GRUPO – CLASSE I – Plenário
TC 014.246/2005-3 [Apensos: TC 019.234/2007-1, TC 008.608/2010-5]
Natureza: Recursos de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial).
Unidade: Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí.
Recorrentes: Bertolino Marinho Madeira Campos (065.952.353-15) e Construtora Jurema Ltda. (05.802.590/0001-90.
Representação legal: Roselle Adriane Soglio (177.840/OAB-SP) e outros, representando Construtora Jurema Ltda; Pedro Gabriel Lopes (372347/OAB-SP) e outros, representando Bertolino Marinho Madeira Campos; Márcia Maria Macedo Franco (2802/OAB-PI) e outros, representando Entidades/órgãos do Governo do Estado do Piauí.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ADUTOR DO SUDESTE PIAUIENSE. CONTAS JULGADAS IRREGULARES EM DECORRÊNCIA DO APROVEITAMENTO DE CONTRATO ANTIGO, CALCADO EM PROJETO DESATUALIZADO E COM SOBREPREÇO. COMPROVAÇÃO DE QUE O APROVEITAMENTO DO CONTRATO SE DEU APÓS AVAL DE ÓRGÃO PÚBLICO QUE DETINHA EXPERTISE EM OBRAS DA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DA EMPRESA CONSTRUTORA. ACEITAÇÃO DOS PREÇOS, PRATICADOS EM UM CENÁRIO DE CONHECIMENTO, ANÁLISE, APROVAÇÃO E CONTROLE POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM AÇÃO PENAL QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE MATERIALIDADE DAS MESMAS QUESTÕES TRATADAS NESTES AUTOS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS. PROVIMENTO. EXCLUSÃO DO DÉBITO E DAS MULTAS APLICADAS. REGULARIDADE COM RESSALVA DAS CONTAS.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos (Serur), cujas conclusões foram acolhidas pelos dirigentes da unidade e pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU):

*"**INTRODUÇÃO***

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Bertolino Marinho Madeira Campos (peças 206) e Construtora Jurema ltda. (peça 228), por meio do qual se insurgem contra o Acórdão 304/2020-TCU-Plenário, prolatado na sessão de julgamento do dia 12/2/2020-Ordinária e inserto na Ata 4/2020-Plenário, e mantido pelo Acórdão 741/2020-TCU-Plenário (peça 208).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor, transcrevendo-se em destaque os itens objeto do recurso de reconsideração (peça 182):

'VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 948/2007-Plenário, a partir da conversão de processo de representação de equipe de fiscalização da Secex/PI, dando conta da ocorrência de sobrepreço, superfaturamento e diversas irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense.

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

*9.1. com fulcro nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'c'; 19 e 23, inciso III, todos da Lei 8.443/**1992, julgar irregulares as contas do Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e da sociedade empresária Construtora Jurema Ltda. e condená-los ao pagamento solidário das quantias a seguir especificadas, com a incidência dos devidos encargos legais, calculados a partir das datas correspondentes até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:***

Valor original Débito (R$)	*Data de ocorrência*
240.782,68	*31/8/2004*
107.339,23	*24/1/2005*
456.638,92	*24/1/2005*
166.944,47	*9/3/2005*
30.904,33	*18/3/2005*
14.797,65	*4/5/2005*
91.916,85	*27/5/2005*
59.810,98	*20/6/2005*
53.071,03	*2/8/2005*
115.844,72	*29/8/2005*
8.824,06	*12/9/2005*
(2.165,28)	*22/9/2005*
208.132,68	*11/10/2005*
30.816,25	*30/11/2005*
96.609,77	*30/11/2005*
93.490,31	*9/12/2005*
76.830,29	*16/12/2005*
110.329,50	*21/3/2006*
(44.843,21)	*8/2/2006*
(106.084,65)	*8/2/2006*
9.001,07	*14/2/2006*
46.764,44	*14/2/2006*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

165.295,30	***14/2/2006***
12.518,01	***9/3/2006***
100.230,13	***9/3/2006***
75.511,97	***12/4/2006***
169.998,86	***12/4/2006***
83.902,80	***10/5/2006***
69.936,27	***10/5/2006***

9.2. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da notificação, para que os responsáveis de que trata o subitem anterior comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Departamento Nacional de Obras contra as Secas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, nos termos do art. 23, inciso III, alínea 'a', da Lei 8.443/1992 c/c o art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU (RI/TCU);

9.3. aplicar multas individuais de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e à sociedade empresária Construtora Jurema Ltda., com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992;

9.4. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da notificação, para que os responsáveis designados no subitem anterior comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, nos termos do art. 23, inciso III, alínea 'a', da Lei 8.443/1992 c/c o art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU (RI/TCU) ;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.6. autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, nos termos do art. 217 do RI/TCU, com a incidência sobre cada parcela dos devidos encargos legais até o efetivo pagamento, esclarecendo que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (§ 2º do art. 217 do RI/TCU) ;

9.7. Dar ciência à Advocacia-Geral da União que, caso haja, no processo de execução da dívida consignada no subitem 9.1 supra, pedido de compensação formulado pela sociedade empresária Construtora Jurema Ltda. em razão do não pagamento das medições 34 a 38 do Contrato AJ-27/1999, o valor máximo a ser considerado como crédito, após a demonstração de sua liquidez e certeza, são os especificados a seguir, em virtude da constatação de superfaturamento por sobrepreço no aludido ajuste:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

Medição	Valor original do Crédito – a demonstrar (R$)	Data de ocorrência
34	183.212,97	26/5/2006
35	69.243,89	26/5/2006
36	171.412,15	26/5/2006
37	37.229,44	26/5/2006
38	689.414,86	26/5/2006

9.8. dar ciência desta deliberação aos responsáveis, à Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí, à Superintendência da Polícia Federal no Estado do Piauí e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Piauí, neste caso, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.'

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada por força do Acórdão 948/2007-Plenário, a partir da conversão de processo de representação de equipe de fiscalização da Secex/PI, dando conta da ocorrência de sobrepreço, superfaturamento e diversas irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense.

2.1 A construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense teve início em julho de 2004, após a celebração do Convênio PGE-158/2003 (peça 68, p. 42-48) entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí. A celebração do convênio assegurou recursos financeiros para a reativação do Contrato AJ-27/99 (peça 24, p. 24-30), firmado em 14/7/1999, entre a Construtora Jurema Ltda. e a Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí, atual Secretaria de Estado da Infraestrutura do Piauí (Seinfra/PI).

2.2 O empreendimento objetivava a construção de adutora com aproximadamente 147 km, para disponibilizar água, a partir do Açude Estreito, às populações das zonas urbanas das cidades de Jaicós, Belém do Piauí, Padre Marcos, Francisco Macedo, Marcolândia, Caldeirão Grande do Piauí, Alegrete do Piauí, São Julião, Vila Nova do Piauí e Campo Grande do Piauí, bem como a alguns povoados das zonas rurais desses municípios, localizados ao longo da adutora. A população atendida, segundo o projeto, seria de 33.787 habitantes em 2004 e de 61.195 habitantes em 2034.

2.3 Após a representação da equipe de fiscalização da Secex/PI, foi prolatado o Acórdão 777/2006-TCU-Plenário, no qual o Tribunal determinou cautelarmente a suspensão da execução do Contrato AJ-27/99 e determinou a audiência dos responsáveis, em razão dos seguintes indícios de irregularidades:

a) sobrepreço decorrente de preços superiores aos preços de mercado;

b) licitação sem previsão de recursos orçamentários;

c) pagamentos antecipados de até 80% dos equipamentos e tubos sem exigência de garantias;

d) ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global;

e) restrição ao caráter competitivo da licitação;

f) inabilitação indevida de oito licitantes;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

g) execução e pagamento de serviços sem projeto executivo concluído e aprovado;

h) alteração do projeto básico com ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração;

i) inexistência de termo aditivo formalizando as alterações contratuais; e

j) reformulação do projeto básico pela contratada para execução da obra.

2.4 Analisadas as razões de justificativa dos responsáveis, o Tribunal se pronunciou sobre o mérito das irregularidades por meio do Acórdão 948/2007-TCU-Plenário, à exceção da ocorrência de sobrepreço e superfaturamento, aplicando multa ao Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí à época, Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos, determinando a anulação do Contrato AJ-27/99, e expedindo determinações diversas à Seinfra/PI e ao Dnocs.

2.5 Ainda por meio do Acórdão 948/2007-TCU-Plenário, o Tribunal determinou a conversão do processo em TCE, com a finalidade de apurar os prejuízos causados na execução do Convênio Dnocs/PGE-158/2003 (Siafi 503680), provenientes de superfaturamento no Contrato AJ-27/99, bem como identificar os respectivos responsáveis.

2.6 Nesse sentido, a Secex/PI elaborou instrução (peça 20, p. 3-11), na qual foram identificados os responsáveis e quantificados os débitos, a fim de promover a citação dos responsáveis. Verificou-se um débito total, a preços iniciais, de R$ 3.120.687,14, sendo que R$ 2.729.421,36 seriam referentes a recursos de origem federal e R$ 391.265,78 seriam referentes a recursos da contrapartida estadual. Assim, foi proposta a citação, em relação ao débito federal, do Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e da Construtora Jurema Ltda (peça 20, p. 6).

2.7 As alegações de defesa dos responsáveis citados foram analisadas e rejeitadas pela então Secob-1, em instrução que propôs o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação solidária dos responsáveis para o ressarcimento do débito, apurado em R$ 2.667.180,93, em valores históricos (peça 21, p. 42-51 e peça 22, p. 1-21). Tal proposta contou com a anuência do MPTCU em parecer acostado junto à peça 22, p. 25.

2.8 Em razão de novos elementos aduzidos pela Construtora Jurema (peça 22, p. 35-43), o então Ministro-Relator solicitou nova análise da unidade técnica (peça 22, p. 44). Tal análise foi conduzida pela então Secob-4, em instrução que propôs rejeitar as alegações adicionais de defesa da construtora e manter a proposta de mérito anterior (peça 22, p. 46-51 e peça 23, p. 1-2). Novamente, o MPTCU manifestou sua concordância com a análise da unidade técnica (peça 23, p. 6-7).

2.9 Em novo despacho (peça 23, p. 22), o então Ministro-Relator requisitou a atualização do cálculo do débito, considerando a alteração do número de reaproveitamento de formas no serviço de concreto armado de cinco para três reaproveitamentos. Além disso, a Construtora Jurema apresentou elementos adicionais de defesa (peça 23, p. 8-21).

2.10 A instrução da então Secob-4 acostada junto à peça 132 recalculou o débito conforme o novo parâmetro determinado e analisou os novos elementos juntados aos autos pela construtora. Com as mudanças, o superfaturamento total calculado foi reduzido de R$ 2.667.180,93 para R$ 2.650.750,76. Quanto aos argumentos da defendente, verificou-se que não havia elementos novos e que os argumentos já haviam sido analisados nas instruções anteriores. Manteve-se, portanto, a proposta de mérito já encaminhada, com o ajuste nos valores do débito, a qual contou com a concordância do MPTCU em parecer à peça 137.

2.11 Finalmente, mais uma vez sobrevieram aos autos alegações adicionais de defesa da Construtora Jurema (peça 138), diante das quais o atual Ministro-Relator, em atenção ao princípio da busca da verdade material, solicitou análise da unidade técnica (peça 139). A então

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

SeinfraHidroFerrovias recalculou o débito em R$ 2.543.149,43 e afastou novamente os elementos adicionais de defesa. Tal proposta contou com a anuência do MPTCU (peça 148).

2.12 O Relator a quo, Ministro Bruno Dantas, entendeu que seria o caso de excluir a empresa da relação processual e afastar o correspondente débito, em razão da sua pequena representatividade e de dúvidas na sua quantificação. Todavia, propôs o julgamento pela irregularidade das contas do Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e a correspondente aplicação de multa no valor de R$ 8.000,00, nos termos do art. 58 da Lei 8.443/1992.

