

VOTO REVISOR

Pedi vista do presente feito, nos termos do art. 119 do RITCU, quando atuava em substituição à nobre Ministra Ana Arraes, para melhor apreciar as questões inerentes ao superfaturamento apurado nestes autos pela então Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob).

2. Ao tempo em que enalteço o ilustre Ministro-Relator José Mucio Monteiro, peço licença para discordar da sua proposta, pois considero que, na sua essência, o parecer da unidade técnica pela efetiva ocorrência do dano ao erário mostra-se bem adequado, diante, sobretudo, das seguintes razões:

(i) o superfaturamento apurado nos autos é muito contundente, tendo alcançado o montante de R\$ 434.364,87 (44% da amostra e 13% do valor global do contrato), a partir do uso, pela Secob, da amostra com 30% de representatividade sobre o valor global da contratação (R\$ 3.295.368,38);

(ii) o empreendimento foi conduzido pela administração pública sem a necessária definição prévia da estimativa orçamentária, já que, para a subsequente contratação direta ante a suposta emergência, a própria empresa contratada teria apresentado a sua proposta ao então DNER, tendo esse órgão federal aprovado a 1ª proposta, sob o valor total de R\$ 2.671.984,67, mas, logo em seguida, passado a promover a suscitada modificação sobre essa 1ª proposta, para o valor final total de R\$ 3.295.368,38 (com o acréscimo de 23,3%), sem sequer submeter, todavia, essa estranha modificação dada pela 2ª proposta à nova avaliação técnica;

(iii) essa 2ª proposta resultou no referido Contrato PG 141/99, mas não guardou a necessária correspondência com a 1ª proposta originalmente atestada pelo Engenheiro Gerardo de Freitas Fernandes, já que a superveniente modificação da 1ª proposta foi promovida sem a devida aprovação pelo quadro técnico, e, assim, a definitiva proposta da DM Construtora de Obras Ltda. (empresa contratada) não passou pela necessária avaliação técnica sobre a compatibilidade do preço total do contrato em relação aos parâmetros do Sicro 1 (já notoriamente superiores aos valores de mercado);

(iv) o referido Contrato PG 141/99 foi celebrado por meio de dispensa de licitação, em face da suposta emergência, mas não foram apresentadas as necessárias justificativas para os preços dos itens de serviço, com evidente ofensa aos arts. 26, parágrafo único, inciso III, e 113 da Lei nº 8.666, de 1993, devendo, também por esse motivo, ser promovida a condenação de todos os aludidos agentes públicos, aí incluído o Engenheiro Gerardo de Freitas Fernandes, nos termos do art. 25, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993;

(v) os precedentes jurisprudenciais inicialmente suscitados pelo ilustre Ministro-Relator sobre a possível avaliação de representatividade da amostra não se aplicariam ao presente caso concreto, até porque:

(a) o voto condutor do Acórdão 763/2007-Plenário, sob a relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, teria apenas questionado a metodologia adotada pela unidade técnica para a então apuração do superfaturamento, vez que o seu valor teria sido obtido a partir da comparação de custos por metro quadrado, e não pela metodologia da curva ABC; e

(b) o voto condutor do Acórdão 2.126/2010-Plenário, sob a relatoria do Ministro Augusto Nardes, até teria indicado que, naquele caso concreto, a análise de preços sobre os contratos originais (ainda sem alterações) deveria se valer de amostra com aproximadamente 80% dos itens de serviço contratados, mas essa metodologia não se aplicaria necessariamente ao referido Contrato PG 141/99, não só porque ela não deve ser tomada como regra para a apuração de superfaturamento pelo TCU, não subsistindo essa metodologia, aliás, à época do referido contrato, mas também porque, no presente caso concreto, o contrato foi celebrado por dispensa de licitação e sem a necessária apresentação das indispensáveis justificativas para os preços finais efetivamente pactuados, devendo-se salientar, ainda, que a 2ª proposta de preços foi indevidamente montada a partir da estranha

modificação da 1ª proposta (sem a posterior submissão dessa modificação à necessária reanálise técnica); e

(vi) os demais agentes públicos do então DNER não podem ser isentados da responsabilidade pelo débito apurado nestes autos, até porque não praticaram apenas os supostos atos de mero expediente para a celebração do Contrato PG 141/99, já que, após a alteração do preço global originalmente submetido ao referido engenheiro e sem a necessária análise técnica posterior sobre o novo valor do contrato, eles deram prosseguimento à indevida contratação e, assim, contribuíram diretamente para a ocorrência do superfaturamento aferido pela então Secob.

