

VOTO COMPLEMENTAR

A partir das ponderações apresentadas pelo Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, pelo pedido de vista feito na sessão de 20/9/2017, revisei os autos, e, em consequência, revejo parcialmente o posicionamento que adotei naquela ocasião.

2. De início, lembro que o suposto sobrepreço apontado nos pareceres foi calculado a partir do exame de amostra de baixa representatividade, que refletiu apenas 30,04% do valor contratado. Ainda que, isoladamente, tal questão não servisse como excludente da imputação, no caso em exame ela se encontrava associada a outras questões que, em minha visão à época, comprometiam a responsabilização efetuada.

3. Observo que, não obstante a manifestação do Revisor em sentido diverso, a jurisprudência apresentada em meu voto apresenta-se absolutamente aplicável ao episódio tratado nestes autos. O voto condutor do Acórdão 763/2007 – Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, afirmou que *“a comparação dos valores contratados com os adotados no mercado deve ser realizada mediante obtenção de amostra significativa do orçamento da obra em tela, por meio da confecção de curva ABC, em que se efetua a correlação entre os custos unitários selecionados e as indicações constantes de tabelas de preços tomadas como referência”* (grifei). Da mesma forma, o voto condutor do Acórdão 2.126/2010 - Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, consignou que deixava *“de acompanhar o posicionamento da [unidade técnica] pelas razões (...) que apontam para a insuficiência da metodologia utilizada para se chegar à ocorrência. A baixa representatividade da amostra – apenas 23% do valor da avença – impede conclusão cabal acerca da materialidade do fato. Este Tribunal tem adotado, para análises de contratos originais, ainda sem alterações introduzidas por termos aditivos, uma faixa de 80%, segundo a metodologia de Pareto (Curva ABC)”* (grifei).

4. Destaco, no entanto, que os excertos transcritos não significam afirmar a impossibilidade de que se aponte a existência de débitos a partir do exame de amostras menores. Quando um débito é imputado a partir de verificação amostral, constitui ônus do responsável, caso assim o queira, demonstrar que eventualmente há subpreço em outros itens não avaliados. Ocorre que neste processo que agora se examina essa faculdade conferida aos defendentes tinha sido, segundo eu havia concluído, praticamente eliminada, uma vez que, como frisei no voto que originalmente apresentei, a citação se efetuou quando já eram decorridos dezesseis anos da ocorrência dos fatos.

5. Em síntese: está sendo discutida uma proposta de preços apresentada em maio de 1999 e a citação da empresa somente teria sido realizada em maio de 2015.

6. Do meu ponto de vista, isso demonstraria a existência de prejuízo à ampla defesa.

7. Os efeitos prejudiciais do lapso temporal sobre a defesa apresentada pelos responsáveis foram, inclusive, invocados pela empresa, que alegou que os documentos relativos à contratação já haviam sido descartados. A unidade técnica, por seu turno, buscou contradizer essa afirmativa sob o argumento de que *“estão acostadas aos autos as evidências necessárias a serem contestadas”*, isto é, os preços unitários ofertados e as composições de custo do Sicro. A respeito, entendo que os elementos invocados pela Secex/MA, isoladamente, podem não ser suficientes para o esgotamento da questão: veja-se que a própria unidade técnica, em outra passagem de sua instrução, assinalou que a empresa não juntou aos autos *“orçamentos de outros estabelecimentos”* que comprovariam sua assertiva de que os preços do Sicro não refletiriam os valores de mercado, para aquela situação.

8. Aliás, existe equívoco na interpretação efetuada pela unidade técnica: a eventual prejudicialidade decorrente do cerceamento de defesa não pode ser avaliada a partir da existência, nos autos, de *“evidências”* a serem contestadas. Essas *“evidências”* existirão sempre, pois são inerentes a

qualquer citação. O prejuízo aos consagrados princípios constitucionais deve ser sopesado pela aferição da real possibilidade de que a parte produza contraprovas a tais “evidências”.

9. Ocorre que me parecia ser impossível que a empresa citada tivesse condições de trazer aos autos orçamentos de concorrentes, que comprovassem os preços por elas praticados há dezesseis anos, conforme pretendeu a unidade técnica.

