locais e condições mais difíceis, com maior trânsito e menor produtividade dos equipamentos. Acresce que a Secob, apesar de manter os preços do Sicro 1 para os serviços de construção e conservação rodoviárias, ajustou os do Sicro 2 concernentes a restauração rodoviária, aplicando-lhes ajustes, por meio da

adoção de fator de redução de 0,90 sobre as produções horárias, na produtividade das equipes das composições de preço unitário.

Também impende acentuar que, para itens do orçamento do contrato PG 234/96, admitiu a Secob assim a substituição (vantajosa para os devedores solidários) de brita produzida por brita comercial como a incidência de BDI (bônus e despesas indiretas) de 40,5%, quando esse *plus* na composição de custos unitários do Sicro 1 não chegava a 36% e, na da Íter Engenharia de Construções Ltda., fora linear e unilateralmente calculado em 30% (peças 3, p. 37-38, e 6, p.27, a 7, p.4).

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

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

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

Ainda sobre isso, agora oferecendo o outro lado indulgente da medida, impende reconhecer que foi exatamente essa modificação de inteligência, primando por não distorcer os valores comparáveis, máxime quanto aos segmentos de itens de custo encartáveis no Sicro 1 e no Sicro 2, que permitiu ao TCU afastar cálculos, elaborados de início pela Secretaria do TCU no Maranhão à base de imediato e direto confronto entre o Sicro 1 e a planilha da Íter Engenharia de Construções Ltda., os quais redundariam em débito de R\$ 750.965,91 (peça 9, p.29), adotando-se, final e solidariamente imputada aos responsáveis, a quantia (bastante mitigada) de R\$ 340.290,38. E não só: aceitou-se efeito subtrativo-aritmético, igualmente sob o fundamento de maior justeza metodológica e critério de equidade no caso concreto, de itens com preços negociais menores que os do Sicro, a exemplo, entre outros, de escavação e carga de material de jazida (código 01.200.00), recomposição de revestimento primário (código 01.401.00) e transporte de água (código 09.202.00), tudo de acordo com itens 120 *usque* 128 do primeiro relatório da Secob (peça 3, p. 38-40).

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

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

De fato, rememore-se que a adoção do Sicro 1, inocultavelmente vinculatória tanto para o DNER/Dnit quanto para a virtual contratada (Íter Engenharia de Construções Ltda.), era de suceder nos exatos termos de ofício assinado por José Ribamar Tavares (peça 6, p. 20-21):

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

(...)

Anexo o orçamento referencial estimativo, cujo valor global não pode ser ultrapassado.

A planilha orçamentária a que se referia o então chefe do 15.º DRF/DNER fora, a seu turno, elaborada por José Orlando Sá de Araújo e compunha-se de serviços com valores “fechados” – vale dizer, não analíticos – inequivocamente associados ao Sicro, somando R\$ 2.800.744,88 (peça 6,

p.24). Insta frisar que, na oportunidade, tal servidor público tinha realizado vistoria nos trechos rodoviários considerados em colapso (peça 6, p.22).

Na sequência, a empreiteira convocada apresentou, já de forma agregada e detalhada, proposta para execução dos serviços emergenciais, orçando-os em R\$ 2.799.496,70 (peças 6, p.27, a 7, p.5).

Em Brasília, depois de confronto entre os orçamentos do 15.º DRF/DNER e da pessoa jurídica Íter Engenharia de Construções Ltda., malgrado distorções desvantajosas para a administração contratante em vários itens – alguns chegando a quase 426% (peça 9, p.29) –, houve aceitação da oferta porque estaria com preços unitários e global compatíveis com os do Sicro.

E não obstante essa análise, que em si já encerrava descumprimento aos lindes impostos pela autoridade administrativa regional, a qual impusera respeito ao limite máximo do Sicro, o diretor de engenharia do DNER ao tempo dos fatos (Wolney Wagner de Siqueira) consignou em despacho de 10/12/1996 (peça 7, p.19):

A Proposta de Preços apresentada pela firma convocada foi analisada pelo 15º DRF que considerou os preços unitários ofertados compatíveis com os praticados na região, o valor global inferior ao orçamento referencial a preços de NOV/96 e as produções horárias das equipes coerentes com a metodologia do manual de composição de custos do DNER (1972).

Sendo assim, submetemos a este Conselho Administrativo do DNER a contratação, em caráter emergencial, da empresa ITER ENGENHARIA DE CONSTRUÇÕES LTDA pelo prazo de 120 (CENTO E VINTE) dias consecutivos, com valor global de R\$ 2.799.479,70 (DOIS MILHÕES, SETECENTOS E NOVENTA E NOVE MIL, QUATROCENTOS E SETENTA E NOVE REAIS E SETENTA CENTAVOS), conforme Proposta de Preços anexa ao presente processo.

