

Proc. TC-041.556/2012-7
Tomada de Contas Especial

Parecer

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada por força do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, em que se apreciou relatório de auditoria realizada pela Secex-MA em diversos processos de dispensa de licitação conduzidos entre 1995 e 2001 pelo então denominado 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER), para contratação de obras de construção, restauração e conservação rodoviária no Maranhão.

2. Estes autos tratam especificamente da ocorrência de sobrepreço em faturas liquidadas e pagas no âmbito do Contrato PG n.º 233/96, cujo objeto consistia em serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal da BR-226/MA, do entroncamento BR-316/343, divisas PI/MA e MA/TO, ao entroncamento MA-275.

3. De início, cumpre assinalar que já nos pronunciamos acerca dos encaminhamentos alvitados pela Secex-MA às peças 81/82. Voltamos a nos manifestar neste feito, após o advento de nova instrução emitida pela Unidade Técnica, em que foram analisadas alegações adicionais de defesa apresentadas por um dos responsáveis. A despeito disso, o presente parecer não se restringe a complementar o anterior, à peça 88, mas vem substituí-lo. É que, nesse interregno, evoluímos nosso entendimento acerca de questões preliminares e meritórias afetas ao presente feito, conforme explanaremos na sequência.

4. Feito esse breve esclarecimento, rememora-se que, em razão do débito estimado pela Secretaria Especializada de Fiscalização de Obras (Secob) – de R\$ 299.906,12 em valores históricos, com parcelas referenciadas de janeiro/1997 a março/1999, que corresponde a 10,34% do valor total pago à empreiteira contratada para executar as obras emergenciais –, foram citados os gestores públicos adiante nominados, em solidariedade com a empresa Planor Construções e Comércio Ltda.:

- José Ribamar Tavares, Chefe do 15.º DRF/DNER;
- Gerardo de Freitas Fernandes, Chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15.º DRF/DNER, que examinou a proposta da Planor;
- Pedro Deodato de Amorim Nascimento, Chefe do R. 15/4 do 15.º DRF/DNER, responsável pela vistoria no local e elaboração do orçamento dos serviços emergenciais;
- Francisco Augusto Pereira Desideri, Chefe da Divisão de Construção do DNER, que aceitou a proposta da Planor e enviou-a à Diretoria de Engenharia Rodoviária;
- Wolney Wagner de Siqueira, Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER, que, aceitando a proposta da Planor, solicitou a aprovação pelo Conselho Administrativo do DNER;
- Maurício Hasenclever Borges, Diretor-Geral do DNER, que ratificou a dispensa e autorizou a contratação da Planor.

5. As alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis – à exceção dos Senhores Maurício Hasenclever Borges e Francisco Augusto Pereira Desideri, que permaneceram inertes e devem, por isso, ser considerados revéis para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3.º, da Lei n.º 8.443/1992 – consistiram, em essência, de: i) arguições preliminares de prescrição da ação de ressarcimento e da pretensão punitiva e de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, ante o longo tempo decorrido desde os fatos impugnados, e ii) inadequação do Sicro 1 como referência para aferição de sobrepreço no Contrato PG n.º 233/96, pois esse sistema não era de observância obrigatória à época dos fatos, e seus preços não seriam compatíveis com os serviços emergenciais executados no âmbito da aludida avença.

6. O Senhor Wolney Wagner de Siqueira, em complemento à defesa acostado à peça 89, além de repisar argumentos já manejados em suas alegações defensivas iniciais, sustenta que sua atuação no processo que culminou na celebração do Contrato PG n.º 233/96 teria se restringido à mera tramitação de documentos

administrativos – desprovida, portanto, de caráter decisório –, o que ensejaria a exclusão de sua responsabilidade nestes autos, nos moldes de decisões emanadas pela Corte de Contas em casos similares.

7. A Secex-MA, após rechaçar as alegações de defesa apresentadas, em pronunciamentos uníssonos às peças 81/82, ratificados às peças 104/105/106, propõe julgar irregulares as contas especiais dos gestores, condenando-os, em solidariedade à empresa contratada, ao ressarcimento do débito apurado, e aplicando a todos a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

II

8. As preliminares de prescrição e de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa suscitadas pelo Senhor Wolney Wagner de Siqueira e pela empresa Planor Construções e Comércio Ltda. foram refutadas pela Secretaria Instrutiva com base na previsão constitucional de imprescritibilidade das ações de ressarcimento e na garantia de que a esses responsáveis, bem como aos demais arrolados no âmbito desta TCE, foi facultada a prática de todos os atos processuais possíveis, com acesso irrestrito aos autos e dilação de prazos para apresentação de defesa em face das irregularidades a eles imputadas.

9. Divergimos de tal entendimento, com as vênias de estilo.

10. Ainda que as ações de ressarcimento ao erário sejam consideradas imprescritíveis, consoante entendimento atualmente pacificado pelo TCU e pelo Supremo Tribunal Federal, a imprescritibilidade não é regra absoluta, cingindo-se sua aplicação prática à observância do devido processo legal. E, conquanto o desenvolvimento desta TCE tenha efetivamente observado os trâmites processuais usuais à espécie, mister reconhecer que o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório não se restringe a isso, pressupondo, também, a possibilidade de produção material de provas.

11. Dito isso, assinala-se que os atos irregulares aqui discutidos remontam a 1996, com a contratação emergencial de obras e serviços rodoviários com sobrepreço, e os prejuízos deles decorrentes se concretizaram entre 1997 e 1999, com os pagamentos feitos à empreiteira.

12. Compulsando os autos do processo que deu origem a esta TCE (TC-005.741/2002-0), constatamos que foram ouvidos em audiência acerca dos indícios de excesso nos preços unitários do Contrato PG n.º 233/96 apenas os Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento (peça 4, pp. 8-14, 27-28 e 40-41, dos referidos autos). Não foi promovida a audiência dos demais gestores nem a oitiva da Planor Construções e Comércio Ltda. naqueles autos, os quais foram notificados acerca das aludidas irregularidades apenas no âmbito desta TCE, passados cerca de dezesseis anos desde a assinatura do contrato inquinado.

13. No caso vertente, é inegável que a demora em notificar os responsáveis impõe dificuldades relevantes à obtenção dos documentos que fundamentaram a definição dos preços pactuados no bojo do Contrato PG n.º 233/96. Assinala-se que não há fundamento legal para se exigir – nem se afigura razoável assim esperar – que gestores públicos e terceiros contratados mantenham em arquivo documentação relativa a fatos tão remotos, visto que não há comprovação de que tiveram ciência, a bom tempo, das suspeitas que pairavam sobre tais fatos. Ademais, cabe ponderar que, embora as Unidades Técnicas do Tribunal tenham tido o cuidado de instruir o feito com cópias de atos administrativos praticados pelos gestores e de documentos relativos à execução físico-financeira dos serviços contratados, não se afigura legítimo presumir que tais elementos sejam suficientes para possibilitar a plena defesa dos responsáveis.

14. Destarte, entendemos devido o acolhimento das preliminares suscitadas pelos responsáveis supramencionados, estendendo os efeitos aos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri e Maurício Hasenclever Borges, revéis, uma vez que também foram notificados acerca das irregularidades apenas dezesseis anos depois dos fatos.

15. Assim, ausentes os pressupostos para o devido processamento do feito em relação a esses responsáveis, pugnamos desde já por que suas contas sejam arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.

III

16. Na sequência, também como decorrência do longo lapso temporal desde os fatos, impende tratar da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, arguida pelos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento.

17. Consoante o entendimento recentemente pacificado pelo TCU no Acórdão n.º 1.441/2016-Plenário, aplica-se à pretensão sancionatória em processos de controle externo a regra geral de prescrição estipulada no Código Civil. A teor do disposto nos itens 9.1.1 a 9.1.4 do referido acórdão, toma-se como referência a data da prática do ato irregular e interrompe-se a contagem do prazo prescricional na data do ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável, prazo que recomeça a fluir a partir dessa data.

18. Dito isso, rememora-se que os atos irregulares remontam a 1996, e que a audiência dos gestores, realizada em 2002, interrompeu a prescrição. Assim, não tendo transcorrido, entre 1996 e o início da vigência do Código Civil de 2002, mais da metade do prazo vintenário previsto no **Codex** anterior, aplica-se a regra intertemporal estipulada no art. 1.028, reiniciando-se a contagem do prazo de dez anos a partir de 11/01/2003. Portanto, por decurso de prazo, extinguiu-se em 11/01/2013 a possibilidade de a Corte de Contas aplicar qualquer tipo de sanção a esses responsáveis.