2.13 Por sua vez, o Ministro Benjamim Zymler pediu vista do processo (peça 177). Após apresentar o seu voto revisor, anuindo com a proposta da unidade técnica em relação ao superfaturamento, ao julgamento das contas e a aplicação de multas, mas discordando em relação ao direito de a empresa compensar supostos créditos decorrentes de serviços realizados que não teriam sido pagos (peça 183). Tal proposta foi acolhida pela maioria dos membros do Plenário e contou com voto de desempate do Presidente do TCU, Ministro José Mucio Monteiro (peça 182).

2.14 Irresignada, a empresa Construtora Jurema ltda. interpôs embargos de declaração (peça 203), que, todavia, foram rejeitados pelo Acórdão 741/2020-TCU-Plenário (peça 208).

2.15 Ainda inconformados, o Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos (peças 206) e a Construtora Jurema ltda. (peça 228) interpuseram os presentes recursos de reconsideração, que se fundamentam nas altercações que, adiante, passar-se-á a relatar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade efetuado por esta unidade instrutora (peças 229-231), ratificado pela Ministra-Relatora Ana Arraes (peça 233), que concluiu pelo conhecimento dos recursos de reconsideração acostados às peças 206 e 228, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 304/2020-TCU-Plenário.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto do presente exame responder se:

a) houve prescrição da pretensão de ressarcimento do dano ao erário apurado;

b) houve débito na execução do Convênio PGE-158/2003; e

c) houve responsabilidade do Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos.

Da prescrição do débito

5.1 A Construtora Jurema alega ter havido a prescrição do débito apurado.

5.2 Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos recursais:

a) No julgamento do Recurso extraordinário 636.886/AL, com repercussão geral (Tema 899), o Supremo Tribunal Federal (STF) teria firmado posicionamento pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao erário, no prazo de cinco anos, para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente (peça 228, p. 14);

b) Alegou que o instituto da prescrição é um princípio de ordem pública e que irradia efeitos para todos os campos do Direito, inclusive o Direito Administrativo, trazendo passagens da doutrina especializada nesse sentido (peça 228, p. 14-18);

c) A construtora responderia ao presente processo há mais de 15 anos e, nos termos das regras vigentes da prescrição da pretensão punitiva no âmbito do TCU, a prescrição do débito teria ocorrido em 5/7/2016 (há três anos e dez meses) – peça 228, p. 16 e 18-19).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

Análise

5.3 A alegação de prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624-2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 238) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas';

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressalvar as condutas dolosas;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito à oposição de embargos declaratórios, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (como, por exemplo, no que se refere aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

5.4 Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame da prescrição no caso em exame.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

5.5 Primeiramente, cabe antecipar que o débito apurado não prescreveu segundo os critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

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

5.7 Nesse sentido, a irregularidade aconteceu em 20/8/2004 com a assinatura do termo aditivo 1 (peça 24, p. 31-34), reativando o contrato eivado de nulidade. Por sua vez, as citações dos responsáveis foram efetivadas em 22/8/2008 (peça 20, p. 19-24), portanto, ocorreram em prazo inferior ao entendimento do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Em razão das referidas citações, ocorreu a interrupção do prazo prescricional ou o reinício da sua contagem.

5.8 Registra-se, ainda, a ocorrência de diversas suspensões em razão das inúmeras vezes em que os interessados acostaram elementos adicionais de defesa (seis vezes) e pedido pela retirada de pauta do processo. Quanto ao ponto, cabe trazer a seguinte passagem do voto do Ministro-Relator (peça 184, p. 5):

'47. Ocorre que, desde a data em que foi citado o responsável, este processo foi, por diversas vezes, restituído à unidade instrutora em razão da apresentação de novos elementos probatórios, conforme despachos de 28/6/2011 (peça 22, p. 44), 6/2/2012 (peça 23, p. 22), 22/8/2013 (peça 139), de lavra do Ministro que me antecedeu na relatoria destes autos. Ademais, já sob minha relatoria, diversas vezes o processo foi incluído e retirado de pauta a pedido dos responsáveis para a apresentação de novos memoriais, os quais foram examinados pelo meu gabinete.

48 Portanto, considerando que o decurso de prazo entre as citações e o presente julgamento deu-se em atendimento a pedidos dos responsáveis, em prol do princípio da verdade material, reputo que houve suspensão na contagem do prazo prescricional no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa e a sua análise, nos termos do item 9.1.5 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário e do art. 160, § 2º, do Regimento Interno do TCU.

49. A tabela a seguir contém as informações acerca das suspensões em virtude de reanálise por parte da unidade instrutora, as quais incidiram sobre o transcurso do prazo prescricional nestes autos:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

Memorial		Análise		Período de suspensão do prazo prescricional
Data	Referência	Data	Referência	
27/6/2011	peça 22, p. 35-43	18/8/2011	peça 22, p. 11-12	52 dias
16/2/2012	peça 23, p. 8-21	24/9/2012	peça 132	221 dias
21/6/2013	peça 138	5/8/2015	peça 144	775 dias

50. Assim, se a contagem do prazo prescricional de dez anos iniciou-se em 22/8/2008, a prescrição ocorreria 1.048 dias após 22/8/2018, ou seja, apenas em 5/7/2021.'

[destaques acrescidos]

5.9 Pelo exposto, as suspensões de prazo em decorrência da juntada de elementos adicionais de defesa somaram 1.048 dias (52+221+775). Dessa forma, levando em conta o reinício do prazo prescricional em 22/8/2018 e os 1.048 dias, que a contagem ficou suspensa, a prescrição do débito, tomando como base os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, só ocorrerá em 5/7/2021.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

5.10 Conforme será demonstrado na sequência, não se deu a prescrição do débito com base nos critérios da Lei 9.873/1999, uma vez que todas as interrupções do prazo se deram em prazo inferior aos cinco anos (art. 1º) e o processo não ficou paralisado, por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho (art. 1º, §1º).

5.11 Preliminarmente, a prescrição, fundada no art. 1º da Lei 9.873/1999, começou a correr em 20/8/2004 com a assinatura do termo aditivo 1 (peça 24, p. 31-34).

5.12 Em razão da representação realizada pela unidade instrutora (peça 1, p. 52-54), em 12/8/2005, se deu a primeira interrupção de prazo, nos termos do art. 2º, II, da mesma Lei.

5.13 Por sua vez, a prolação do Acórdão 777/2006-TCU-Plenário, determinando a suspensão cautelar da contratação e a audiência dos responsáveis (peça 6, p. 45-48), em 24/5/2006, operou a segunda interrupção do prazo com base no art. 2º, III, da Lei. 9.873/1999.

5.14 A instrução da então Secex-PI, que analisou as razões de justificativa dos responsáveis e propôs multa e a conversão do feito em TCE (peça 9, p. 2- peça 10, p. 35), em 15/2/2007, determinou a terceira interrupção do prazo (art. 2º, II).

5.15 Na sequência, o recebimento das citações pelos responsáveis (peça 20, p. 19-24), em 22/8/2008, operou a quarta interrupção do prazo nos termos do art. 2º, I, desta Lei Federal.

5.16 A instrução que analisou as alegações de defesa (peça 21, p. 42 – peça 22, p. 12), em 30/8/2010, levou à quinta interrupção do prazo (art. 2º, II).

5.17 Por sua vez, o despacho do então Ministro-Relator (peça 22, p. 44), Valmir Campelo, de 28/6/2011, determinando análise dos elementos adicionais de defesa acostados junto à peça 22, p. 35-43, acarretou a sexta interrupção de prazo (art. 2º, II).

5.18 A instrução da unidade técnica que apurou as alegações adicionais de defesa (peça 22, p. 46 - peça 23, p. 2), em 18/8/2011, levou à sétima interrupção de prazo (art.2º, II).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

5.19 Na sequência, novo despacho do então Ministro-Relator (peça 23, p. 22), determinando nova análise do superfaturamento pela unidade técnica, acarretou a oitava interrupção do prazo prescricional em 6/2/2012 (art. 2º, II).

5.20 Por sua vez, a correspondente análise da Secob-4 (peça 132) levou à nona interrupção de prazo em 24/9/2012 (art. 2º, II).

5.21 Novamente, em razão da juntada de novos elementos adicionais de defesa (peça 138), o despacho do então Ministro-Relator, determinando nova análise por parte da unidade técnica (peça 139), acarretou a décima interrupção de prazo em 22/8/2013 (art. 2º, II).

5.22 Com a conclusão da correspondente análise pela SeinfraPortoFerrovias (peça 144), operou-se a décima primeira interrupção de prazo em 22/8/2015 (art. 2º, II).

5.23 Por sua vez, o despacho do atual Ministro-Relator (peça 172), Bruno Dantas, determinando a retirada de pauta do processo para análise dos elementos adicionais de defesa (peças 152, 155, 158 e 167-170), pela sua assessoria, acarretou a décima segunda interrupção de prazo em 15/8/2018.

5.24 Por último, o Acórdão 304/2020 (peça 182), prolatado em 12/2/2020, levou à décima terceira interrupção de prazo (art. 2º, III).

5.25 Conforme se desprende das datas dos eventos processuais, o presente feito não ficou mais de cinco anos sem decisão entre uma interrupção de prazo e a seguinte. Considerando a última interrupção de prazo em 12/2/2020, o débito prescreverá em 12/2/2025.

5.26 Similarmente, o processo não ficou paralisado, por mais de três anos, pendente de julgamento e despacho, de modo que não se operou a prescrição intercorrente prevista no art. 1º, §1º, da Lei 9.873/1999.

5.27 Por todo o exposto, o débito em análise não prescreveu tanto pelos critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenários (tópico anterior) como pelos previstos na Lei 9.873/1999, de modo que devem ser afastadas as alegações que propugnam pela sua prescrição.

Do débito

6.1 A construtora Jurema alega não existir o débito na execução do Convênio PGE-158/2003.

6.2 Sustenta a alegação acima a partir dos seguintes argumentos recursais:

a) O TCU teria tomado como base o referencial Sinapi, para todos os serviços e materiais, exceto a escavação de vala em rocha dura com uso de explosivo e a correspondente regularização em profundidade de 1,5m, para a qual teria feito o uso do Sicro. Todavia, a aplicação desse referencial não teria qualquer fundamento ou parâmetro legal (peça 228, p. 20);

b) O relatório da unidade instrutora não teria conseguido justificar porque somente para os serviços de escavação de vala em rocha dura com uso de explosivo e regularização em profundidade de 1,5m teria sido utilizado o referencial do Sicro, ao passo que teria sido utilizado o referencial do Sinapi para todos os demais serviços da planilha orçamentária e este último referencial conteria o próprio serviço que foi buscada a cotação no Sicro (peça 228, p. 37-38);

c) À época em que a obra foi licitada, não era utilizado qualquer índice como referencial e as tabelas utilizadas pela unidade técnica teriam sido criadas bastante tempo depois de a construtora ter saído vencedora do certame. Dessa forma, a licitação teria ocorrido em 1999, anteriormente à previsão legal de utilização de preços referenciais para as obras públicas (peça 228, p. 23 e 38);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

d) Não estariam incluídas no Sinapi alguns custos como equipamentos porventura necessários e despesas indiretas como licenças, seguros, administração, financiamentos e equipamentos mecânicos como elevadores, compactadores, exaustores, ar condicionado e outros (peça 228, p. 26);

e) O Sinapi e os demais referenciais oficiais de preços apenas representariam uma estimativa do custo da obra e apenas forneceriam uma 'ideia' dos preços praticados no mercado, que poderiam variar de acordo com a demanda local, de modo que não constituiriam uma medida absoluta de preços a ser seguida à risca (peça 228, p. 26);

f) A jurisprudência do TCU utilizaria o denominado Método da Limitação do Preço Global (MLPG), que permitiria a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados. No mesmo sentido, trouxe passagem doutrinária que advoga pela regularidade de uma contratação cujo preço global não é excessivo (peça 228, p. 21 e 27);

g) O custo total da obra teria ficado dentro do orçamento previsto na fase interna da licitação e a construtora teria utilizado o mesmo referencial utilizado pela Administração para compor os preços unitários e global do projeto (peça 228, p. 20 e 28);

h) Sob a alegação de que não seria adequado permitir a compensação de créditos da empresa contratada, o Ministro-Revisor teria discordado da conclusão dos órgãos técnicos do Tribunal que teriam apontado um superfaturamento de 4% do montante correspondente à soma das medições de serviços executados. Nesse sentido, não seria razoável que não se admitisse a compensação dos valores cujos serviços foram realizados e não foram pagos, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração (peça 228, p. 38-39);

i) Inexistiria qualquer conduta antijurídica e a conduta atribuída como danosa se referiria ao sobrepreço, que inexistiria, conforme reconhecido pelo MPTCU (peça 228, p. 42);

j) O STF já teria decidido que seria imprescindível a comprovação de má-fé do administrado para a configuração do dever de ressarcimento de valores indevidamente recebidos por erro da Administração (peça 228, p. 42);

l) A construtora seria a parte hipossuficiente no contrato com a Administração, de modo que o aproveitamento de contrato antigo, a execução de objeto diferente do licitado e a prática de preços incompatíveis com os referencias não estariam dentro do espectro de suas competências e, portanto, a mesma não poderia ser punida com algo que não deu causa (peça 228, p. 32).