3. Bem se vê, então, que todo o processo antecedente à contratação da DM Construtora de Obras Ltda. transcorreu de forma claramente irregular, contribuindo para a evidente subsistência do superfaturamento apurado nestes autos, até porque a celebração do aludido contrato ocorreu em caráter emergencial e sem as devidas justificativas para os preços, não tendo a administração pública definido a estimativa orçamentária para o empreendimento, mas apenas admitido a 1ª proposta apresentada pela empresa contratada, passando em seguida, todavia, a promover modificações sobre essa proposta sem a necessária análise técnica sobre a devida aferição da compatibilidade, ou não, dos novos preços e quantitativos, de tal modo que não se deve promover a suscitada isenção de responsabilidade dos aludidos agentes públicos, já que eles contribuíram efetiva e diretamente para a ocorrência do referido superfaturamento.

4. Por essa linha, o débito apurado pela então Secob deve ser imputado não apenas em desfavor do Sr. Gerardo de Freitas e da empresa contratada, mas também em desfavor de todos os demais agentes públicos, já que efetivamente concorreram para a irregular celebração do Contrato nº PG 141/99, pois as correspondentes irregularidades decorrem, sim, das ações comissivas ou omissivo-comissivas dos aludidos responsáveis, diante da indevida condução do aludido processo de contratação sem a observância dos princípios da economicidade e da transparência, com ofensa, ainda, aos arts. 113 e 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993, destacando, mais uma vez, que, estranhamente, os agentes públicos promoveram a celebração do referido contrato sem que a modificação da 1ª proposta de preços da DM Construtora de Obras Ltda. tivesse sido submetida à indispensável análise da área técnica do então DNER.

5. De igual modo, a suposta inconsistência suscitada sobre a data-base fixada em março de 1999, em vez de maio de 1999, para a aferição do aludido superfaturamento, também não se mostra procedente, até mesmo porque, apenas em março de 1999, a única proposta de preços válida foi submetida à avaliação da área técnica do então DNER para a análise de compatibilidade dos preços com os valores de mercado, sob o patamar total de R\$ 2.671.984,67, já que sequer foi promovida a necessária avaliação técnica sobre a estranha modificação promovida posteriormente na 1ª proposta, para o valor final total de R\$ 3.295.368,38, em maio de 1999, mostrando-se adequados, então, os pareceres da então Secob e da Secex-MA em relação à efetiva subsistência do referido superfaturamento.

6. Não fosse o bastante, os elementos contidos nos autos evidenciam, ainda, que:

(i) os responsáveis não demonstraram o suposto prejuízo à defesa pelo transcurso de tempo entre as aludidas falhas e as citações no âmbito do Tribunal, não devendo o TCU se apegar a meras suposições sobre isso;

(ii) esse suposto prejuízo à defesa pelo transcurso de tempo não teria, na verdade, nem mesmo ocorrido, não só porque a regularidade da aludida contratação já estaria em questionamento desde a auditoria realizada pelo TCU no âmbito do TC 005.741/2002-0, em março de 2002, mas também porque os agentes públicos já teriam sido chamados em audiência, ainda em 2002, ao tempo em que a DM Construtora obteve a cópia dos autos em 19/08/2002, restando devidamente assegurado, com isso, o efetivo respeito ao pleno exercício da ampla defesa por todos os responsáveis, desde 2002 até o presente momento, já que todos os principais documentos inerentes ao aludido ajuste estavam e estão devida e efetivamente preservados nos autos à disposição de todos os responsáveis, estando eles cientes de todas as aludidas falhas desde 2002;

(iii) a higidez desses documentos preservados nos autos pode ser atestada, por exemplo, pela subsistência no processo, entre outros, dos seguintes elementos:

(a) a 1ª proposta de preços sob o valor de R\$ 2,6 milhões, à Peça 7 (fls. 3-51) e à Peça 8 (fls. 1 a 4), contendo todo o detalhamento dos custos unitários e, inclusive, do BDI;

(b) os despachos dos agentes públicos do então DNER, à Peça 8 (fls. 7-13), com a autorização para a contratação direta supostamente emergencial da DM Construtora de Obras Ltda.;

(c) a estranha requisição formal da empresa contratada, à Peça 8 (fls. 31-32), com a indicação de que, em 18/5/1999 (apenas 2 meses após a 1ª proposta), teria sido solicitada a modificação da 1ª proposta de preços;