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

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

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

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

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

c) se inexistisse um sistema referencial como o Sicro, o DNER, a não ser que se socorresse de algum diferente repositório de custos de obras e serviços rodoviários (que, querendo ou não, só podia ser o próprio Sicro, à míngua de qualquer outro conhecido), jamais teria condições, minimamente objetivas e concretas, de apreciar a racionalidade e adequação dos preços que lhe ofertava, àquela altura dos acontecimentos, a empreiteira convocada para executar os serviços emergenciais; de sorte que, bem ao contrário do que alegou um dos defendentes, fãlerceria qualquer marco a justificar, quando menos, o preço proposto pelo executante escolhido mediante dispensa de licitação (Lei 8.666/1993, arts. 24, IV, e 26, III). Em palavras mais contundentes: desvalendo o Sicro como referencial, de que jeito, ou segundo quais parâmetros técnico-econômico-legais, os servidores do DNER/Dnit se capacitariam ou habilitariam para analisar os valores ofertados pela empreiteira Íter Engenharia de Construções Ltda.? Ou, antes até, como fundamentariam um orçamento da magnitude de R\$ 2.800.744,88 (peça 6, p.24), depois contrastado com o daquela pessoa jurídica da construção civil? Quiçá uma inescrutável ciência, intuição ou achismo do orçamentista e/ou, ulteriormente, dos agentes postados em escalões maiores da autarquia? Quanto a isso, pois, de nula juridicidade alegar que o Sicro só passou a ser exigível com a edição da Lei 12.017/2009, porquanto, fosse por um instante abandonado nas circunstâncias em que se selara o contrato PG 234/96, avultariam, absolutamente irrespondíveis, todas as indagações acima deduzidas.

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

A quatro, se o Sicro era um sistema tão pouco confiável, flexível ou adaptável às condições concretas, há de perguntar: padecia desses reveses apenas quando o preço contratual era maior (e, via de consequência, o desse sistema de referência do DNER/Dnit era menor), ou também se mostrava vulnerável e pouco aceitável quando o custo negocial era menor (e, por consectário, o do Sicro era maior)? Se essa fosse realmente a lógica, aceitá-lo naquela hipótese e recusá-lo nesta vivificaria um inadmissível cindir *in malam partem* para a administração pública. Veja-se que, com relação a isso, o método de cálculo proposto pela Secretaria de Obras do TCU soube adequadamente contemporizar a dual face do Sicro, admitindo tanto variações positivas quanto negativas, a fim de estimar o sobrepreço pelo jogo aritmético de umas e outras. Ou seja, valeu-se do caráter *pro et contra* do Sicro e, à falta de justificativas técnicas contemporâneas aos fatos para ignorar as oscilações a maior dos custos pactícios, tabulou quadro em que se visualizam itens com saldos a menor (dedutíveis, assim, do montante de sobrepreço), representativos de cerca de 21% dos 24 itens inclusos na planilha (peça 3, p.39):

- escavação e carga de material de jazida (código 01.200.00): -R\$ 10.709,40;
- recomposição de revestimento primário (código 01.401.00): -R\$ 7.232,40;
- transporte de água (código 09.202.00): -R\$ 51.375,15;
- recomposição manual de aterro (código 08.500.00): -R\$ 576,45;
- obtenção de grama em placas (código 09.519.01): -R\$ 56,30.



Não à toa, acresça-se, a Secob mandou detrair aquilo que, no pagamento dos serviços medidos e pagos sob as ordens bancárias 1998OB00179 e 1999OB001137, entendera como preço menor que o do Sicro, gerando uma espécie de crédito a bem dos responsáveis solidários (peça 10, p.12).

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

Ainda sobre o tema em debate, calha lembrança, entre os que acolheram o Sicro no balizamento de preços em contratações diretas mais antigas (por consequência, antes do contrato PG 234/96), o acórdão 133/2000-Plenário (ata 27/2000, DOU de 28/7/2000), proferido no TC 017.789/1996-6, no qual o TCU, ao deliberar sobre denúncia relacionada a preços admitidos pelo DNER/PI divorciados desse sistema referencial interno, assentara:

8.7 fixar o prazo de 120 (cento e vinte dias) dias à Secretaria de Controle Interno no Ministério dos Transportes - Ciset/MT, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei n. 8.443/92, para que adote as providências necessárias à instauração e envio a esta Corte de Contas de processos de Tomada de Contas Especial, devidamente formalizados, em razão da prática de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos concernentes à contratação direta da Construtora Sucesso S. A, pelo DNER, sem a presença dos pressupostos legais e com preços excessivos, para a execução das obras/serviços atinentes ao Anel Viário de Teresina - PI; e relativos à restauração na BR-222/PI e à recuperação da Avenida Raul Lopes (Teresina - PI), situada sob a ponte sobre o Rio Poti - BR-343/PI, tratados no presente feito;

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

A seis, e *ad argumentandum tantum*, mesmo que a CGU-MA houvesse declarado a inexistência de sobrepreço no contrato PG 234/96 (algo, porém, inidentificável nestes autos eletrônicos), necessário frisar que as conclusões desse órgão não vinculariam o Tribunal de Contas da União, dotado que é este do poder constitucional e legal de julgar, com caráter de definitividade no âmbito administrativo, quem, de qualquer modo, causar danos aos cofres da União (CF/1988, art. 71, II; Lei 8.443/1992, arts. 1.º, I, 4.º e 5.º, I e II; RITCU, arts. 1.º, I, 4.º e 5.º, I e II). Ademais, A CGU tem como uma de suas missões institucionais prestar subsídios ao TCU (CF/1988, art. 74, IV), auxiliando-o no controle da atividade administrativa federal, de sorte que relatórios, pareceres ou conclusões técnicas dessa procedência jamais poderão manietá-lo ou obrigá-lo. Ressalte-se, por fim, que, dada a suficiência do levantamento a que procederam Secob e Secex-MA, o próprio Tribunal chegou a dispensar, por meio do subitem 9.5 do acórdão 2.948/2011-Plenário (TC 005.74 1/2002-0, ata 49/2011), o órgão central do sistema de controle interno (SFCI) de cumprir determinação, inscrita no subitem de 8.3 da decisão 710/2001- Plenário (TC 003.028/2001-3, ata 37/2001), para fiscalizar a



execução dos contratos de PG 164/95, PG 165/95, PG 076/96, PG 078/96, PG 080/96, PG 083/96, PG 140/97, PG 146/96, PG 233/96, PG 234/96, PG 249/96, PG 257/96, PG 258/96 e PG 141/99..

Ante tudo o que se contra-argumentou, não logram sucesso as razões de defesa localizáveis nos itens 9.2.1, I, *b e c*, e II; 9.2.2, *a a s*; 9.2.3; e 9.2.4, II, desta instrução.

CONCLUSÃO

10. A imputação atribuída aos responsáveis (subitem 9.1) não foi elidida/ilidida pela resposta das pessoas naturais Gerardo de Freitas Fernandes, José Orlando Sá de Araújo, José Ribamar Tavares e Wolney Wagner de Siqueira, tampouco pela pessoa jurídica Íter Engenharia de Construções Ltda. (subitens 9.2.1 *usque* 9.2.4), conforme detida análise no subitem 9.3, ante o que se rejeitam as alegações de defesa apresentadas.

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

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

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

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

14. No exame desta TCE, gizam-se, entre os indicados nos itens 42.1 a 42.10 das orientações para benefícios de controle do anexo da Portaria Segecex 10/2012, os seguintes:

- a) débito imputado pelo Tribunal (peça 67);
- b) sanção aplicável pelo TCU (multa do art. 57 da Lei 8.443/1992);
- c) expectativa de controle;
- d) redução do sentimento de impunidade;
- e) fornecimento de subsídios para atuação de outros órgãos ou autoridades.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

15. No que tange às comunicações processuais, e para as finalidades do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004, impende sublinhar quanto aos procuradores:

a) Régis Antônio Caetano (OAB/TO 1.863) e José Gabriel de Castro (CPF 084.391.091-72) estão habilitados, consoante peça 40, “(...) a responder a quaisquer outras solicitações ou chamamentos nos autos relacionados aos interesses do outorgante”, que vem a ser Wolney Wagner de Siqueira;

b) José Henrique Cabral Coaracy (OAB/MA 912) e José Antônio Aranha Rodrigues Filho (OAB/MA 11.250) não estão habilitados, segundo peça 38, a receber comunicação processual em nome da empreiteira Íter Engenharia de Construções Ltda., da qual são legítimos mandatários;

c) André Guimarães Cantarino (OAB/MG 116.021), Frederico Gomes Dares (OAB/MG 119.889) e Lucas de Castro Bregunci (OAB/MG 126.040) também não se credenciam, de acordo com



peças 49 e 50, a receber notificação ou intimação em nome de José Orlando Sá de Araújo e Gerardo de Freitas Fernandes, de quem são procuradores comuns.