Análise

6.3 De início, as alegações não sustentam o afastamento do débito.

6.4 Quanto às críticas relacionadas à utilização do referencial Sicro 2, as mesmas devem ser afastadas pelas seguintes razões:

6.5 Primeiramente, a utilização de um único referencial constitui o denominado princípio da uniformidade ou coerência das cotações, previsto no Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, aprovado pela Portaria-Segecex 33/2012, que estabelece que: 'a utilização de diversas fontes na análise em um único orçamento/contrato deve ser feita com parcimônia, visto que há entre elas diversidade de critérios de apuração'.

6.6 Todavia, em que pese constituir uma prática desejada, não há vedação absoluta ao uso de diferentes sistemas de referência para o exame da economicidade de contratos, especialmente quando se trata do Sicro e do Sinapi, que se consolidaram como fontes oficiais de consulta. Isso porque em certas situações é possível que determinado bem ou serviço não esteja devidamente cotado no referencial oficial utilizado, restando, como única alternativa, buscá-lo em outro referencial oficial.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

6.7 Dessa forma, o uso simultâneo de composições e custos nos dois sistemas de referência é prática comum nas auditorias de obras levadas a cabo neste Tribunal, especialmente quando se trata de objetos não enquadrados exatamente como obras de edificações, saneamento, infraestrutura urbana e obras rodoviárias, como é o caso da construção de um sistema adutor (obra hídrica).

6.8 Nesse sentido, cabe trazer algumas deliberações, envolvendo auditorias de obras hídricas, em que este Tribunal se utilizou, simultaneamente, do Sicro e do Sinapi para a obtenção dos custos de referência: a) Açude Público Salinas – Acórdão 1.522/2016-Plenário (relator: Ministro Benjamin Zymler); b) Barragem do Castelo – Acórdão 3.588/2015-Plenário (relator: Ministro André Luís); c) Barragem Oiticica – Acórdão 2.993/2014-Plenário (relator: Ministro Aroldo Cedraz); d) Programa de Integração do Rio São Francisco (PISF) – Acórdão 2.062/2013-Plenário (relator: Ministro Raimundo Carreiro); e e) Sistema Adutor Santa Cruz do Apodi/Mossoró: Acórdão 1.992/2013-Plenário (relator: Ministro Aroldo Cedraz).

6.9 Dessa forma, ainda que seja preferível o uso de uma única fonte de referência para a análise da economicidade de um contrato, não há óbice para que sejam utilizados custos de diferentes fontes, importando que a composição de referência seja compatível com as condições de execução da obra e as especificações de seu projeto.

6.10 Em segundo, a instrução inserta na peça 21, p. 42 a peça 22, p. 12 justificou, devidamente, o uso do item '2 S 04 020 00 - escavação em vala material de 3ª categoria', do Sicro-2, como referência para o serviço em exame por não haver composição compatível na base nacional de composições do Sinapi (peça 22, p. 13):

'5. Foi adotado como referência o custo obtido do Sicro 2, em virtude de não haver no banco nacional de composições do Sinapi um serviço de escavação de valas em rocha dura. Além do banco nacional de composições, o Sinapi contempla bancos regionais de composições para cada estado, onde é possível adotar a composição de um serviço regional com custos de insumos pesquisados em qualquer capital. As composições regionais do Sinapi são obtidas de órgãos locais, como companhias de saneamento e secretarias estaduais de infraestrutura. Assim, a adoção de um serviço do banco regional do Sinapi deve ser muito criteriosa, pois existem diversas composições para o mesmo serviço, que variam de estado para estado, pois são oriundas de órgãos diferentes.'

6.11 Além disso, cabe frisar que a escavação de valas para a implantação de um sistema adutor localizado em zonas não urbanas possui condições de execução similares à escavação de valas em obras rodoviárias. Nesse sentido, a composição adotada possui o profissional blaster (peça 11, p. 24), que vem a ser o responsável pela elaboração do 'Plano de Fogo' e para as operações com explosivos necessárias à escavação em material de 3ª categoria, de sorte que, a rigor, não existe qualquer óbice ao uso de tal composição como referência da escavação de valas em material de 3ª categoria para a implantação de um sistema adutor.

6.12 Tanto é assim que o Acórdão 2.740/2013-TCU-Plenário, que tratou das obras de implantação do 1º trecho Jati/Cariús do projeto Cinturão das Águas do Ceará – CAC, adotou como referência a composição do Sicro adaptada às especificações de projeto, cabendo destacar que o referido empreendimento foi licitado em 2007, ou seja, em período próximo às obras em exame.

6.13 Em quarto, existem diversas fragilidades na composição defendida pela responsável, os quais foram devidamente exploradas pelo voto revisor do decisum. Além da baixa confiabilidade das composições extraídas de bancos regionais do Sinapi (Acórdão 3.280/2011-TCU-Plenário), tal qual utilizado no caso em apreço, demonstrou-se que a utilização de 6 horas de blaster e de 16 horas de servente para a escavação de 1m³ de rocha seria (peça 183, p. 8-9):

'(...) absolutamente desarrazoada considerando a dinâmica de um desmonte de rocha a fogo, em que o trabalho de campo do blaster se resume à preparação das cargas, execução da detonação

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

e retirada de explosivos não detonados, sendo que os serventes são encarregados de retirar os materiais, de forma suplementar à carga mecânica nos caminhões.

46. A título de comparação, a composição usada originalmente pela unidade técnica, extraída do Sicro, previa a utilização 0,125 hora de blaster e 0,375 hora de servente para a escavação de 1 m³ de rocha, ou seja, um consumo bem menor de mão de obra.'

[destaque do original]

6.14 Além disso, a composição do serviço 24915/002 (Sinapi Regional) não incluiu escavadeira nem carregadeira, o que sugere que a remoção dos materiais desse serviço ocorre de forma manual. Todavia, levando em conta o grande volume de material escavado em obra de tal envergadura, tal escavação não poderia ser realizada, de maneira eficiente, a partir de procedimento manual, o que implica impossibilidade de adotar a composição sugerida como paradigma.

6.15 Por último, o voto revisor ajustou a composição do serviço 24915/002 – Sinapi Regional (defendida pelo responsável) e chegou as seguintes conclusões (peça 183, p. 10):

'53. Como se vê, ***caso se ignorasse as inconsistências técnicas do serviço 24915/002 (Sinapi Regional) e se calculasse a média dos itens do Sinapi adaptados à realidade das obras, o custo obtido equivaleria a R$ 49,53. Logo, considerando que tal valor é inferior ao custo de referência adotado pela SeinfraHidro, R$ 51,72, o uso do Sinapi, tomando por base as especificidades da obra em análise, implicaria agravar a situação dos responsáveis****.*

54. Por esse motivo, cabe manter o valor do superfaturamento por sobrepreço apurado pelas diversas unidades técnicas que atuaram no processo, que corresponde a 13,3% do montante de recursos federais despendidos no contrato. O único ponto de divergência, conforme será exposto adiante, diz respeito, ao valor do débito, se seria ou não adequado, desde logo, se permitir a compensação de supostos créditos da contratada.'

[destaques acrescidos]

6.16 Por todo o exposto, a utilização do referencial do Sicro 2 no caso em apreço é válida, foi devidamente fundamentada e é tecnicamente acertada, ao passo que a utilização da composição sugerida pela recorrente, além de ser inaplicável ao caso vertente, levaria a custo unitário superior ao apurado pela unidade instrutora após a realização dos ajustes necessários.

6.17 Quanto as alegações de que inexistia à época da licitação em 1999 previsão legal da utilização de referências oficiais de preços, as mesmas devem ser afastadas. Primeiramente a utilização dos referenciais oficiais, prevista a partir da Lei 10.707/2003 (LDO 2004), constitui obrigação endereçada à Administração e às empresas executoras de obras públicas. Dessa forma, a ausência dessas normas não impede o TCU de utilizar os referidos referenciais para estimar o valor de mercado das obras executadas com recursos federais. Além disso, a competência do TCU para análise dos preços de contratos custeados com recursos públicos federais não está restrita ao que dispõem as LDOs, pois decorre da Constituição Federal e da Lei 8.443/1992.

6.18 Tanto é assim que a jurisprudência do TCU reconhece há anos o uso das tabelas do Sinapi e do Sicro como parâmetros confiáveis dos preços de mercado. Nesse sentido, o Acórdão 618/2006-TCU-Plenário considera que os preços medianos do Sinapi são indicativos dos valores praticados no mercado, tendo os Acórdãos 40/2003, 1.050/2003 e 702/2008, todos do Plenário, considerado também o Sicro como referencial de preços confiável nas auditorias, inclusive, para obras hídricas.

6.19 Além disso, tal entendimento não surgiu nessa década. Desde que o TCU passou a fiscalizar obras públicas de forma mais sistemática, na última década do século passado, reconhece-se o uso dos sistemas referenciais da Administração Pública como indicativos dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

preços de mercado. A Decisão 261/1999-TCU-Plenário traz diversas diretrizes a serem cumpridas em auditorias de obras públicas realizadas por esta Corte, dentre elas, o uso do Sinapi para avaliação de parâmetros de preço.

6.20 Portanto, a utilização de referências oficiais para fins de apuração de superfaturamento e sobrepreço é válida e está amparada pela jurisprudência deste Tribunal.

6.21 No mesmo sentido, a alegação da não previsão no Sinapi de custos e despesas indiretas não socorre o responsável. Primeiramente, a não previsão de custos e despesas indiretas no Sinapi não prejudicou a responsável, uma vez que a unidade instrutora, não só avaliou o BDI do contrato firmado, como confirmou a sua aderência aos percentuais previstos no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário (peça 144, p. 7-8).

6.22 Em segundo, eventual falta de previsão de determinado equipamento ou serviço não prejudica a estimativa dos custos de referência, visto que, nessas circunstâncias, as composições são ajustadas, de forma que fiquem aderentes à realidade. Aliás, foi justamente este tipo de ajuste que a unidade técnica realizou ao recepcionar o item '2 S 04 020 00 - escavação em vala material de 3ª categoria', do Sicro-2, visto que a composição mais próxima do Sinapi não se adequava à obra.

6.23 Similarmente, deve ser rejeitada a alegação de que, em afronta à jurisprudência deste Tribunal, não teria havido a compensação de itens superavaliados com itens subavaliados. Conforme se depreende dos autos, tal compensação entre os preços de serviços contratados abaixo do preço de mercado com os preços de serviços que apresentaram sobrepreço foi realizada a partir do Método da Limitação do Preço Global (MLPG), conforme preconiza a jurisprudência do TCU (peça 144, p. 18).

6.24 Quanto à alegação de que o custo total da obra teria ficado dentro do orçamento previsto na fase interna da licitação e a construtora teria utilizado o mesmo referencial utilizado pela Administração, a mesma não socorre a responsável. Conforme demonstrado no item 7.5.2.6 da instrução da Secex/PI (peça 9, p. 23-28), o Contrato AJ-27/99 apresentava sobrepreço desde a época da sua celebração, em 1999:

'7.5.2.6.3.3 Em suma, o que a análise revela é que preço total do orçamento referencial para os itens analisados – correspondentes a 93,35% do preço da obra, foi de R$19.858.173,66, enquanto que o preço proposto pela Construtora Jurema Ltda., para os mesmos itens, importa em R$24.801.421,66, ou seja, verifica-se a ocorrência de um sobrepreço de R$4.943.248,00 ou 24,89%. O sobrepreço é mais pronunciado para os itens de serviço, atingindo o percentual de 38,15%, enquanto para os itens de material analisados, o sobrepreço constatado é de 22,26%.'

6.25 No que se refere ao apontamento de que, sob a alegação de que não seria adequado permitir a compensação de créditos da empresa contratada, o Ministro-Revisor teria discordado da conclusão dos órgãos técnicos do Tribunal que teriam apontado um superfaturamento de apenas 4%, o mesmo não está aderente à realidade dos autos.

6.26 Primeiramente, o voto revisor apontou o débito de R$ 2.543.149,43, valor correspondente a 13,3% da contratação, nos exatos termos propostos pela unidade instrutora (peça 183, p. 12).

6.27 Em segundo, o percentual de 4% ou R$ 952.943,13 foi extraído do voto do Ministro-Relator a partir da diferença entre o superfaturamento real, apurado com base na aceitação do custo unitário proposto pela responsável no serviço de escavação de valas, e créditos da construtora supostamente não pagos. Todavia, tal dedução pode até ser cabível para o cálculo do débito, mas jamais para aferir o percentual de superfaturamento por sobrepreço do contrato em exame.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

6.28 Em terceiro, a decisão vergastada afastou a compensação das referidas medições supostamente não pagas, em razão de elas corresponderem a recursos estaduais aportados e da falta de elementos nos autos para afirmar, de modo inequívoco, pela existência de crédito líquido e certo em favor da construtora. Dessa forma, entendeu-se que eventuais créditos (incertos) deveriam ser pleiteados no juízo executório, mediante a devida dilação probatória (peça 183, p. 13).

6.29 Dessa forma, considerando a origem estadual dos referidos recursos (peça 144, p. 30) e o fato de a responsável não ter trazido em sua peça recursal qualquer nova alegação ou evidência no sentido de comprovar o seu direito líquido e certo, entende-se que, na linha do voto revisor, não cabe qualquer compensação por supostas medições que não teriam sido pagas à empresa.

6.30 No mesmo sentido, não está aderente à realidade dos autos à alegação de que o MPTCU teria rejeitado a existência do débito. Pelo contrário, o parecer do Parquet de Contas acompanhou integralmente a proposta da unidade instrutora (peça 148).

6.31 Quanto à alegação de que o STF teria decidido que seria imprescindível a comprovação de má-fé para a configuração do dever de ressarcimento de valores indevidamente recebidos, a mesma deve ser afastada. Em primeiro, o referido entendimento se deu por decisão monocrática (ARE 696.316), de modo que, além de não representar o entendimento da Suprema Corte, não vincula esta Corte de Contas. Em segundo, acerca da ausência de má-fé, cabe salientar que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé da pessoa para que esta seja responsabilizada (Acórdãos 1512/2015 e 635/2017, ambos do Plenário).

6.32 Por fim, a alegação de que a empresa não poderia ser punida pois não deu causa ao aproveitamento de contrato antigo, à execução de objeto diferente do licitado e à prática de preços incompatíveis com os referencias oficiais, a mesma não socorre a responsável. Isso porque a imputação de débito não constitui uma punição, mas mecanismo de ressarcimento do Estado por recursos que foram pagos de maneira indevida. Como a empresa recebeu recursos públicos de maneira indevida, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa, cabe a ela os devolver.

6.33 Por todo o exposto, devem ser afastadas as alegações que propugnam pelo afastamento do débito apurado no Convênio PGE-158/2003.

Da responsabilidade do secretário de infraestrutura

7.1 O Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos (ex-secretário de infraestrutura do Piauí) defende a ausência de sua responsabilidade pelas irregularidades e débitos apurados.

7.2 Defende a alegação acima a partir dos seguintes argumentos recursais.

a) O responsável teria tomado posse no cargo em 2003, ao passo que a licitação do projeto teria ocorrido entre o final de 1998 e o início de 1999. Além disso, o TCU teria acatado as justificativas do secretário responsável pelo certame e a assinatura do contrato, o que, em respeito à isonomia, exigiria o mesmo tratamento ao recorrente (peça 206, p. 2-3);

b) Ao tomar posse no cargo, o responsável teria se deparado com obstáculos e dificuldades para lidar com os impactos da seca no Piauí, estado da federação que mais sofreria com a seca extrema. Nesse ambiente, o recorrente teria envidado esforços para que fossem realizadas importantes obras. A dificuldade na elaboração de documentos técnicos inerentes ao certame licitatório e a necessidade de atender com urgência a população impactada pela seca teriam exigido que o recorrente firmasse o termo aditivo 1. Com efeito, a partir da sua conduta, teria sido possível destravar as referidas obras após cinco anos de interrupção. Dessa forma, caberia ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

TCU reconhecer os obstáculos e dificuldades por ele enfrentados, de modo a atender o disposto no art. 22 da Lei 13.655/2018 (peça 206, p. 4-5);

c) O responsável teria agido de boa-fé e teria agido, de maneira diligente, amparado por ofício do DNOCS, informando que os preços contratados foram examinados e que seriam compatíveis com os valores de mercado. Dessa forma, o TCU deveria reconhecer as orientações vigentes, que teriam norteado a atuação do recorrente, de modo a atender o disposto no art. 24 da Lei 13.655/2018 (peça 206, p. 4-6);

Análise

7.3 Preliminarmente, cabe adiantar que as alegações não sustentam o afastamento da responsabilidade do Sr. Bertolino Campos.

7.4 Quanto à alegação de que o antecessor do responsável no cargo não teria sido responsabilizado pelo TCU, ela não merece prosperar. As irregularidades que ensejaram a audiência do Sr. Roberto Broder são distintas daquelas que motivaram a citação do Sr. Bertolino Campos. Conforme o item 9.3.5 do Acórdão 777/2006-TCU-Plenário (peça 6, p. 47), o primeiro foi chamado a apresentar razões de justificativa em virtude de irregularidades relacionadas ao processo licitatório.

7.5 Já o Sr. Bertolino Campos foi citado devido ao dano ao erário decorrente do pagamento de materiais e serviços a custos unitários superiores aos de mercado. A conduta que o tornou responsável pelo dano ao erário foi a reativação do Contrato AJ-27/99, via termo aditivo 1, para utilização de recursos públicos da União, por meio do Convênio PGE-158/2003 (peça 24, p. 31).

7.6 Portanto, observa-se que as razões que elidiram a responsabilidade do Sr. Roberto Broder no processo não podem ser aproveitadas pelo responsável, o qual foi o gestor que posteriormente aproveitou o contrato para utilização de recursos públicos da União.

7.7 Similarmente, a alegação de que o DNOCS teria atestado a regularidade dos preços não socorre o responsável. Compulsando-se os autos, consta apenas um ofício do Diretor de Infraestrutura Hídrica do DNOCS (Ofício 220/DI, peça 3, p. 30), enviado ao presidente da Codevasf, em 30/11/2004, que informa que os preços contratados foram examinados e estavam compatíveis com os preços da tabela do DNOCS. Não constam dos autos, no entanto, documentos que comprovem a análise realizada pelo DNOCS, bem como os preços unitários de referência adotados.

7.8 Dessa forma, a declaração de que os preços foram aprovados pelo DNOCS, sozinha, não é capaz de refutar toda a análise dos preços empreendida pela então Secex/PI e devidamente documentada com base em custos de materiais e serviços obtidos de referenciais reconhecidos pelo Tribunal, como o Sinapi e o Sicro.

7.9 Além disso, cabe frisar que o responsável foi no mínimo negligente ao reativar um contrato com vícios patentes e amparar a sua execução a partir de mera declaração da regularidade dos preços, desacompanhada de documentos e análises dos preços de referência adotados.

7.10 Quanto às supostas dificuldades enfrentadas pelo responsável e a sua boa-fé, elas também não são aptas para elidir as irregularidades. Em primeiro, alegações genéricas, desacompanhadas de evidências, não podem sustentar o afastamento de um débito, sobretudo, porque ele decorreu da reativação, pelo responsável, de um contrato anulado em razão de vícios graves (vide item 2.3). Em segundo, convém mencionar que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a boa-fé deve ser aferida objetivamente, sendo necessário constatar algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente dos responsáveis, mediante prova nos autos, o que inexistiu no presente caso (Acórdãos 88/2008, 1157/2008 e 2399/2014, todos do Plenário).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

7.11 Portanto, devem ser rejeitadas as alegações que propugnam pelo afastamento da responsabilidade do Sr. Bertolino Campos pelas irregularidades e o débito apurados.

CONCLUSÃO

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

(i) não ter havido a prescrição do débito tanto pelos critérios estabelecidos pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário como pelos critérios da Lei 9.873/1999 (itens 5.);

(ii) pela existência do débito apurado (itens 6.);

(iii) pela responsabilidade do ex-secretário de infraestrutura do Piauí (itens 7.).

8.1 Por todo o exposto, não existem elementos aptos para alterar a decisão vergastada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante ao exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992 e art. 285 do RI/TCU:

a. conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Bertolino Marinho Madeira Campos e Construtora Jurema ltda. e, no mérito, negar-lhes provimento;

b. dar ciência do acórdão que for prolatado ao recorrente e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização."

É o Relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126583.

VOTO

Historiando os fatos, o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - Dnocs e o Estado do Piauí firmaram o Convênio-PGE 158/2003 para a construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense. Os recursos do convênio foram utilizados na execução do Contrato AJ 27/99, que objetivava a construção do chamado Sistema Adutor do Sudeste do Piauí e havia sido firmado entre a Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí (posteriormente sucedida pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí – Seinfra/PI) e a Construtora Jurema Ltda., originado da Concorrência 01/98.

2. Por meio do Acórdão 948/2007 – Plenário, o TCU apreciou representação de equipe de fiscalização que versou sobre irregularidades relacionadas à obra em questão. Na oportunidade, entre outras medidas: (i) determinou à Seinfra/PI que adotasse os procedimentos cabíveis com vistas à anulação do Contrato AJ 27/99, caso o Estado tivesse interesse em dar continuidade à obra com aporte de recursos federais; e (ii) converteu o processo em tomada de contas especial para apurar os prejuízos causados na execução do Convênio Dnocs/PGE-158/2003.

3. Por meio do Acórdão 304/2020 – Plenário (Revisor Ministro Benjamin Zymler), foi julgada a referida tomada de contas especial, culminando na irregularidade das contas de Bertolino Marinho Madeira Campos, ex-Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí, e da sociedade empresária Construtora Jurema Ltda., ocasião em que lhes foi imputado o recolhimento de débitos e o pagamento de multas.

4. A deliberação foi motivada pela constatação da existência de sobrepreço, superfaturamento e outras irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense, objeto do Convênio PGE 158/2003 celebrado entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí.

5. Em seguida, a Construtora Jurema Ltda. opôs embargos de declaração em face do Acórdão 304/2020 – Plenário, que foram conhecidos e rejeitados por meio do Acórdão 741/2020 – Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

- II-

6. Trata-se, neste momento processual, de recursos de reconsideração interpostos por Bertolino Marinho Madeira Campos e pela Construtora Jurema Ltda. contra o Acórdão 304/2020 – Plenário.

7. Em síntese, os recorrentes arguiram:

7.1. Bertolino Marinho Madeira Campos: (i) o Termo Aditivo 01 ao Contrato AJ-27/1999 foi assinado com o intuito de viabilizar a utilização dos recursos recebidos por meio do Convênio PGE 158/2003 e era a solução mais ágil para "destravar" as obras relacionadas àquele contrato, depois de cinco anos de interrupção; (ii) os preços do contrato foram examinados e aprovados pela Diretoria de Infraestrutura Hídrica do DNOCS; (iii) sua boa-fé é evidente, uma vez que se pautou no controle exercido pelo Dnocs para viabilizar as obras.

7.2. Construtora Jurema Ltda.: (i) ocorrência da prescrição, em consonância com o que assentou o tema 899 do Supremo Tribunal Federal (STF); (ii) os referenciais de preços utilizados pela recorrente foram os mesmo utilizados na orçamentação, na fase interna do processo; (iii) deveriam ter sido utilizados, como parâmetros de preços, os valores constantes da tabela Sinapi, sendo incabível excepcionar dessa tabela apenas os serviços de "escavação de vala em rocha dura", que foram comparados com os valores da tabela Sicro-2; (iv) o preço global da recorrente ficou 15% abaixo do valor referencial utilizado pela Administração; (v) não foi realizada qualquer perícia na obra, que, se efetuada, constituiria prova de que não houve sobrepreço ou superfaturamento; (vi) é incabível a imputação de "culpa grave" à Construtora e que levou à aplicação de sua multa individual em valor elevado; (vii) o crédito que possuía a Construtora junto à Administração pela realização de serviços não pagos deveria "ser abatido da verba tida como paga a maior pela Administração".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

8. A Secretaria de Recursos (Serur), de forma resumida, lançou as seguintes anotações:

8.1. No que concerne ao recurso de Bertolino Marinho Madeira Campos: (i) consta dos autos um ofício do DNOCS mencionando a adequação dos preços, sem qualquer comprovação das análises que teriam sido realizadas ou dos preços unitários de referência adotados; (ii) "*o responsável foi, no mínimo, negligente ao reativar um contrato com vícios patentes e amparar a sua execução a partir de mera declaração da regularidade dos preços, desacompanhada de documentos e análises dos preços de referência adotados*"; (iii) as alegações de dificuldades enfrentadas e de boa-fé são genéricas e desacompanhadas de evidências.

8.2. Relativamente ao recurso de Construtora Jurema Ltda.: (i) não ocorreu a prescrição, quer sob regime estabelecido pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999; (ii) não há vedação à utilização de sistemas diferentes de referência de preço para o exame da economicidade de contratos, sobretudo quando são utilizados dois sistemas que se consolidaram como fontes oficiais de consulta (Sicro e Sinapi); (iii) a utilização do referencial do Sicro-2 para o serviço "escavação em vala material de 3ª categoria" foi devidamente justificada, uma vez que não há composição compatível na base nacional de composições do Sinapi; (iv) os serviços em questão possuem execução similar à escavação de valas em obras rodoviárias; (v) a composição de custos defendida pela responsável possui diversas fragilidades, que foram exploradas no voto condutor do acórdão recorrido; (vi) a utilização da composição do Sinapi, com os ajustes necessários às especificidades da obra, resultaria em valor inferior ao custo de referência adotado pelo TCU, o que conduziria à conclusão de um superfaturamento ainda maior; (vii) a ausência de previsão legal, em 1999, para a utilização de referências oficiais de preços não impede que o TCU as utilize para estimar os valores de mercado de obras custeadas com recursos federais; (viii) a obra já apresentava sobrepreço desde a contratação inicial, o que desfaz o argumento de que teria ficado dentro do orçamento previsto na fase interna da licitação; (ix) não é cabível a compensação por supostas medições que não teriam sido pagas à empresa, pela ausência de evidências da existência desse direito líquido e certo e ainda porque, se existentes, corresponderiam à utilização de recursos estaduais.

9. Em conclusão, a Serur propôs o conhecimento e a negativa de provimento dos recursos.

10. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento.

11. Feito este breve escorço processual, passo à análise de mérito.

- III -

12. Rejeito, desde logo, a arguição de prescrição.

13. No que diz respeito à pretensão ressarcitória, é de ampla ciência que o Supremo Tribunal Federal – STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário – RE 636.886, fixou, em repercussão geral, a tese de que "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em acórdão de Tribunal de Contas" (Tema 899). Nesta linha, a Excelsa Corte tem decidido reiteradamente pela aplicação da prescrição, aos processos oriundos desta Corte, segundo as regras definidas no regime da Lei 9.873/1999, aí incluídas as interrupções do prazo constantes de seu art. 2º.

14. A Serur fez detalhado exame daquelas interrupções, conforme transcrevi no Relatório, em que ficou demonstrado que todas se deram em prazo inferior aos cinco anos. Da mesma forma, restou evidenciado que o processo não ficou paralisado, por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

15. Os votos dos Ministros Relator e Redator, por seu turno, já haviam esgotado a questão sob o prisma do regramento estabelecido pelo Código Civil.

16. Assim, ficou nitidamente demonstrada a inocorrência de prescrição, qualquer que seja o regime aplicável.

- IV-

17. A matéria tratada nestes autos se revela bastante complexa, em face das singularidades que a distinguem. Não por outro motivo, o julgamento do processo foi permeado por divergências e o resultado foi proclamado por voto de desempate, nos termos do art. 125 do Regimento Interno.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

18. O primeiro ponto a ser analisado é o aproveitamento do Contrato AJ 27/99, resultante da Concorrência Pública 001/98, celebrada pela Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí (SOSP). A referida licitação teve por objeto a "*contratação de empresa para execução das obras e serviços de engenharia de empreitada por preço unitário, para construção do Sistema Adutor do Sudeste, no Estado do Piauí*" (peça 26, p. 3). O Convênio PGE-158/2003, celebrado entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí, por seu turno, tinha por objeto a "*Construção da Adutora do Sudeste Piauiense, que atenderá as cidades (...)*". Vê-se, em princípio, existir uma uniformidade de propósitos.

19. O inciso I da Cláusula Terceira daquele Convênio atribuía ao Dnocs a competência para "*examinar e aprovar o procedimento licitatório que será promovido pelo Estado, (...), condicionando o repasse dos recursos (...) a essa aprovação*" (peça 2, p. 27). Embora os termos do convênio apontassem para a realização de um certame em data futura, o Dnocs realizou o exame do procedimento que já havia sido realizado e entendeu pela possibilidade de seu aproveitamento, em vista da identidade dos objetos que constavam do convênio e daquele contrato já então assinado.

20. Consta dos autos manifestação de ex-Diretor-Geral do Dnocs em que, ouvido a respeito, afirmou que aquela autarquia não participou da elaboração de procedimento vinculado à Concorrência 018/98 e que "*se deteve, sim, na análise e aprovação do certame, para efeito de celebração do convênio PGE-158/2003*" (peça 75, p. 27). Entre a documentação que ele encaminhou se encontra manifestação da Procuradoria Jurídica do Dnocs que concluiu que "*após análise das peças deste processo licitatório, constatamos que a instrução obedeceu aos ditames do vigente Estatuto e do Ato Convocatório, (...)*" (peça 75, p. 37).

21. Considerando as manifestações de aceitação do Dnocs, o Governo do Estado do Piauí assinou o 1º Termo Aditivo ao Contrato AJ 27/99, que apenas reativou aquela avença "*como ação retomada pelo Convênio PGE-158/2003*". Observe-se que até aquele momento não havia qualquer alteração no objeto licitado.

22. Não obstante, em momento posterior foram efetuadas robustas modificações no Projeto Básico da obra licitada, a exemplo da alteração no local de captação da água, do trajeto da adutora, da substituição de alguns dos municípios que seriam beneficiados, do diâmetro máximo da tubulação e da quantidade de estações elevatórias. Na prática, licitou-se uma obra e executou-se outra.

23. Não resta dúvida de que esse procedimento configurou irregularidade porquanto descaracterizou por completo o princípio da licitação. Esse ato já foi reprovado pelo Tribunal, por meio do Acórdão 948/2007 – Plenário (TC 014.246/2005-3), que rejeitou parcialmente as razões de justificativa apresentadas por Bertolino Marinho Madeira Campos, ex-Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí, e lhe aplicou multa de R$ 20.000,00.

24. Essas alterações na obra deram origem aos 2º e 3º Termos Aditivos.

25. A propósito, o Redator do acórdão recorrido ressaltou, em mais de uma passagem, a "*absoluta ilicitude*" do aproveitamento do certame para a execução do Convênio PGE-158/2003. Neste ponto, anoto que em minha compreensão o aproveitamento do certame não caracterizou, por si só, ato irregular. A ilicitude decorreu das alterações que foram introduzidas no Contrato AJ 27/99, desfigurando-o por meio de Termos Aditivos, porque foram eles que descaracterizaram o objeto e tornaram mera ficção a licitação que precedeu ao contrato.

26. De outra sorte, embora haja nítida irregularidade na transmutação do objeto contratual, não consigo, **data maxima venia**, vislumbrar que a introdução daquelas alterações contratuais tenha sido motivada por uma prévia intenção de beneficiar a empresa contratada. É certo que o julgamento efetuado por esta Corte se baseia na existência de responsabilidade subjetiva, caracterizada pela presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a expressão de conduta dolosa ou má-fé para que haja a necessidade de reparar o dano causado à Administração. Considero, contudo, que o conhecimento dos contornos das práticas então adotadas é importante para que se possa melhor discutir a existência, a conceituação e a quantificação do dano.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

27. Nessa toada, vejo que a Concorrência Pública 001/98 se fundou em um Projeto Básico de junho de 1998. Aquele certame aconteceu em 1999 e o Contrato AJ 27/99, dele decorrente, foi assinado no mês de julho do mesmo ano. A adutora licitada foi concebida sob a premissa de que ocorreria a concretização das obras de transposição do Rio São Francisco. No entanto, passados cinco anos, aquela transposição ainda se encontrava em fase de discussão, tanto técnica quanto política. Ante a frustração daquela premissa, a Secretaria de Infraestrutura Estadual considerou necessária a completa reformulação do plano então traçado. Esse foi o motivo que conduziu à alteração do Projeto Básico, materializado posteriormente nos 2º e 3º Termos Aditivos.

28. Não concebo que a contratada e a contratante já cogitassem, à época da licitação, que o contrato a ser assinado ficaria paralisado por cinco anos pela falta de aporte de recursos, que a transposição do Rio São Francisco não ocorreria nesse horizonte temporal e que, em consequência, o Projeto Básico teria de ser profundamente alterado, com a decorrente modificação dos quantitativos de itens constantes da planilha orçamentária licitada. Os elementos presentes nos autos não me conduzem a concluir que tenha havido comportamento volitivo do gestor ou da contratada no sentido de fraudar a administração pública mediante a alteração daquele contrato e de seus quantitativos.

29. Em reforço, o ex-Diretor-Geral do Dnocs, em atendimento à questão que lhe foi dirigida nestes autos, afirmou que "*o Dnocs, de forma alguma, participou da elaboração do Edital da Concorrência 01/98. Antes de celebrar o Convênio, no entanto, o orçamento foi criteriosamente analisado por técnicos do setor de custos e orçamento*". A fim de demonstrar a efetividade daquela análise, informou que "*o BDI, referente à aquisição de tubos, conexões e assemelhados, foi reduzido de 30% para 22,16%, por recomendação do Dnocs, como pode ser constatado no Termo Aditivo 03, cópia anexa. A redução do BDI importou numa economia de R$ 1.275.188,26, a preços iniciais*". Acrescentou, ademais, que o BDI de 22,16% utilizado para aquele contrato (a partir da revisão efetuada pelo Dnocs) foi inferior aos BDIs de 35,61% e 35,22%, determinados pelo TCU para os preços de tubos e equipamentos dos contratos firmados para a implantação das Segundas Etapas dos Projetos de Irrigação de Baixo Acaraú e Tabuleiro de Russas. E que, ao final das revisões efetuadas pelo Dnocs, houve uma redução do valor contratual, de R$ 26.568.405,72 para R$ 22.914.691,96 (peça 75, pp. 27-33).

30. Veja-se, portanto, que o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 e a subsequente modificação de seu escopo, ainda que condenável porque ofensiva ao princípio da licitação, se deu em um cenário de conhecimento, análise, aprovação e controle por parte da Administração Pública.

31. De forma mais contundente, o Diretor de Infra-Estrutura Hídrica do Dnocs encaminhou ofício ao Presidente da Codevasf, datado de 3/11/2004, nos seguintes termos (peça 3, p. 50):

> "*Para suprir necessidade de Vossas Senhorias, informamos que o Convênio PGE-158/2003, celebrado entre o DNOCS e o Governo do Estado do Piauí para construção da Adutora do Sudeste Piauiense, encontra-se em execução regular, nos termos fixados no próprio Convênio.*
>
> *Ao mesmo tempo, informamos que os preços contratados foram por nós examinados, estando em tudo compatíveis com os preços da tabela do DNOCS para obras da natureza daquela.*" (grifei).

32. Aqui, saliento que é imprópria a desqualificação da confirmação da compatibilidade de preços efetuada pelo Dnocs, tal qual feito pela Serur sob o argumento de que não constavam dos autos os documentos relacionados àquela análise e aos preços unitários por ela utilizados. Nesse aspecto, vejo que não competiria aos recorrentes, estranhos à Administração Pública Federal, a apresentação de documentos internos do Dnocs, intrinsecamente relacionados a seus procedimentos administrativos. O Tribunal, por outro lado, poderia ter requisitado tais documentos diretamente ao Dnocs, caso os tivesse considerado como relevantes para a confirmação ou negação do eventual sobrepreço. Entretanto, não o fez no tempo certo, não se podendo cogitar da adoção de tal providência neste momento processual, ante o longo interregno existente.

33. Considero, então, que aquelas declarações, prestadas por agentes públicos federais no legítimo exercício de suas funções, passam a gozar de presunção de veracidade. Admito, portanto, que efetivamente existiu uma análise de preços realizada no âmbito do Dnocs e que ela concluiu que os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

preços contratados se encontravam em conformidade com aqueles constantes da tabela utilizada pela autarquia.

34. De tudo isso, concluo que as providências anunciadas pelo Dnocs foram ao encontro do entendimento deste Tribunal sintetizado na ementa do Acórdão 1252/2016-Plenário (Relator Ministro Raimundo Carreiro), colhida da jurisprudência sistematizada desta Corte:

> "*Quando o convênio com outro ente da Federação for celebrado após a realização da licitação pelo convenente, o órgão concedente deve se certificar antecipadamente da adequação dos preços contratados, confrontando-os com os preços do Sinapi ou com outros sistemas oficiais de preços.*"

35. Recordo, mais uma vez, que estamos tratando de uma obra com orçamento elaborado em 1998, quando o Sinapi ainda não era considerado referencial oficial de preços de uso obrigatório. Sob esse prisma, a utilização da tabela Dnocs bem atenderia ao princípio insculpido no referido enunciado, uma vez que era considerada como uma referência oficial. É desnecessário rememorar que àquela época os mecanismos que balizavam os custos das obras públicas eram, ainda, incipientes. Aliás, somente com o advento da Lei 9.811/1999 (LDO 2000) houve a primeira positivação do assunto, com a previsão de que:

> "*os custos unitários de obras executadas com recursos dos orçamentos da União, relativas à construção de prédios públicos, saneamento básico e pavimentação, não poderão ser superiores ao valor do Custo Unitário Básico - CUB - por m², divulgado pelo Sindicato da Indústria da Construção, por Unidade da Federação, acrescido de até trinta por cento para cobrir custos não previstos no CUB.*"

36. As referências ao Sinapi e ao Sicro somente despontaram com o advento das Leis 10.524/2002 (LDO 2003) e Lei 12.017/2009 (LDO 2010), respectivamente. E ressalto, por oportuno, que a Lei 11.768/2008 (LDO 2009) introduziu a viabilidade da utilização de outros parâmetros de análise de preços, disponíveis em tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da administração pública federal. Aliás, a Lei 10.524/2002 – e as LDOs que a sucederam – trouxe comando específico para que a Caixa Econômica Federal promovesse a "*ampliação dos tipos de empreendimentos atualmente abrangidos pelo sistema, de modo a contemplar os principais tipos de obras públicas contratadas, em especial as obras de edificações, saneamento, rodoviárias, ferroviárias, barragens, irrigação e linhas de transmissão*". (grifei).

37. Sem embargo, as ocorrências descritas me conduzem à convicção de que os preços originalmente pactuados no Contrato AJ 27/99 foram validados pelo Dnocs, a partir da utilização de sua tabela de preços, que parecia ser, à época, o paradigma mais adequado para qualquer comparação.

38. Não desconheço que o TCU já se utilizava do Sinapi e do Sicro como referenciais de preços antes mesmo que a primeira das LDOs estabelecesse sua obrigatoriedade. Na verdade, os Acórdãos 20/1996-Plenário e a Decisão 38/1999-Plenário constituem precedentes exemplificativos da utilização do Sicro como referência oficial de preços em obras públicas executadas em momentos mais longínquos.

39. A questão tratada nestes autos, no entanto, possui a singularidade de os preços terem sido aferidos e validados pelo Dnocs, em consonância com sua própria tabela de preços, conforme se extrai das declarações constantes dos autos. Não me parece razoável que agora, decorridos mais de vinte anos da assinatura do Contrato AJ 27/99 e mais de dezesseis anos da proclamação, pelo Dnocs, da justeza do preço praticado, venha esta Corte a apontar sua incorreção.

40. Abro parêntese para frisar que caso houvesse o sobrepreço apontado teríamos, como consequência natural, a responsabilização solidária dos gestores do Dnocs, uma vez que foram eles que permitiram o aproveitamento e a continuidade do Contrato AJ 27/99, mesmo de posse de todos os documentos informativos que lhes foram disponibilizados e após a realização de suas análises. No entanto, o Acórdão 948/2007 – Plenário, que determinou a conversão daqueles autos nesta tomada de contas especial, deixou de apontar qualquer sanção aos agentes do Dnocs. Vê-se aqui, em meu juízo, contradição naquele **decisum**.

41. Não desconheço a existência de linha jurisprudencial nesta Corte que defende que a caracterização de jogo de planilha prescinde da intenção de conferir vantagem indevida por parte dos agentes administrativos ou dos prepostos da pessoa jurídica contratada. (Acórdãos 167/2017-Plenário

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

e 17231/2016-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler). O que se busca, na essência, é manter o equilíbrio geral do contrato, não tornar imutável a equação econômico-financeira. Neste particular entendo que possa existir situação que conduza à alteração na equação financeira original sem a tipificação daquela prática condenável. É nesta vertente, aliás, o Acórdão 8366/2010-1ª Câmara (Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira), que teve o seguinte enunciado extraído da jurisprudência selecionada deste Tribunal: "*Há presunção relativa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato na alteração contratual sem caracterização do 'jogo de planilha'*". No voto condutor daquele aresto, o Relator consignou que "*o jogo de planilha se concretiza por meio de aditivos contratuais em que se verifique a ocorrência de ato culposo ou doloso do agente público prejudicial ao erário*", mas que "*há situações em que as modificações contratuais são tecnicamente justificáveis e necessárias, realizadas para promover o interesse público e não para proporcionar ganhos ilegítimos para a contratada*". Em tais situações, ainda que reste evidenciado que as modificações procedidas possam ter favorecido a contratada, não estaria evidenciada prática condenável.

42. Como destaquei anteriormente, os preços foram aferidos e atestados pelo Dnocs, encontrando-se em conformidade com os referenciais constantes de sua tabela de preços. Assim, com todo respeito às opiniões em contrário, não verifico a existência de erro grosseiro ou da culpa grave aludida no voto condutor da deliberação recorrida. Ainda que sob o risco de me tornar repetitivo, volto a frisar que o certame e o posterior aproveitamento do Contrato AJ 27/99 ocorreram em momento significativamente distinto desse em que agora os examinamos, quando as balizas orientadoras dos custos de obras públicas se encontravam em incipiente momento de positivação e assimilação pelos órgãos públicos.

43. Esse tipo de situação deve nos conduzir a ponderar sobre a regra insculpida no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de que na interpretação de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

44. Reafirmo que não estou a considerar legal o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 mesmo depois de ocorridas as alterações do Projeto Básico, como já frisei no item 23 deste voto. Ocorre que aquele erro não é, em minha visão, suficiente para conduzir à conclusão da existência de superfaturamento e, por conseguinte, à necessidade de reparação, sobretudo pela comprovação de avaliação dos preços com base na tabela Dnocs.

45. Por evidente que não se pode admitir como normal a existência de sobrepreço nas contratações promovidas pela Administração Pública. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal é farta em reafirmar que inexiste um patamar que possa ser pacificamente aceito como reflexo de variações normais de mercado.

46. No caso em tela, após a realização de exaustivos cálculos que se valeram da utilização de empréstimos de composições de custos de diferentes sistemas referenciais – e ainda assim com a necessidade de ajustamento em suas composições unitárias de custos para melhor se adequarem às peculiaridades dos serviços contratados -, chegou-se a um possível sobrepreço da ordem de 13,3%, segundo o Ministro Redator, ou de 10,4%, caso fossem considerados os preços de referência acolhidos pelo Relator.

47. Por óbvio que esses números são cercados de incertezas e imprecisões, em que pese os meritórios esforços realizados pelas diversas unidades técnicas que atuaram nestes autos e pelos Ministros Relator e Revisor que se debruçaram sobre os autos antes de mim. À toda a dificuldade inerente à obtenção dos melhores paradigmas referenciais para cada item de serviço especificado – sobejamente caracterizada pelas discussões travadas no processo -, se somam as imprecisões inerentes ao longo tempo decorrido, uma vez que, repito, estamos a discutir preços licitados em 1998.

48. Devo ponderar que são atributos de um adequado orçamento de obras a temporalidade, a especificidade e a aproximação, consoante indicado pela doutrina afeta ao tema e referenciado em diversos processos deste Tribunal. É forçoso admitir que um orçamento elaborado tempos antes da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

licitação ou da execução pode não refletir as condições efetivamente enfrentadas. As flutuações de preço, alterações de cenários de mercado e mesmo mudanças tecnológicas afetam a precisão de um orçamento. Tanto é assim que a jurisprudência do TCU vê com cautela a necessidade de reajustamento de preços antigos ou mesmo de retroação de preços atuais para aferir a regularidade dos empreendimentos que fiscaliza.

49. Considero, portanto, imprópria a imputação de débitos nestes autos.

50. Não obstante, reputo adequado o juízo quanto à irregularidade das contas de Bertolino Marinho Madeira Campos em face da descaracterização do objeto licitado por meio da Concorrência 001/98, a partir das alterações introduzidas no Contrato AJ 27/99 mediante a celebração de seus 2º e 3º Termos Aditivos, conforme já destaquei neste voto, com ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

51. Por derradeiro, a respeito do longo lapso temporal existente entre a ocorrência dos fatos e o julgamento de mérito efetuado por esta Corte, reflito que é impróprio arguirmos que a delonga processual tenha decorrido da litigância de má-fé ou da deslealde processual dos responsáveis, que apresentaram repetidas alegações de defesa adicionais e memoriais. As partes são, sempre, hipossuficientes em relação a este Tribunal. Compete à Corte, e não às partes, a última palavra em relação à aceitação de novos documentos extemporâneos e à inclusão do processo em pauta para votação. Observo, aliás, que o art. 160 e respectivos parágrafos do Regimento Interno já disciplinou adequadamente a questão, facultando às partes a juntada de documentos novos somente até o término da etapa de instrução. Após esse prazo, lhes é permitida apenas a distribuição de memoriais aos gabinetes e, ainda assim, após a inclusão do processo em pauta. Esse dispositivo encontra-se perfeitamente alinhado ao princípio da duração razoável do processo.

- V –

52. A despeito de toda a análise da matéria até aqui realizada, registro que, em 23/6/2022, os advogados da Construtora Jurema Ltda. juntaram aos autos sentença proferida na Ação Penal 0001636-10.2013.4.01.4000, que tramitou na 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Piauí, absolutória dos réus Bertolino Marinho Madeira Campos e Humberto Costa e Castro (sócio da Construtora Jurema Ltda.) em relação às condutas tipificadas nos arts. 89 da Lei 8.666/1993 (exclusivamente em relação ao primeiro acusado) e 312 do Código Penal (ambos os réus). Tais dispositivos versam, respectivamente, sobre os crimes de dispensa e/ou inexigibilidade ilegal de licitação e peculato.

53. A respeito do crime relacionado à licitação, imputado exclusivamente a Bertolino Marinho Madeira Campos, assinalou aquele Juízo, após discorrer sobre as circunstâncias em que se deu o aproveitamento do contrato originalmente assinado para execução das obras conveniadas, que:

> "*(...), a despeito de não haver contemporaneidade do certame, vislumbro o enquadramento do objeto conveniado com o efetivamente licitado. O fato de que a execução do objeto conveniado decorrer de uma contratação anterior não trouxe prejuízo ao erário, caso analisado por esse exclusivo motivo, porquanto a referida obra só teve início após a celebração do respectivo convênio e a consequente liberação dos recursos federais para tal fim.*
>
> *(...)*
>
> *Observo que a grande controvérsia pertinente à suposta irregularidade na dispensa de licitação diz respeito não à alteração, em si, do projeto básico original, mas, sim, se se poderia aproveitar a Concorrência nº 01/98 e o Contrato AJ 27/99 para a execução do objeto do Convênio nº 158/2003.*
>
> *(...)*
>
> *Assim sendo, não há por que inferir que todas estas circunstâncias impossibilitariam o aproveitamento do contrato, mormente quando, posteriormente, o convênio celebrado (Convênio 158/2003) passou a prever os recursos necessários para a execução da obra, após a introdução da modificação no projeto básico.*"

54. No que se refere ao "*exame da materialidade e autoria quanto ao aludido delito de peculato imputado aos réus*", transcrevo:

> "*E, quanto ao dano, friso novamente, apontado pela existência de superfaturamento, a divergência entre os valores executados e os respectivos referenciais (SINAPI e SICRO) não se revelam elementos hábeis a essa demonstração, mormente quando, à época da licitação não eram exigidos.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

(...)

Pelo exposto, tenho que a acusação de sobrepreço tem que ser analisada sobre um prisma mercadológico, atento que, friso, à época da contratação os referidos índices referenciais não eram de utilização obrigatória. Por este ponto de vista lógico, de mercado, não havia nem mesmo descompasso com princípios éticos que uma empresa, a vencedora, apresentasse o preço que entendesse pertinente à execução de determinado objeto. Assim concluo, pois o preço é ditado pela concorrência pela exposição ao mercado. É este que, em regra, dita o prelo 'justo'. No caso presente, essa situação se deu pela ausência de outra empresa com condições melhores no certame licitatório."

55. Vê-se, portanto, que a sentença concluiu pela inexistência de materialidade em relação às mesmas questões debatidas nestes autos.

56. Ainda que se possa, hipoteticamente e de forma acadêmica, divergir da abordagem conduzida na esfera penal e entender que a análise efetuada naquele Juízo foi equivocada, não há como ignorar a existência da sentença penal absolutória e de suas consequências no mundo jurídico.

57. No caso em tela, a sentença criminal afastou a existência dos fatos (aproveitamento do contrato anteriormente assinado sem realização de nova licitação e superfaturamento), fazendo incidir, na espécie, as disposições do art. 935 do Código Civil, que apregoa 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*".

58. Ainda que sob fundamentos diferentes, o deliberado no juízo penal vai ao encontro de minha proposta no que se refere à inexistência de débito a ser tratado neste processo.

59. Contudo, aquela absolvição colide com minhas conclusões relativamente ao aproveitamento, por Bertolino Marinho Madeira Campos, da Concorrência 001/98, a partir das alterações introduzidas no Contrato AJ 27/99 mediante a celebração de seus 2º e 3º Termos Aditivos. Em face da força daquela sentença absolutória, revejo minhas conclusões e me manifesto no sentido de que seja provido o recurso de Bertolino Marinho Madeira Campos.

- VI -

60. Em conclusão e à luz de todo o exposto: (i) dou provimento ao recurso apresentado por Bertolino Marinho Madeira Campos, para julgar suas contas regulares com ressalvas e excluir o débito que lhe foi imputado e a multa que lhe foi aplicada; e (ii) dou provimento ao recurso impetrado por Construtora Jurema Ltda. e julgo suas contas regulares com ressalva, excluindo o débito e multa que lhe foram imputados.

Ante todo o exposto, peço escusas por divergir dos pareceres e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a minuta de deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 3 de agosto de 2022.

JORGE OLIVEIRA
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126580.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho a proposta trazida pelo ilustre Ministro Jorge Oliveira, na parte dispositiva, porém o faço por razões distintas das consignadas em seu voto.

2. Em minha visão, o único motivo para o provimento dos recursos de reconsideração é a superveniência de sentença proferida na Ação Penal 0001636-10.2013.4.01.4000, que reconheceu a inexistência de superfaturamento no Contrato AJ-27/1999, na linha da fundamentação ali consignada.

3. Conforme apurou a minha assessoria em consulta ao sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), o Ministério Público Federal interpôs apelação e solicitou a reforma da referida sentença, tendo em vista a existência, dentre outras razões, de prova robusta de *"prejuízo ao erário decorrente do superfaturamento em preços globais e unitários referentes a materiais e serviços utilizados na obra e a inobservância de diversos comandos da Lei. 8.666/93 promovidos pelos réus"*.

4. Todavia, entendo que o advento da sentença absolutória de primeiro grau com a negativa da materialidade dos fatos, **in casu**, de superfaturamento, é suficiente para ensejar a sua repercussão na esfera administrativa, voltada ao ressarcimento ao Erário, por força do art. 935 do Código Civil. Mesmo que tenha sido interposto recurso de apelação, este não tem efeito suspensivo quando a sentença absolve o réu, conforme o art. 596 do CPP.

5. Logo, cabe o provimento dos expedientes recursais, sem prejuízo de encaminhar cópia integral desta decisão, inclusive da presente declaração de voto, à Procuradoria da República no Piauí.

6. Apesar desse encaminhamento, julgo pertinente fazer considerações quanto às questões de mérito discutidas no feito, pois entendo demonstrada a existência de superfaturamento no Contrato AJ-27/1999, segundo os critérios usualmente adotados por esta Corte de Contas em auditorias de obras públicas.

II – Da ocorrência de superfaturamento

7. Conforme visto, trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelo Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos e pela empresa Construtora Jurema Ltda. contra o Acórdão 304/2020-Plenário, mantido pelo Acórdão 741/2020-Plenário, mediante os quais o TCU julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou ao pagamento do débito e da multa especificados.

8. Na origem, o processo cuida de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 948/2007-Plenário, a partir da conversão de representação de equipe de fiscalização da Secex/PI, dando conta da ocorrência de sobrepreço, superfaturamento e diversas irregularidades na licitação e na execução das obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense.

9. A execução do aludido empreendimento teve início em julho de 2004, após a celebração do Convênio PGE-158/2003 entre o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) e o Estado do Piauí.

10. A avença assegurou recursos financeiros para a execução do Contrato AJ-27/1999 (peça 24, p. 24-30), firmado quatro anos antes, em 14/7/1999, entre a Construtora Jurema Ltda. e a Secretaria de Obras e Serviços Públicos do Estado do Piauí, atual Secretaria de Estado da Infraestrutura do Piauí (Seinfra/PI), após a Concorrência 01/1998.

11. Por meio do mencionado Acórdão 948/2007-Plenário, o TCU aplicou multa ao Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos, então Secretário de Infraestrutura do Estado do Piauí e fixou prazo para que a Seinfra/PI anulasse o Contrato AJ 27/1999, medida que foi efetivamente adotada em 29/12/2009, segundo informação do órgão estadual.

12. Tal fato seria suficiente para atrair a incidência do art. 59 da Lei 8.666/1993:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

> *"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.*
>
> *Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."*

13. A propósito do assunto, a jurisprudência dominante do STJ alinha-se ao entendimento de que a indenização do contratado é regra, porém, ela não é devida na hipótese de o particular haver agido de má-fé ou concorrido para a nulidade. Ou seja, verificada alguma dessas hipóteses, todos os pagamentos efetuados devem ser restituídos à administração pública.

14. Nesse sentido, podem ser citadas as seguintes decisões: AgRg no REsp nº 1.394.161/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2013; REsp nº 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/9/2010; AgRg no Ag 1.134.084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 29/6/2009; REsp nº 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/6/2007; e REsp nº 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/4/2004.

15. Em minha visão, o caso em análise se amolda à segunda hipótese, pois é assente que a sociedade empresária concorreu com a nulidade do Contrato AJ 27/1999, visto que apresentou proposta eivada de superfaturamento e anuiu a termo aditivo que transfigurou profundamente o seu objeto, fatos que compuseram a motivação da invalidação do ajuste.

16. Ainda a propósito da interpretação do art. 59 da Lei 8.666/1993, há decisões do STJ nas quais se admite, mesmo nas hipóteses supramencionadas, a indenização da contratada por serviços executados. Porém, essa medida seria limitada aos custos incorridos na consecução do objeto, conforme o REsp nº 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 24/5/2012, e o REsp nº 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/12/2013.

17. Entendeu-se, nesses casos, que não é possível o completo retorno ao **status quo ante**, uma vez que existem eventos de desconstituição impossível, tais como os serviços devidamente prestados, de sorte que era cabível a indenização destes. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, que deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim, se veria respeitado também o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à administração.

18. Em suma, concluiu-se que ao contratado de má-fé ou que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com o Poder Público, impõe-se a devolução de todo o ganho auferido, podendo ser admitido abater do débito quantia suficiente para cobrir os custos incorridos na execução do objeto do contrato, que se supõe lícito.

19. Caso essa posição jurisprudencial tivesse sido adotada, seria necessário instar a contratada a produzir prova sobre os custos efetivos da execução parcial do Contrato AJ-27/1999. Possivelmente, o resultado dessa medida poderia ser a imputação de um débito ainda maior do que o apurado pelas três unidades técnicas (Secex/PI, Secob-1 e Secob4, posteriormente denominada de SeinfraHidro) que participaram da demorada instrução deste processo, haja vista o grande distanciamento entre os custos praticados nesse ajuste e os parâmetros de referência usualmente adotados pelo TCU em obras hídricas do tipo, quais sejam, o Sicro e o Sinapi.

20. A propósito do assunto, o voto revisor do Acórdão 304/2020-Plenário contém ampla demonstração de que os preços praticados no Contrato AJ-27/1999 estavam acima dos referidos sistemas referenciais. Cabe destacar que o cumprimento dessas balizas já era exigível na época em que houve a celebração dos termos aditivos que adaptaram o orçamento original ao novo projeto da obra, seja porque a LDO/2003 já exigia o cumprimento do Sinapi, seja porque a jurisprudência do TCU já

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

era pacífica nesse sentido à época, visto que prescrevia o uso dos sistemas Sicro e do Sinapi.

21. Em verdade, é preciso reconhecer que o voto que fundamentou a decisão atacada apenas consolidou as embasadas análises técnicas da Secex/PI, da Secob-1 e da SeinfraHidro, que comprovaram, de modo exaustivo e de forma conservadora, que o prejuízo ao Erário totalizou R$ 2.543.149,43, a partir de metodologia que seguiu o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do Tribunal e a pacífica jurisprudência mencionada na fundamentação do Acórdão 304/2020-Plenário, quanto à utilização do Sicro como referência de serviços em obras hídricas.

22. Sobre o tema, toda a análise anterior foi, nessa oportunidade, avalizada pela Serur e, novamente, pelo Ministério Público junto ao TCU. Sendo assim, entendo que não cabe afirmar que os cálculos efetuados pelas unidades técnicas que atuaram nestes autos são cercados de incertezas e imprecisões, principalmente porque não foi apontado no voto do relator nenhum aspecto técnico que pudesse comprometer as análises realizadas, que, em verdade, seguiram o padrão usualmente aceito pelo Tribunal em mais de 25 anos de fiscalização de obras públicas.