IV

19. No tocante ao débito, perfilhamo-nos a muitas das conclusões apresentadas pela Secex-MA em seu exame das alegações de defesa dos responsáveis.

20. É cediço que a contratação de serviços para execução em caráter emergencial não autoriza a prática de preços injustificadamente superiores aos de mercado, mas somente dispensa a prévia licitação. 21.

Nesse sentido, o fato de não haver, à época, obrigação legal de se considerarem os custos do Sistema Sicro como limite máximo nas contratações de obras rodoviárias – consoante já reconheceu a Corte de Contas, a exemplo do voto condutor do Acórdão n.º 286/2015-TCU-Plenário –, não diminui a legitimidade desse sistema como referência de mercado. Tanto é assim que, em todos os ofícios enviados pelo Chefe do 15.º Distrito Rodoviário Federal – DRF solicitando às empresas propostas de preços para os serviços emergenciais em rodovias do Maranhão, destacou-se que deveriam ser *“tomados como referenciais os preços adotados ou praticados pelo DNER para obras e serviços de construção e de conservação contratada (Sicro)”* (peça 3, p. 9).

22. Como salientado pela Secob, o aludido sistema estava em vigor à época da contratação sob exame, com realização de pesquisa de preços regionalizada, em três estabelecimentos, para condições de fornecimento padrão, e com composições de preços unitários dos serviços nele incluídos. Ademais, seus preços não foram tomados pelo TCU como paradigma absoluto, como sustentaram os responsáveis, sendo admitidos ajustes aos preços referenciais, desde que devidamente motivados e tecnicamente justificados.

23. Destarte, a ausência de justificativas para a contratação de serviços com preços superiores àqueles informados pelo Sicro 1 configura descumprimento do dever de motivar os atos administrativos, em afronta a princípios basilares da Administração Pública. Tal irregularidade assume maior gravidade no caso tratado nestes autos, em que a contratação das empresas se deu por dispensa de licitação, sem definição de preços em ambiente competitivo.

24. Feitas essas considerações, assinala-se que o Relator deste feito, Ministro José Múcio Monteiro, acolheu proposição formulada pelo representante do Ministério Público que oficiou nos autos de outra tomada de contas especial objeto do TC-041.554/2012-4 (também originária do TC-005.741/2002-0), no sentido de rever a metodologia de quantificação do débito, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naquele processo.

25. A tese então defendida é de que, devido a alterações implementadas no Sicro 1 entre os anos de 1994 e 1999 – dentre as quais o aumento infundado da vida útil e de horas trabalhadas de equipamentos –, as

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Ministério Público

composições desse sistema não se revelam adequadas para retratar o mercado da época, pois subestimam os preços de referência.

26. Com o propósito de evidenciar a inépcia dos referenciais do Sicro 1, a empresa confrontou preços contratados **versus** preços paradigma obtidos com a deflação dos valores constantes do Sicro 2 de outubro/2000 (primeira publicação) para abril/1996 (data-base do contrato), a partir de índices relativos a serviços rodoviários (terraplenagem e pavimentação), e considerando os mesmos percentuais de BDI adotados pela Secob em suas análises. Como resultado, o sobrepreço apontado deixou de existir.

27. Diante disso, e ainda que não se possa aceitar de plano a conclusão fundada na mera retroação de valores, uma vez que o longo período de tempo introduz grande imprecisão nesse tipo de procedimento, o douto Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado assinalou haver diferenças entre composições de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2, em termos de composição e produção das equipes e de coeficiente de produtividade, que podem redundar em valores inferiores de sobrepreço global no contrato então examinado. Assim, acolhendo sugestão do **Parquet** especial, o Relator restituiu o feito à Seinfra-Rodovia, para revisão dos preços referenciais.

28. Uma vez que a TCE objeto do TC-041.554/2012-4 e a que ora se examina têm origem comum no TC-005.741/2002-0, entende-se ser medida de justiça adotar, no presente caso, o mesmo procedimento. Ainda que não tenha sido aventada pelos responsáveis arrolados neste feito, tal procedimento se coaduna com a busca pela verdade material e a isonomia entre jurisdicionados, princípios que orientam as decisões da Corte de Contas.

29. Em reforço à preliminar ora suscitada, vem a propósito destacar as considerações apresentadas no bojo do Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário, a respeito das diferenças nas metodologias de execução de serviços do Sicro 1 e do Sicro 2. Pela clareza e pertinência ao caso sob análise, em que também se discutiu a existência de sobrepreço em contrato de obras rodoviárias firmado pelo DNER em 1996, transcrevemos a seguir o excerto do voto condutor, da lavra do insigne Ministro Benjamin Zymler:

27. Pois bem, os recorrentes argumentam que a metodologia de execução constante do Sicro-2 refletiria melhor a situação da obra e, portanto, pugnam que seja adotado esse sistema como referencial de preços.

[...]

29. Busca-se, então, saber qual sistema reflete melhor os serviços executados na obra.

30. Como visto, o Sicro-2 buscou aperfeiçoar o Sicro-1 sanando omissões e incorporando novas tecnologias existentes no mercado. Acontece que essas novas tecnologias não surgiram com o advento do Sicro-2, pois já existiam previamente. Ou seja, o novo sistema apenas incorporou práticas já existentes no mercado e corrigiu inconsistências e omissões que existiam no sistema anterior.

[...]

32. Outrossim, veja-se que, em 1998, apenas se constatou a necessidade de atualização do sistema, o que permite a conclusão que antes dessa data as metodologias construtivas já espelhavam uma realidade diversa daquela do Sicro-1.

33. Em sendo assim, não é desarrazoado supor que as obras de engenharia aqui tratadas tenham utilizado as metodologias previstas no Sicro-2. (grifos acrescentados)

30. Não se descuida que a Secob tenha feito ajustes nas composições do Sicro 1 com vistas a buscar retratar o mercado da forma mais fidedigna possível (redução de produtividade nas composições dos serviços de restauração, a adoção de preços de brita comercial, em vez de brita produzida, e a adoção de taxas usuais de BDI usuais à época, descontando-se, no caso de serviços de construção e restauração, o percentual relativo à mobilização e desmobilização, uma vez que o critério para escolha das empreiteiras a serem contratadas emergencialmente era o de já estarem prestando serviços nas proximidades dos trechos a serem recuperados). Entretanto, é de se reconhecer a possibilidade de que as metodologias executivas reproduzidas nas composições de serviço do Sicro 1 não fossem condizentes com as que foram efetivamente adotadas nas obras.

31. Assim, à luz da diretriz constante do 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU, impõe-se aplicar ao caso vertente a metodologia de apuração de sobrepreço mais conservadora. Pugnamos, pois, que o

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Ministério Público

presente feito seja encaminhado à SeinfraRodovias para a realização de análises complementares, de modo a aplicar, nas composições do Sicro 2, os preços dos insumos do Sicro 1 à data-base do Contrato PG n.º 233/96, e adotar os preços paradigmas mais benéficos aos responsáveis.

V

32. Em face de todo o exposto, esta representante do Ministério Público entende que o longo tempo transcorrido entre os atos inquinados e a citação dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda. implica prejuízo para o pleno exercício da defesa por parte desses responsáveis, razão pela qual pugna, desde já, por que as contas desses responsáveis sejam arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.

33. Devem responder pelos indícios de sobrepreço na execução do Contrato PG n.º 233/96 os Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento. Entretanto, assinala-se que, tendo sido ouvidos em audiência em 2002, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação a esses responsáveis.

34. No que toca à apuração do sobrepreço na execução da avença, entendemos ser devido o encaminhamento dos autos à SeinfraRodovias para a realização das análises complementares mencionadas nos itens 24 a 30 precedentes, em estrita observância da diretriz disposta no art. 210, § 1.º, inciso II, do Regimento Interno do TCU e em homenagem à busca pela verdade material e à isonomia entre jurisdicionados.

Ministério Público, 05 de setembro de 2016.

Cristina Machado da Costa e Silva
Subprocuradora-Geral