10. Reafirmo a tese, para que não parem dúvidas acerca da jurisprudência que defendo: é possível imputar-se débito a partir de amostra de baixa representatividade, desde que os responsáveis tenham, efetivamente – e não apenas pró-forma – a possibilidade de discutirem e demonstrarem a eventual existência de subpreços em outros itens não avaliados. Isso não teria ocorrido nestes autos, segundo a percepção que eu então possuía.

11. Evidentemente, a premissa vale para qualquer processo em julgamento, ainda que não se refira a obras públicas: responsabilizações somente são possíveis quando satisfeitas as garantias constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa.

12. Ocorre que o Revisor, adequadamente, me alertou de que o referido prejuízo à defesa não estaria caracterizado em relação a alguns dos responsáveis. Gerardo de Freitas Fernandes, Antônio Máximo da Silva Filho e Leônidas Soriano Caldas Neto foram ouvidos, a respeito dos mesmos fatos, no TC 005.741/2002-0 (processo originador da TCE). Além disso, a empresa DM Construtora de Obras Ltda. compareceu, espontaneamente, àqueles autos, solicitando cópia do processo. Esses responsáveis, portanto, tiveram ciência tempestiva dos fatos que lhes estavam – e continuam – sendo imputados e poderiam, por conseguinte, manejar os documentos de prova que considerassem necessários à sustentação de suas defesas. Em relação a eles, portanto, inexistente o referido óbice processual.

13. Também revejo minha posição no que se refere à data-base da proposta, utilizada para efeitos de cálculo do sobrepreço. Ainda que haja documentos, no processo, que se utilizam de índices de correção que apontariam para o mês de maio de 1999 como data-base, é certo que outras evidências constantes dos autos conduzem ao raciocínio de que as obras foram efetivamente iniciadas no mês de março de 1999, não sendo correto utilizar-se, portanto, como data-base, momento posterior. Nesse sentido, o Termo de Recebimento Definitivo das obras registra que elas se iniciaram em 11/3/1999 e terminaram em 6/9/1999 (peça 12, pp. 20-21). No mesmo sentido, existe documento relativo à primeira medição dos serviços, com a informação expressa de que eles foram realizados no mês de março de 1999 (peça 13).

14. Ante tais evidências, é de se concluir que a data-base não poderia ser outra que não o mês de março de 1999, em conformidade com a primeira das propostas enviadas pela empresa contratada. Assiste razão ao Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, portanto, quanto a esse ponto.

15. Quanto às alegações de defesa do responsável Gerardo de Freitas Fernandes, em essência, sustentaram que o contrato executado não decorreu da proposta de preços que foi por ele analisada e aprovada. A Secex/MA, o MPTCU e o Revisor não acolheram o argumento, sob o pretexto de que os preços unitários executados são, em regra, os mesmos constantes do orçamento analisado por aquele ex-chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária/15.

16. Num primeiro momento, me inclinaria a não concordar com esse raciocínio. Ainda que diversos dos preços praticados no contrato sejam, de fato, iguais aos que haviam sido consignados na proposta analisada por Gerardo de Freitas Fernandes, os quantitativos de serviços foram significativamente alterados, com presumível impacto na equação econômico-financeira.

17. Porém, durante a sessão de julgamento, resolvi concordar com a ponderação do Ministro-Substituto Augusto Sherman, no sentido de que houve a manutenção no contrato de preços unitários originalmente analisados pelo parecerista, que assim influenciou no valor final.

18. No que se refere à responsabilidade de outros agentes, o Revisor assinalou:

“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 sobrepreço 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 planilha 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 sobrepreço.”

19. Em consequência, propôs a imputação de débito solidário a Alfredo Soubihe Neto (Diretor de Engenharia), Antônio Máximo da Silva Filho (Chefe do Setor de Melhoramentos e Restauração/15), Francisco Augusto Pereira Desideri (Chefe de Divisão de Construção), Espólio de Genésio Bernardino de Souza (Diretor Geral do DNER), Gerardo de Freitas Fernandes (Chefe do S. V. Engenharia Rodoviária/15), Leônidas Soriano Caldas Neto (Chefe do 15º DRF) e Maurício Hasenclever Borges (Diretor Geral do DNER).