23. Considerar imprópria a imputação de débito nesse processo, pelo simples fato de o ex-Diretor-Geral do Dnocs ter declarado que *"o orçamento foi criteriosamente analisado por técnicos do setor de custos e orçamento"*, sem que tenha havido a juntada aos autos do parecer técnico que realizou essa avaliação, significa jogar por terra a ampla jurisprudência desta Casa de que *"a declaração de terceiros tem baixo valor probatório, pois faz prova apenas da existência da declaração, mas não do fato declarado, competindo ao interessado demonstrar a veracidade do alegado"* (Acórdãos 2.834/2015-2ª Câmara, relator: Ministro Augusto Nardes; 3.210/2012-1ª Câmara, relatora: Ministra Ana Arraes; e 1.423/2019-Plenário, relator: Ministro Raimundo Carreiro).

24. A propósito, também discordo da assertiva do relator de que a obtenção da referida análise do Dnocs não competiria aos recorrentes, de modo que caberia ao Tribunal ter de requisitá-los diretamente à autarquia. Embora o processo desta Corte de Contas seja caracterizado pelo princípio do impulso oficial, registro que essa demonstração era do interesse e ônus dos responsáveis, não apenas nesta etapa recursal, mas desde a origem deste feito.

25. No caso, aplica-se a vetusta regra do direito processual no sentido de que compete à parte demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, o que ganha ainda maior força no âmbito deste Tribunal, haja vista a premissa elementar dos processos de controle externo de que compete aos responsáveis comprovarem a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhes, portanto, o ônus da prova.

26. Sendo assim, reputo inadequado afastar o débito criteriosamente calculado pelas unidades técnicas, cuja robustez técnica foi demonstrada no voto condutor da decisão recorrida, a partir de mera declaração de terceiro, sem que tenha sido realizada uma análise técnica das premissas adotadas pelo Acórdão 304/2020-Plenário, inclusive quanto a uma alegada – mas não provada – compatibilidade dos preços contratados com a tabela do Dnocs.

27. Afastar o débito nessas circunstâncias, sem que haja uma prova da economicidade do ajuste, apta a refutar a robusta análise técnica usada como base da decisão recorrida, significa, ainda, ir de encontro à dicção do art. 59 da Lei 8.666/1993 e da ampla jurisprudência do STJ, mencionada acima. Isso porque a elisão do dano acarretará, como efeito prático, a remuneração integral da empresa por um contrato eivado de nulidade.

28. Nesse ponto, julgo oportuno enfrentar alguns argumentos trazidos no voto proposto pelo eminente Relator.

29. Compreendo que não é relevante para o deslinde dessa tomada de contas especial a afirmação de que não foi possível vislumbrar *"que a introdução daquelas alterações contratuais tenha sido motivada por uma prévia intenção de beneficiar a empresa contratada"*.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

30. A despeito da amplitude e da gravidade das ocorrências identificadas desde a fiscalização realizada nas obras em apreço, que envolveram irregularidades na etapa de licitação (abertura do certame sem previsão de recursos orçamentários; ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global; restrição ao caráter competitivo da licitação; inabilitação indevida de oito licitantes) e de execução do contrato (pagamentos antecipados de até 80% dos equipamentos e tubos sem exigência de garantias execução; alteração do projeto básico com ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração; reformulação do projeto básico pela contratada para execução da obra; e inexistência de termo aditivo formalizando as alterações contratuais), a questão em discussão neste feito é pontual: a existência de sobrepreço decorrente de preços superiores aos de mercado.

31. No tocante a isso, tanto o Sr. Bertolino Marinho Madeira Campos quanto a empresa Construtora Jurema Ltda. não comprovaram que os preços praticados na obra eram tecnicamente adequados, de acordo com a boa técnica de orçamentação e com os sistemas oficiais de referência aplicáveis às obras do tipo. Isso depois de exaustiva e demorada tramitação processual, que envolveu a participação de, agora, quatro unidades técnicas da secretaria deste Tribunal, após longos 17 anos.

32. Ademais, não está demonstrado nos autos que o aproveitamento do Contrato AJ 27/99 e a subsequente modificação de seu escopo ocorreu em *"um cenário de conhecimento, análise, aprovação e controle por parte da Administração Pública"*. Além disso, mesmo que tivesse sido juntado o parecer técnico do Dnocs que aprovou os preços do ajuste, esse fato por si só não teria o condão de atestar a economicidade da avença, pois seria necessário, a partir daí, o exame da adequação e consistência técnica da análise realizada.

33. A bem da verdade, a existência de parecer do Dnocs aprovando os preços do contrato poderia desencadear a eventual responsabilização dos seus signatários, caso fosse demonstrada alguma falha no exame da economicidade do ajuste. Todavia, esse fato nunca seria capaz de afastar a responsabilidade direta dos gestores da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí (Seinfra/PI) e da empresa contratada pelo dano verificado.

34. Nesse ponto, é preciso lembrar a ampla jurisprudência desta Casa, no sentido de que o contratado e os gestores do convenente permanecem responsáveis pelos danos causados na execução de contratos custeados com recursos federais, decorrentes de sua culpa, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização e eventual aprovação de atos pelo órgão concedente. Nesse sentido, invoco, a título de exemplo, o Acórdão 1455/2018-Plenário.

35. Quanto à assertiva do relator de que não verificou a existência de erro grosseiro ou da culpa grave aludida no voto condutor da deliberação recorrida, é preciso lembrar que também é pacífico neste Tribunal o entendimento de que o art. 28 da LINDB somente se aplica em matéria de sanção, não de imputação de responsabilidade financeira em razão de um prejuízo ao Erário (débito).

36. Tal conclusão constou da seguinte passagem do voto condutor do Acórdão 2.391/2018-Plenário:

> *"147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:*
>
> *'6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.'*
>
> *148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

> *levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil."*

37. Esse entendimento vem sendo adotado pelo TCU, como revelam os Acórdãos 2.768/2019-Plenário, 5.547/2019-1ª Câmara e 11.289/2021-1ª Câmara, dentre outros.

38. Sendo assim, caso se conclua que não houve erro grosseiro no aproveitamento de contrato para executar obra completamente distinta da licitada, cinco anos depois de sua assinatura, após profunda alteração do projeto básico, sem que fosse efetuada uma análise técnica exaustiva a respeito da compatibilidade dos preços praticados com os parâmetros especificados na LDO e na jurisprudência do TCU, **in casu**, Sicro e Sinapi, com o que discordo, caberia ao TCU apenas afastar a multa imposta aos responsáveis, permanecendo o dever de ressarcir, conforme a jurisprudência mencionada acima.

39. Nesse ponto, invoco a necessidade de se dar cumprimento ao art. 926 do CPC, o qual prescreve que os *"tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"*. Tal comando é exigível do TCU, seja porque o mencionado código é aplicado subsidiariamente no processo desta Corte de Contas, seja porque o aludido comando consubstancia o princípio da segurança jurídica e da isonomia na condução dos feitos desta Corte de Contas.

40. Essas premissas exigem que os julgamentos neste Tribunal sigam as mesmas balizas jurídicas, nesse caso, representadas pela metodologia de apuração de débitos definida no Roteiro de Auditoria de Obras do TCU e os critérios de responsabilização por dano ao Erário consolidados ao longo de vários anos de fiscalização de contratos de obras públicas.

41. Ainda a propósito da existência ou não de culpa grave e erro grosseiro, destaco que tais parâmetros não se aplicam nem sequer à empresa Construtora Jurema Ltda., dado que o art. 28 da LINDB, por expressa previsão legal, somente se aplica à análise da responsabilidade de agente público.

42. Quanto à responsabilização da contratada, é preciso mais uma vez destacar o entendimento que se firmou na jurisprudência desta Casa, no sentido de que *"não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados pela Administração, haja vista incidirem no regime de contratação pública regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas à aferição de legalidade, legitimidade e economicidade pelos órgãos de controle"* (tese extraída do repositório da jurisprudência selecionada do TCU, consignada no Acórdão 454/2014-Plenário, relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman).

43. A propósito do assunto, segue excerto do voto condutor do Acórdão 2.262/2015-Plenário, de minha lavra:

> *"36. Ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos valores passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecerem propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista que o regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros de preços unitários, precipuamente quando em razão de tais falhas estiver ocorrendo o pagamento de serviços acima dos valores de mercado. O regime de contratação administrativa possui regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Portanto, a responsabilização solidária do particular pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedor de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do débito, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

Logo, não há como acolher as alegações de defesa da empresa beneficiária dos pagamentos reputados superfaturados."

44. A aludida tese também foi veiculada no voto condutor do Acórdão 1.304/2017-Plenário, também de minha autoria:

> *"68. Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento.*
>
> [...]
>
> *70. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado. Reiterada jurisprudência desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 454/2014-TCU-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, e do Acórdão 619/2015-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, tem entendido que 'não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992'"* (grifos acrescidos).

45. A responsabilização dos contratados em razão de prejuízos ao Erário decorrentes de contratos públicos com sobrepreço, além de respaldada na lei orgânica do TCU e na releitura dos postulados da força obrigatória dos contratos e do ato jurídico perfeito, é ancorada na ideia de que o regime jurídico-administrativo das contratações públicas se aplica tanto aos agentes estatais quanto aos particulares. O voto condutor do Acórdão 1.304/2017-Plenário também tratou do tema:

> *"72. Ressalto que os comandos da Lei 8.666/1993 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.*
>
> [...]
>
> *74. Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços.*
>
> *75. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU." (grifos acrescidos).

46. Com essas ressalvas, acompanho a proposta do Relator, com os fundamentos expostos na primeira parte deste VOTO.

TCU, Sala das Sessões, em 3 de agosto de 2022.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71584807.

ACÓRDÃO Nº 1761/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 014.246/2005-3
1.1. Apensos: 019.234/2007-1; 008.608/2010-5
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Recursos de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)
3. Recorrentes: Bertolino Marinho Madeira Campos (065.952.353-15); Construtora Jurema Ltda. (05.802.590/0001-90)
4. Unidade: Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí
5. Relator: Ministro Jorge Oliveira
5.1. Redator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração - SeinfraCom
8. Representação legal:
8.1. Roselle Adriane Soglio (177.840/OAB-SP) e outros, representando Construtora Jurema Ltda
8.2. Pedro Gabriel Lopes (372347/OAB-SP) e outros, representando Bertolino Marinho Madeira Campos

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os recursos de reconsideração interpostos por Bertolino Marinho Madeira Campos e Construtora Jurema Ltda. em face do Acórdão 304/2020 - Plenário, que julgou irregulares suas contas especiais e lhes imputou o pagamento de débitos e multas em razão de irregularidades relacionadas às obras de construção do Sistema Adutor do Sudeste Piauiense.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, incisos II; 18; 23, inciso II; 32; e 33 da Lei 8.443/1992, c/c arts. 214, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer dos recursos de reconsideração apresentados por Bertolino Marinho Madeira Campos e pela sociedade empresária Construtora Jurema Ltda. e dar-lhes provimento;

9.2. tornar sem efeito o Acórdão 304/2020 – Plenário;

9.3. julgar regulares com ressalva as contas de Bertolino Marinho Madeira Campos e da sociedade empresária Construtora Jurema Ltda. e dar-lhes quitação;

9.4. dar ciência desta deliberação aos recorrentes, à Superintendência da Polícia Federal no Estado do Piauí e à Procuradoria da República no Estado do Piauí, com a informação de que o inteiro teor desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, está disponível para consulta no endereço www.tcu.gov.br/acordaos.

10. Ata n° 30/2022 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/8/2022 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1761-30/22-P.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126584.

13. Especificação do quórum:
13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (na Presidência), Benjamin Zymler, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira (Relator) e Antonio Anastasia.
13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.
13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
JORGE OLIVEIRA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 71126584.