16. Caso, todavia, haja prevalência, por entenderem-no derogatório da norma em destaque, do comando insculpido no art. 179, § 7.º, do RITCU, cumprirá endereçar a comunicação a cada representante legalmente constituído nos autos.

17. Deve o Tribunal, ainda, encaminhar cópia da deliberação e dos elementos que a secundarem ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à SFCI, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão (LOTUCU, art. 16, § 3.º; RITCU, art. 209, § 7.º) e, por injunção dos subitens 8.3 da decisão 693/2001-Plenário (TC 010.381/2001-7, ata 37/2001) e 9.7.1 do acórdão 2.948/2011-Plenário (TC 005.741/2002-0, ata 49/2011), à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados.

18. No que concerne ao pagamento da dívida e da sanção pecuniária, propor-se-á:

i) no caso dos codevedores regidos pela Lei 8.112/1990, que o Tribunal, independentemente da cifra, determine, desde logo, caso balde a notificação, o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, subsídio, salário ou proventos, observando-se os limites fixados na legislação pertinente (LOTUCU, art. 28, I; RITCU, art. 219, I; Decisão Normativa TCU 19/1998, art. 2.º, II, a);

ii) para os demais devedores solidários, ou se inviável a proposta antecedente, que o Tribunal ou relator autorize em qualquer fase administrativa, havendo pedido, o pagamento da cifra devida em até 36 parcelas, desde que o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial (LOTUCU, art. 26; RITCU, art. 217).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. *Ex positis*, fórmula-se a proposta abaixo:

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

II) com fundamento nos arts. 1.º, I, e 16, III, “b” e “c”, e § 2.º, e no art. 19, *caput*, da Lei 8.443/1992 e nos arts. 1.º, I, e 209, II e III, e §§ 5.º e 6.º, e no art. 210, *caput*, do Regimento Interno do TCU, bem como do que se consignou no subitem 9.3 desta instrução, conhecer das alegações de defesa apresentadas para, no mérito, rejeitá-las e julgar irregulares as contas de Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Orlando Sá de Araújo (CPF 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), condenando-os, em solidariedade com a sociedade empresária Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02), a recolher a dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora da data de ocorrência de cada parcela até a da efetiva quitação, abatendo-se, na oportunidade, a(s) quantia(s) eventualmente ressarcida(s):

origem	data da ocorrência	cifra diferencial (R\$)
97OB00546	4/2/1997	162.512,08 (débito)
97OB00140	9/1/1997	130.891,65 (débito)
97OB05310	25/7/1997	55.866,97 (débito)
98OB00179	6/1/1998	-3.101,47 (crédito)
1999OB1137	12/3/1999	-707,55 (crédito)
1999OB1137	12/3/1999	2.828,70 (débito)

Valor atualizado até 24/6/2014 (peça 67): R\$ 2.692.663,24



III) aplicar a Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87), José Orlando Sá de Araújo (CPF 088.866.953-49), José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34) e a Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44), bem como à pessoa jurídica Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02), individualmente, a multa cominada nos arts. 19, *caput*, e 57 da LOTCU e 210, *caput*, e 267 do RITCU;

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

V) notificar:

a) à luz do art. 18-A da Resolução TCU 170/2004:

a.1) na pessoa dos respectivos procuradores, o responsável Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

a.2) pessoalmente os demais codevedores, vez que, mesmo os que chegaram a constituir patronos, a eles não concederam poderes para recebimento desse tipo de comunicação processual;

b) ou a lume do art. 179, § 7.º, do RITCU:

b.1) por meio dos respectivos advogados, a pessoa jurídica Íter Engenharia de Construções Ltda. (CNPJ 08.730.731/0001-02) e as pessoas naturais José Orlando Sá de Araújo (CPF 088.866.953-49), Gerardo de Freitas Fernandes (CPF 062.944.483-87) e Wolney Wagner de Siqueira (CPF 020.432.201-44);

b.2) de modo pessoal, José Ribamar Tavares (CPF 037.885.043-15), Francisco Augusto Pereira Desideri (CPF 310.929.347-15) e Maurício Hasenclever Borges (CPF 006.996.756-34);

VI) havendo inobservância da notificação, autorizar:

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

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

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

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

Secex-MA, 18 de agosto de 2014.

(Assinado eletronicamente)

Sandro Rogério Alves e Silva

AUFC, matrícula 2860-6