(d) a 2ª proposta da empresa contratada sob o valor total de R\$ 3,6 milhões, à Peça 8 (fls. 33-52) e à Peça 9 (fls. 1-45), com a subsequente modificação final desse valor para R\$ 3,295 milhões;

(e) os despachos dos agentes públicos do então DNER, à Peça 9 (fls. 48-50), com a aceitação desse novo valor em R\$ 3,295 milhões;

(f) a manifestação do Diretor de Engenharia sobre a suposta necessidade de modificação da 1ª proposta de preços, à Peça 10 (fl. 12), com o seu posterior envio à Procuradoria do então DNER; e

(g) o Termo de Recebimento Definitivo das obras, à Peça 12 (fls. 20-21);

(iv) esse Termo de Recebimento Definitivo revela principalmente, aliás, que as obras já teriam sido efetivamente iniciadas em 11/3/1999, com o término em 6/9/1999, havendo clara e expressa prova, então, de que a data-base para a aferição do referido superfaturamento deve ser mesmo fixada em março de 1999, e não em maio de 1999;

(v) boa parte do empreendimento foi executada sem a devida formalização contratual, já que, a despeito de a obra ter sido efetivamente iniciada em 11/03/1999, o termo de contrato só veio a ser assinado em 28/07/1999, devendo-se destacar que a inflação pelo INCC para as correspondentes obras de artes especiais seria de apenas 0,82%, nesse período de março a maio de 1999, em face do aludido acréscimo de 23,3%;

(vi) o aludido empreendimento se configurou como obra de arte corrente pela construção de travessia sobre o córrego, com a execução de bueiros dimensionados conforme a vazão d'água, tendo o referido superfaturamento sido calculado pela unidade técnica, então, na forma até mais benéfica aos responsáveis, já que o possível superfaturamento nos bueiros não foi inserido no correspondente cálculo, a despeito de esses bueiros consistirem na parte mais cara do empreendimento;

(vii) o emprego do Sicro 1, em vez do Sicro 2, como paradigma para a avaliação do aludido superfaturamento, foi adequado, até porque o Sicro 2 só veio a ser instituído bem mais adiante.

7. Não subsiste, pois, o pretense prejuízo à ampla defesa dos responsáveis, pelo suposto transcurso de tempo, já que toda a documentação principal do empreendimento se encontra preservada nos autos, desde a aludida auditoria em março de 2002 até o presente momento, restando devidamente comprovado o superfaturamento apurado pelas unidades técnicas, não só porque a data-base para a aferição do superfaturamento foi corretamente fixada em março de 1999, tendo a execução do contrato sido iniciada, inclusive, a partir de março de 1999, mas também porque os valores ajustados estão em flagrante descompasso com os parâmetros do Sicro 1, revelando a subsistência do aludido superfaturamento, de sorte que o TCU deve condenar todos os responsáveis ao pagamento do débito apurado nestes autos, com a incidência da atualização monetária e dos juros de mora desde as datas inerentes aos indevidos pagamentos (e não desde a citação), em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

8. Acompanho, todavia, o nobre Ministro-Relator em relação à prescrição da pretensão punitiva do TCU, no presente caso concreto, deixando de aplicar, então, a subsequente multa legal em desfavor dos responsáveis, já que, nos termos do Acórdão 1.441/2016-Plenário, houve o transcurso de mais de dez anos entre a ordem para a citação no âmbito do TCU, em 19/3/2015 (Peça 37), e a data para a entrada em vigor do atual Código Civil brasileiro, em 11/1/2003, salientando que

o termo inicial para a contagem do aludido prazo prescricional merece ser fixado, em 11/1/2003, nos termos do art. 2.028 da Lei n.º 10.406, de 10/1/2002.

9. Peço licença, enfim, para discordar do nobre Ministro-Substituto Augusto Sherman, durante a discussão do feito no presente julgamento, haja vista que até mesmo o jogo de planilhas ficou devidamente comprovado nos autos, reforçando a necessidade de responsabilização de todos os gestores públicos, em face da estranha aprovação do empreendimento em Brasília – DF, no mês de dezembro, a despeito de a obra ter sido iniciada sem o devido termo de contrato no Maranhão, em março, e sem a devida justificativa técnica para os seus preços e quantitativos, tendo o próprio Ministro-Relator anotado, no item 19 do seu voto, que:

“(…) 19. Destaco que as diferenças de quantitativos existentes entre a proposta analisada pelo parecerista (com a devida justificação para os itens discrepantes) e aquela que deu origem ao contrato (após a “revisão do projeto”) foram significativas. Tomem-se os seguintes exemplos, apenas para mencionar os itens taxativamente destacados no parecer do MPTCU: o preço do serviço “escavação e carga material de 1ª categoria”, inicialmente cotado pela DM Construtora de Obras Ltda. em R\$ 1,32, foi aumentado para R\$ 1,96, apesar de haver uma redução de quantitativo de 33,74%; o serviço “expurgo de jazida” sofreu um acréscimo de quantitativos da ordem de 514%; os quantitativos do serviço “demolição manual parcial de dispositivos de concreto” foram aumentados em 693%; os itens “regularização do subleito”, “sub-base estabilizada granulometricamente s/ mistura”, “imprimação”, “pintura de ligação” e “concreto betuminoso usinado a quente” foram reduzidos, respectivamente, em 64,44%, 34,80%, 68,89%, 68,89% e 75,38%. Por outro lado, foram incluídos serviços que não constavam da proposta original, em especial aqueles relacionados à drenagem.”

10. Não se mostra plausível, assim, a mera condenação da aludida empresa em solidariedade, apenas, com os Srs. Francisco Augusto Pereira Desideri e Gerardo de Freitas Fernandes, deixando de promover a solidária condenação dos demais gestores públicos, como sugeriu o ilustre Ministro-Substituto Augusto Sherman, não só porque a alteração da 1ª proposta para a estranha formação da 2ª proposta foi aceita pelos demais gestores públicos, sem a necessária análise técnica prévia sobre a efetiva compatibilidade dos preços e dos quantitativos, mas também porque todo o processo de contratação direta, ante a suposta emergência, foi conduzido sem a original formalização do respetivo termo de contrato, sem a necessária caracterização da situação emergencial, sem as razões para a escolha do contratado e sem a devida justificativa para os aludidos preços e quantitativos, devendo-se promover, então, a evidente responsabilização solidária pelo dano ao erário na referida contratação direta por dispensa de licitação, nos termos do art. 25, § 2º, e do então vigente art. 26, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei n.º 8.666, de 1993, ao determinarem que:

“Art. 25 (...) § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.” (grifou-se)

11. Sem prejuízo, portanto, de louvar o ilustre Ministro-Relator, peço licença para acompanhar os pareceres das duas unidades técnicas e do MPTCU no sentido da efetiva subsistência do dano ao erário e, assim, pugnar pela irregularidade das contas de todos os aludidos agentes públicos do então DNER, em sintonia com os fundamentos anunciados nestas razões de decidir, de sorte a condená-los ao pagamento do débito devidamente apurado nestes autos, em solidariedade com a referida empresa contratada, deixando, todavia, de lhes aplicar a multa legal, diante da prescrição da pretensão punitiva do TCU.

12. Por tudo isso, é que voto, Senhor Presidente, por que seja prolatado o Acórdão do TCU no seguinte sentido:

“9.1. rejeitar as defesas apresentadas pelos Srs. Gerardo de Freitas Fernandes, Alfredo Soubihe Neto, Antônio Máximo da Silva Filho, Francisco Augusto Pereira Desideri, Genésio Bernardino de Souza, Leônidas Soriano Caldas Neto e Maurício Hasenclever Borges e pela DM Construtora de Obras Ltda.;

9.2. julgar irregulares as contas de Gerardo de Freitas Fernandes, Alfredo Soubihe Neto, Antônio Máximo da Silva Filho, Francisco Augusto Pereira Desideri, Genésio Bernardino de Souza, Leônidas Soriano Caldas Neto e Maurício Hasenclever Borges, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, alínea “c” e § 2º, 19 e 23, III, da Lei 8.443, de 1992, e nos arts. 1º, I, 209, III e § 5º, 210 e 214, III, do Regimento Interno do TCU, para condená-los, em solidariedade com a DM Construtora de Obras Ltda., ao pagamento das quantias de R\$ 67.640,72 (sessenta e sete mil, seiscentos e quarenta reais e setenta e dois centavos) e de R\$ 366.724,15 (trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e quinze centavos), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias contados das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RITCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora calculados a partir de 28/12/1999 e de 19/1/2000, respectivamente, até a data do efetivo recolhimento, em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público e à legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores já eventualmente ressarcidos;

9.3. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.5. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, aos responsáveis, para ciência, e à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do art. 16, § 3º da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 209, § 7º, do RITCU, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de julho de 2018.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Revisor