20. Divirjo parcialmente desse entendimento.

21. De início, é de se verificar, como já assinei neste voto, que é indiscutível a existência de diversas irregularidades na assinatura do contrato emergencial, sobretudo em decorrência da alteração do projeto, e, em consequência, dos preços inicialmente pactuados, conduzindo à existência de superfaturamento, tudo isso aliado ao início das obras previamente à assinatura da avença que lhe daria suporte. Não obstante, o nexos de culpabilidade não foi, em minha compreensão, corretamente estabelecido pelo Revisor. A existência de irregularidades em uma contratação não implica, necessariamente, na consequente imputação de débito a todos os agentes que dela, de alguma forma, participaram. A imputação de débito exige a correta correlação de causas e efeitos, que não foi explicitada.

22. Ainda em sede preliminar, apenas a título de informação, lembro que já transcorreu o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva do TCU. Ou seja, todas as questões que não se relacionam à existência de débito estão fora da discussão.

23. Francisco Augusto Pereira Desideri, então Chefe da Divisão de Construção, encaminhou o processo a uma unidade que lhe era subordinada *“para conhecimento e manifestação, inclusive análise dos preços unitários”*. Participou, portanto, da questão central discutida nestes autos, a aceitação dos preços ofertados em decorrência da alteração do projeto. Pode, então, ser responsabilizado.

24. A participação de Maurício Hasenclever Borges, na condição de Diretor Geral do DNER, se limitou à ratificação da dispensa de licitação, fundamentada em situação emergencial. Veja-se que, à época em que praticou o ato, inexistia a alteração do projeto, e, por conseguinte, a alteração do orçamento que conduziu ao superfaturamento. Não lhe pode, portanto, ser imputado o débito apontado nestes autos.

25. Alfredo Soubihe Neto, ex-Diretor de Engenharia Rodoviária do DNER, limitou-se a encaminhar ao Diretor Geral a proposta da contratação emergencial da empresa DM Construtora de Obras Ltda., pelo valor global de R\$ 2.671.984,67, antes, portanto, das alterações de projeto que

vieram a elevar o valor da obra para R\$ 3.295.368,38, com o apontamento do superfaturamento discutido nestes autos.

26. Genésio Bernardino de Souza, então Diretor Geral do DNER, aprovou a contratação emergencial, destacando em seu ato que os preços unitários haviam sido analisados pela Divisão de Construção, que os considerou coerentes com aqueles praticados pela autarquia. Não seria esperado do homem médio que, ante a existência de parecer com expressa manifestação sobre a adequabilidade dos preços, lavrado por unidade competente, refizesse, **sponte propria**, nova pesquisa.

27. Por todo o exposto, apenas os gestores Gerardo de Freitas Fernandes e Francisco Augusto Pereira Desideri, junto com a contratada, empresa DM Construtora de Obras Ltda., são passíveis de responsabilização.

28. Por derradeiro, alinho-me ao **Parquet** quanto ao deferimento do pleito da DM Construtora de Obras Ltda. para que os juros de mora incidam sobre o valor do débito somente a partir da data de sua citação, em razão do dilatado período de tempo que foi necessário para a conclusão dos trabalhos de auditoria, bem como para a autuação e instrução desta TCE, sem que os responsáveis tenham contribuído para essa demora. Solução desta natureza foi adotada pelo Tribunal no Acórdão 2850/2016 – Plenário (Relator Ministro Vital do Rêgo), em processo similar também constituído a partir de determinação constante do Acórdão 2948/2011 – Plenário, ao analisar outro contrato do DNIT em que foi apurado sobrepreço.

29. Ao final, agradeço ao Revisor, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, por suas valiosas contribuições, propiciando-me a oportunidade de revisitar os autos e aperfeiçoar a proposta que havia trazido ao Colegiado na sessão de 20/9/2017. Cumprimento ainda o Ministro- Substituto Augusto Sherman, cuja manifestação em sessão convenceu-me a incluir as responsabilidades de Gerardo de Freitas Fernandes e Francisco Augusto Pereira Desideri, além da construtora.

Ante o exposto, reformulo minha deliberação e voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora lhe submeto.

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

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator