

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, que 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 (TC-005.741/2002-0).

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 MA275.

3. Cumpre assinalar que em nosso último parecer (peça 108) trouxemos aos autos mudança no entendimento acerca de questões preliminares e meritórias afetas ao presente feito, de modo que as considerações ali lançadas substituíram a manifestação anterior, emitida quanto aos encaminhamentos alvitados pela Secex-MA às peças 81/82 (peça 88).

4. Naquela oportunidade, concluímos que, em razão do 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., houve prejuízo ao pleno exercício da defesa por parte desses responsáveis, razão pela qual propusemos que as respectivas contas fossem arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU. Relativamente aos demais gestores arrolados nesta TCE – Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento –, embora tenha sido identificada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva fundamentada nos termos do Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, considerando que foram chamados em audiência em 2002, entendemos que continuavam a responder pelo débito.

5. Relativamente à apuração do dano, foi proposto, em nosso último parecer (peça 108), o envio dos autos à Unidade Técnica para a realização de análises complementares, tendo em vista que o Relator deste processo à época, Ministro José Múcio Monteiro, havia acolhido proposição formulada por membro do MPTCU em outra tomada de contas especial originária do TC-005.741/2002-0 (TC-041.554/2012-4) para rever a metodologia de quantificação do prejuízo, em face de questionamentos suscitados pela empresa responsabilizada naqueles autos. Assim, por medida de justiça, consideramos necessário adotar, no presente caso, o mesmo procedimento.

6. Tendo em vista que a proposta de possível revisão do débito com base em diferente metodologia de apuração foi aceita pelo Ministro Relator (peça 109), os autos foram encaminhados à SeinfraRodovias (atualmente, SeinfraRodoviaAviação), que realizou nova análise do processo (peças 116-118), considerando, desta vez, a “reavaliação do orçamento de referência do Contrato PG 233/96 segundo o Sicro 2, de maneira a confirmar, ou não, o superfaturamento apontado nessa avença, calculado anteriormente com base no Sicro 1” (peça 116, p. 21).

7. Em que pese ter efetuado os cálculos segundo as premissas da nova metodologia suscitada em nosso último parecer, a Unidade Técnica consignou expressa divergência quanto à adoção desse caminho, e concluiu pela manutenção do “cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1, por absoluta carência técnica para fundamentar a adoção de qualquer resultado que se possa obter por meio do recálculo segundo o Sicro 2” (peça 116, p. 23).

8. Retornando os autos a este *Parquet*, no aguardo de nova manifestação, foi acostado ao processo pelo Senhor Francisco Augusto Pereira Desideri memorial em que esse responsável, revel na fase de citação, apresenta extenso arrazoado sobre diversos aspectos da contratação, inclusive acerca do sistema de custos de referência, além de questões jurídicas afetas à repercussão geral acolhida recentemente pelo STF no tema 899 (peça 123, p. 14). Faz, ao final, pedido de “reconhecimento da prescrição com base no inciso II do art. 6.º da IN/TCU Nº 71 e/ou pelas razões expostas na prescritibilidade de eventuais danos oriundos do Contrato PG-233/96, em analogia ao entendimento ofertado pela Corte Suprema no julgamento do RE. 852475/SP” (peça 123, p. 39-40).

9. Feita essa breve contextualização dos autos, temos por devido examinar preliminarmente a questão da prescrição, em razão da repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). A decisão desse julgamento foi publicada em 20/4/2020, enunciando-se a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

10. Diante deste novo cenário, deve ser analisada a arguição da matéria suscitada pelo Senhor Francisco Augusto Pereira Desideri em memorial acostado ao processo, levando-se em consideração o recente pronunciamento do STF, com o fim de verificar a aplicação, à hipótese dos autos, do novo entendimento firmado sobre o sentido e o alcance do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal. Mesmo que se tenha como devida a manutenção da proposta do último parecer quanto a esse responsável (peça 108) – arquivar suas contas, sem julgamento de mérito, por restar caracterizado prejuízo à ampla defesa –, a qual independe desse exame, e ainda que ele não tivesse levantado a discussão, trata-se de questão objetiva e de ordem pública, portanto, passível de ser reconhecida independentemente de provocação da parte.

Prescritibilidade da pretensão reparatória fundada em decisão do Tribunal de Contas

11. Como mencionado, a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). Por ocasião do julgamento do RE, foi fixado o entendimento de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

12. Para melhor compreensão do alcance dessa tese, cumpre transcrever trecho do voto condutor daquele julgamento, da lavra do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

“Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível.”

13. Não resta dúvida, portanto, que o STF sedimentou o entendimento de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em decisões do TCU, excepcionando apenas aquelas ações que configurem atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei n.º 8.429/92.

14. Impende salientar que o instituto da repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, os processos idênticos sejam atingidos. No regime da repercussão geral introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o STF divulga previamente a conclusão sobre a questão constitucional controversa exatamente para possibilitar sua utilização imediata como orientação aos demais órgãos julgadores, sendo certo que esse efeito *erga omnes* também atinge o TCU na apreciação das matérias de sua competência.

15. Não se olvide ainda do entendimento consolidado da Suprema Corte no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o **julgamento imediato** de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do “*leading case*” (ARE 673.256-AgR, rel. Min. Rosa Weber; ARE 930.647-AgR/PR, rel. Min. Roberto Barroso; RE 611.683-AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros).

16. Adicionalmente, deve ser considerado que a prescrição e a decadência são matérias de ordem pública que podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição e, inclusive, ser reconhecidas de ofício pelo julgador, o que nos leva à convicção de que o novo entendimento veiculado pelo RE 636.886 (tema 899) tem aplicação imediata a todos os processos em curso no TCU, independentemente da época da ocorrência dos fatos.

Prescritibilidade das pretensões reparatória e executória

17. Embora a controvérsia dirimida no RE 636.886 tenha sido circunscrita à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de acerto, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus reflexos também no que diz respeito à prescrição reparatória.

18. Observa-se que, para resolver a lide, o STF concluiu que a ressalva constante da parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”) não criou uma hipótese de imprescritibilidade apta a alcançar as decisões dos Tribunais de Contas. É o que se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

“A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS [expressão excluída por emenda do Plenário quando da apresentação do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização], teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.”

19. Ocorre que, no âmbito do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5.º, da CF, era a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade tanto na fase condenatória como no curso da execução dos títulos extrajudiciais consubstanciados nos seus acórdãos.

20. Nesse diapasão, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta das razões de decidir utilizadas na paradigmática decisão da Corte Suprema, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

Regras prescricionais aplicáveis

21. Na situação específica do RE 636.886, que tratou da prescrição da pretensão ressarcitória na fase de execução de julgado do TCU, o STF aplicou as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional).

22. As regras da Lei de Execução Fiscal, no entanto, não se prestam a disciplinar a prescrição da pretensão reparatória do TCU na fase anterior à formação do respectivo título executivo extrajudicial consubstanciado em seu acórdão condenatório.

23. Ocorre que não há norma legal específica que discipline a prescrição no processo de controle externo, o que faz necessária a utilização da analogia para suprir essa lacuna, buscando-se um sistema normativo já existente que seja mais compatível com as atividades de identificação de dano e de imputação de responsabilidades levadas a efeito pelo TCU.

24. Aqui defendemos que deva ser aplicado o mesmo marco normativo prescricional tanto para a pretensão punitiva do Tribunal quanto para a sua pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Isso se justifica na medida em que o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao Tribunal de Contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, independentemente do desfecho do processo (imputação de débito ou aplicação de sanções). Ademais, sob a perspectiva do tempo como vetor da segurança jurídica e da própria prescrição como elemento indissociável do devido processo legal, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa do responsável. E sua defesa normalmente se refere a fatos em relação aos quais teve participação ou conhecimento, independentemente de, após a apuração, as consequências de sua responsabilidade se situarem no âmbito do ressarcimento ou da sanção.

25. Cabe pontuar que houve ampla discussão acerca da prescrição da pretensão punitiva no Tribunal, que culminou com a adoção do prazo de dez anos do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário), em detrimento do regime de prescrição quinquenal da Lei n.º 9.873/1999, o qual então nos parecia mais adequado, conforme expusemos detalhadamente em manifestação exarada nos autos do TC 020.635/2004-9.

26. Naquela oportunidade, já não vislumbrávamos fundamentos jurídicos sólidos para a adoção do Código Civil como referencial analógico a ser utilizado pelo Tribunal de Contas da União em matéria de prescrição, senão apenas uma aparente escolha conservadora pelo prazo mais dilatado para o exercício da jurisdição de Controle Externo.

27. Parecia-nos que a opção pelo prazo prescricional quinquenal previsto na Lei n.º 9.873/1999 era a mais consentânea com a atuação estatal de Controle Externo, por dispor expressamente sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, como também por prever o lustro como o prazo para o perecimento do direito de agir da Administração Pública.

28. Com efeito, embora o controle externo não seja exercido com respaldo no poder de polícia mencionado no art. 1.º do diploma legal *supra*, a atuação punitiva de ambos apresenta mais similaridades do que diferenças, autorizando o uso da analogia. Uma das semelhanças é a inexistência de partes em ambos os processos administrativos, tanto o punitivo derivado do poder de polícia quanto aquele exercido pelo TCU, nos quais, também, o órgão estatal exerce independentemente de provocação de outrem o direito de perseguir e de punir (*jus persequendi* e *jus puniendi*), aproximando as duas esferas de atuação sobremaneira.

29. Ademais, observávamos que a Lei n.º 9.873/1999 disciplinava a prescrição em sua integralidade, estabelecendo um prazo geral de 5 anos, incidente sobre todo e qualquer fato que enseja a pretensão punitiva da União, com disposições sobre termo inicial de contagem do prazo, interrupção e suspensão.

30. Também a previsão da prescrição intercorrente no prazo de 3 (três) anos (art. 1.º, § 1.º, da lei) se afigura medida harmônica com o exercício do Controle Externo, como forma de evitar que a inércia e morosidade do Poder Público se estendam indefinidamente, constituindo importante instrumento de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, que recomendava a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

31. De todo modo, o Tribunal perfilhou entendimento diverso, tendo uniformizado sua jurisprudência quanto à prescrição da pretensão punitiva com a adoção do prazo decenal geral do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário).

32. No entanto, entendemos que, com o recente reconhecimento da prescritibilidade do débito pelo STF, faz-se necessário revisitar toda a matéria.

33. Em situações que versavam sobre sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário. Houve decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que a pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei n.º 9.873/1999 (1.ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2.ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

34. A matéria foi objeto de detalhada análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-Plenário, o STF manifestou-se em sentido diverso, nos termos da seguinte ementa:

“Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...)”

35. O critério utilizado pelo STF no exame da prescrição punitiva pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

36. Cabe destacar que o prazo de cinco anos fixado na Lei n.º 9.873/1999 é compatível com a diretriz de que a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886).

37. Ressalte-se, ainda, que, na ausência de norma em contrário, o princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto n.º 20.910/1932.

38. Além disso, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

39. No que toca às causas interruptivas, vale ressaltar que, nos julgamentos dos Mandados de Segurança 32.201 e 36.067, o Supremo Tribunal Federal descortinou diversos procedimentos de controle que se enquadrariam analogicamente às hipóteses previstas no art. 2.º da Lei n.º 9.873/99, a exemplo de lavratura de relatório de auditoria, certamente um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), instauração de tomada de contas especial, também um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), autuação da TCE no Tribunal, do mesmo modo (art. 2.º, II), citação do responsável (art. 2.º, I), e exercício do poder punitivo por meio da prolação de acórdão condenatório (art. 2.º, III).

40. Por fim, cumpre transcrever trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 636.886, em que justifica a adoção supletiva do art. 1.º da Lei n.º 9873/99 para o deslinde da questão:

“Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, mutatis mutandis, como poder de polícia administrativa lato sensu, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.”

41. Isto posto, até que sobrevenha norma específica, entendemos que a adoção do regime previsto na Lei n.º 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

Exame da prescrição

A) Histórico da Tomada de Contas Especial

42. O Contrato PG 233/96 (peça 9, p. 20-23), firmado em 17/12/1996, objetivou a prestação de serviços emergenciais de recuperação do corpo estradal na rodovia BR-226/MA. Para a execução da obra, o 15.º DRF/DNER contratou a empresa Planor Construções e Comércio Ltda., pelo valor total de R\$ 2.914.050,53 (nov/1996 – peça 114, p. 1).

43. As obras foram executadas entre dezembro de 1996 e novembro de 1997, tendo sido recebidas mediante termo datado de 7/7/1998 e assinado por servidores da administração contratante, bem como por preposto da empreiteira (peça 10, p. 13-16 e 28-29).

44. Em março de 2002, com fundamento no item 8.1 da Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário, a então Secex/MA realizou a Fiscalização 35/2002, tendo como objeto diversos contratos firmados pelo então 15.º DRF/DNER para execução de obras de restauração e conservação rodoviária no estado do Maranhão. Nessa ação de controle, especificamente em relação ao Contrato PG-233/96, verificou-se a ocorrência de indícios de superfaturamento, estimados, à época, em R\$ 710.397,65 (nov/1996 – peça 10, p. 30 e peça 11).

45. Em julho de 2005, os autos foram encaminhados à então Secretaria de Obras (Secob) para exame da matéria. Em dezembro de 2006, a Unidade Técnica finalizou suas análises, culminando na emissão de parecer em que confirmou a ocorrência de superfaturamento em diversos ajustes. No que diz respeito ao Contrato PG-233/96, reduziu o valor excedente apurado inicialmente para R\$ 298.297,29 (nov/1996), que corresponde a 11,4 % do valor total do ajuste.

46. A Secex/MA elaborou, em 6/9/2007, uma nova instrução, na qual propôs a autuação de diversos processos de TCE, inclusive em relação ao Contrato PG-233/96. Ademais, sugeriu o retorno dos autos à Secob para análises complementares a respeito de questões relativas a alguns dos contratos em exame, não estando entre estes o ajuste objeto desta TCE.

47. Em 16/4/2009, a Secob emitiu novo parecer com restituição dos autos à Secex/MA para ajustes na sua instrução, que não tinham relação com as questões referentes ao Contrato PG-233/96.

48. Depois da derradeira manifestação da Secex/MA, de 14/7/2009, bem como de parecer do Ministério Público Junto ao TCU, de 2/12/2009, o Tribunal, por meio do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, Ministro Relator José Múcio Monteiro, determinou a conversão do TC 005.741/2002-0 em onze apartados de Tomada de Contas Especial, dentre os quais consta o presente processo.

49. Neste TC 041.556/2012-7, e após a prolação do Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, foram feitas as citações dos responsáveis (peças 18 a 24), cujos avisos de recebimento datam de abril

de 2013 (peças 26, 27, 30, 33, 39 e 40). Em 1/10/2014, transcorrido longo ciclo de comunicações, a Secex/MA emitiu instrução de mérito.

50. Todavia, em despacho de 17/3/2015, o Ministro José Múcio Monteiro ordenou que este processo de TCE voltasse à origem para exame, devido à apresentação de novos elementos, subscritos pelo representante legal do Senhor Wolney Wagner de Siqueira.

51. Efetuadas novas análises do processo pela Secex/MA em 11/6/2015, este Ministério Público manifestou-se sobre os autos em 5/9/2016, oportunidade em que propugnou pela exclusão de responsáveis no processo, e também pela necessidade de recálculo do débito, conforme as razões já discorridas no início deste parecer.

52. Atendendo à proposta deste *Parquet*, o então Ministro Relator José Múcio Monteiro, em despacho de 15/9/2016, determinou o retorno dos autos à Unidade Técnica para novo pronunciamento, com vistas à reavaliação do valor do débito, à luz das considerações então trazidas pelo MP/TCU.

B) Exame da prescrição no caso concreto

53. Quanto à prescrição, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1.º, caput), e um prazo especial, previsto no art. 1.º, § 2.º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”. Com relação a essa particular hipótese, registre-se o entendimento do STJ no sentido de que a pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal (REsp 1116477/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012). Como não há notícia nos autos sobre a instauração de ação penal que verse sobre os fatos objeto desta TCE, cumpre-nos adotar o prazo geral quinquenal para a análise da prescrição no caso concreto.

54. Consoante a regra contida no art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999, o termo inicial para contagem do prazo prescricional deve ser fixado no momento em que foi praticado o ato irregular, que, no caso do superfaturamento em tela, por se constituir infração continuada, entendemos ser a data do último pagamento efetuado no âmbito do Contrato PG-233/96, em **12/3/1999** (peça 11, p. 10).

55. A primeira ação fiscalizatória sobre o objeto desta TCE se deu em 5/9/2001, já no âmbito do controle externo, quando foi prolatada a Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário, que autorizou a realização de auditoria em diversos contratos de obras rodoviárias no Estado do Maranhão.

56. A partir dessa deliberação, e já iniciado o transcurso do prazo de prescrição quinquenal em 12/3/1999, observa-se a superveniência de alguns marcos temporais que, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 9.873/1999, interromperam essa contagem – notificação/citação dos acusados (inciso I); ato inequívoco que importe apuração do fato (inciso II); decisão condenatória recorrível (inciso III); ou qualquer expediente que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal (inciso IV) –, a saber (todas as referências seguintes foram extraídas do TC 005.741/2002-0):

i) **4/3/2002** – início da auditoria, em cumprimento à Decisão n.º 693/2001-TCU-Plenário (peça 2, p. 2) – inciso II;

ii) **18/6/2002** – despacho do Ministro Relator que autoriza a realização das audiências propostas pela Unidade Técnica e respectivas comunicações (peça 4, p. 5) – inciso I;

iii) **22/3/2005** – despacho do Ministro Relator para manifestação do MP/TCU (peça 5, p. 48), logo após período de exame das razões de justificativa pela Unidade Técnica, com extenso número de ajustes e responsáveis envolvidos na ação de controle, cuja etapa de análise finalizou em 16/3/2005 (peça 99, p. 17) – inciso II;

iv) **15/7/2005** – emissão de parecer pelo *Parquet* nos autos (peça 5, p. 53) – inciso II;

v) **21/7/2005** – despacho do Ministro Relator em que encaminha os autos à então Secob para manifestação (peça 99, p. 18) – inciso II;

vi) **14/12/2006** – instrução da Secob, com confirmação da ocorrência de superfaturamento (peça 100, p. 30) – inciso II;

vii) **12/11/2007** – emissão de parecer do Secretário após instrução da Secex-MA, em que foi proposta a autuação de diversas tomadas de contas especiais, inclusive para o Contrato PG-233/96 (peça 118, p. 3) – inciso II.

57. Depois desse trâmite, houve ainda novas atuações das unidades técnicas então envolvidas no saneamento dos autos (Secex-MA e Secob), porém, sem que a discussão adentrasse o Contrato PG-233/96, que só voltou a ser objeto de considerações finais em derradeira manifestação da Secex-MA, de **5/10/2009** (peça 120, p. 59), oportunidade em que esteve presente na proposta de encaminhamento a criação de apartados para a instauração de TCE específica para cada contrato com indícios de dano no âmbito do TC 005.741/2002-0 (inciso II). Em continuidade ao deslinde processual, novos marcos interruptivos da prescrição se mostraram presentes:

i) **2/12/2009** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 120, p. 62, do TC 005.741/2002-0) – inciso II;

ii) **9/11/2011** – prolatado o Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, que, entre outras medidas, determinou a criação de apartados de tomadas de contas especiais para os contratos relacionados na deliberação – inciso III;

iii) **abril de 2013** – avisos de recebimento dos ofícios de citação dos responsáveis (peças 26, 27, 30, 33, 39 e 40 do TC 041.556/2012-7) – inciso I;

iv) **28/10/2014** – instrução de mérito da Secex-MA com análise das alegações de defesa apresentadas (peças 81 e 82 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;

v) **22/1/2015** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 88 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;

vi) **17/3/2015** – despacho do Ministro Relator em que requer exame de novos elementos apresentados por responsável (peça 90 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;

vii) **28/7/2015** – instrução da Secex-MA de exame dos novos elementos apresentados por responsável (peças 104 a 106 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;

viii) **5/9/2016** – emissão de parecer pelo MP/TCU (peça 108 do TC 041.556/2012-7) – inciso II;

x) **23/3/2020** – instrução da Unidade Técnica para cumprimento do despacho do Ministro Relator à peça 109 dos autos (peças 116 a 118 do TC 041.556/2012-7) – inciso II.

47. Feito esse retrospecto, e não obstante tratar-se de convênio firmado e executado há mais de vinte anos, entendemos que não houve a ocorrência da prescrição quinquenal que pudesse inviabilizar o julgamento desta TCE pelo Tribunal, dada a prática de atos interruptivos previstos na legislação de referência ao longo do desenvolvimento processual.

Análise de Mérito

48. Vencida a preliminar e diante da conclusão de que não houve, nestes autos, a superação do prazo prescricional previsto na Lei n.º 9.873/1999, passa-se à análise do mérito desta TCE, levando-se em conta a manifestação técnica da SeinfraRodoviaAviação, emitida nos autos às peças 116 a 118.

49. De início, reiteramos, em linhas gerais, a proposta consignada em parecer precedente (peça 108) quanto à responsabilização neste processo: tendo em vista o decurso de prazo superior a dez anos 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., configurou-se prejuízo ao pleno exercício da defesa e contraditório, razão pela qual propusemos que as respectivas contas fossem arquivadas, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU.

50. Por outro lado, mantida a responsabilidade dos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento, e considerando a tese ora defendida quanto à prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva, divergimos do afastamento da aplicação de

multa a esses gestores com base no Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, anteriormente aventada. Isso porque, pela Lei n.º 9.873/1999, o prazo prescricional não foi alcançado, permanecendo, assim, os fundamentos não apenas para a obrigação de recompor o erário, como também para a aplicação da multa fundamentada no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

51. Outrossim, da manutenção da solidariedade aos responsáveis remanescentes, antes citados, cabe rever, nesta oportunidade, o caso do Senhor José Ribamar Tavares, relativamente às penalidades a ele dirigidas, uma vez que há notícia nos autos de seu falecimento, ocorrido em 9/6/2015, conforme registro presente no Sisobi (peça 126).

52. Consoante o disposto nos incisos XLV, primeira parte, e XLVI, *caput*, do artigo 5.º, da CF/88, a punição é individualizada e tem caráter personalíssimo, não podendo, pois, passar da pessoa do apenado. Portanto, diante da notícia do seu falecimento, a aplicação de multa ao Senhor José Ribamar Tavares deve ser, de imediato, excluída da proposta de mérito desta TCE. Ademais, mantido o débito, ainda que permaneça a obrigação de ressarcimento ao erário pelos seus sucessores, entendemos não ser oportuno realizar a citação do espólio nesta fase processual, uma vez que já se passaram mais de vinte anos desde a execução da avença em tela, o que claramente configura prejuízo à ampla defesa e ao contraditório aos seus representantes – que seriam chamados aos autos pela primeira vez neste momento –, a inviabilizar a aplicação do instituto da solidariedade nessas circunstâncias. Nada obsta, porém, o julgamento pela irregularidade das contas desse responsável, uma vez confirmado o dano apurado.

53. Feitas essas considerações iniciais, passamos a enfrentar a questão central que justificou o retorno do processo à Unidade Técnica nesta última feita: a realização de exame complementar para aplicar nova metodologia de cálculo do superfaturamento no Contrato PG n.º 233/96, tendo em vista o emprego das suas premissas na identificação do débito em outra TCE originária do TC-005.741/2002-0 (TC-041.554/2012-4), que possui objeto similar ao deste processo.

54. Tal demanda foi sugerida por este *Parquet* em última manifestação nos autos (peça 108), considerando a tese defendida no voto que acompanha o Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler), e objetivou uniformizar o tratamento concedido a ajustes que, a nosso ver, em primeira avaliação, estavam submetidos a um mesmo contexto e possuíam particularidades semelhantes. Na deliberação mencionada, para o cálculo do superfaturamento, admitiu-se que em determinadas obras rodoviárias, ainda que licitadas e contratadas sob a égide do Sicro 1, os parâmetros de orçamentação do Sicro 2 refletiriam melhor a realidade dos serviços na prática, quando a execução tiver sido realizada sob sua vigência.

55. Em pareceres uniformes, a SeinfraRodoviaAviação foi enfática ao rejeitar o emprego da nova metodologia suscitada, utilizando-se das composições de custo unitário do Sicro 2 na análise de preços desta TCE, cujas obras foram não apenas contratadas, como também executadas quando ainda se encontrava vigente o sistema precursor, o Sicro 1.

56. Em sua avaliação, a Unidade Técnica enumera diversos aspectos que concorreriam para estabelecer fragilidades no resultado final da análise de preços a partir da mudança pretendida.

57. Nessa linha, aduz que os sistemas de referência de custos de obras mantêm a tônica da temporalidade – o que encontra fundamento, inclusive, em decisões recentes desta Corte de Contas (Acórdãos n.ºs 2.511/2015, 278/2008, 1.194/2018, 2.751/2018 e 1.624/2018, todos do Plenário) –, sendo que a metodologia sugerida não atende a esse parâmetro: a obra foi planejada, contratada e executada na vigência do Sicro 1 e foi realizada antes da constatação de que o sistema necessitava de ajustes face a novas tecnologias, o que só ocorreu em 1998. A primeira versão do Sicro 2 (outubro/2000) só foi disponibilizada mais de quatro anos depois de o Contrato PG 233/96 ter sido formalizado e dois anos depois de as obras terem sido concluídas.

58. Acrescenta que a utilização de diferentes edições dos sistemas referenciais, em especial do Sicro, para realizar a orçamentação de uma mesma obra, proporciona invariavelmente a obtenção de valores não coincidentes, até mesmo com significativas diferenças, o que conduz a situações de insegurança jurídica tanto para Administração quanto para os jurisdicionados, por não possibilitar uma definição precisa do valor de referência.

59. Sobre isso, a Unidade Técnica ressalta que Sicro 1 e Sicro 2 possuem arquiteturas diferentes, cujas concepções distintas podem distorcer os resultados quando se tenta passar de um sistema de referência a outro, a começar pela dificuldade inicial que se apresenta na escolha do tipo de composição de preço a ser utilizada, considerando os grandes grupos de orçamentação desses dois bancos de custos (peça 116, p. 10). Há também diferença entre eles, por exemplo, quanto ao cálculo do custo improdutivo dos equipamentos, que no Sicro 1, contempla tanto a depreciação como a mão de obra, enquanto no Sicro 2, é considerada somente a mão de obra (peça 116, p. 10).

60. Não obstante sua posição divergente, com vistas a atender à demanda submetida, a Unidade Técnica realizou reanálise dos preços dos serviços executados nas obras, utilizando-se das composições do Sicro 2 em conjunto com os custos (insumos, equipamentos e mão de obra) da época da licitação que antecedeu o Contrato PG 233/96, quando vigia o Sicro 1, alternativa metodológica que denominou “sistema híbrido de orçamentação”.

61. Ainda que a sistemática do “sistema híbrido de orçamentação” tenha mais confiabilidade que aquela consistente na retroação de valores orçados em datas-bases com significativo lapso temporal entre elas – utilizada pela empresa em suas alegações de defesa e alternativa metodológica prontamente rechaçada pela SeinfraRodoviaAviação –, foi também objeto de contestação no parecer. Nesse sentido, argumentou que tal metodologia, além de não observar o atributo da temporalidade, “vai depender sempre de adaptações e inferências ou considerações que inequivocamente culminarão em fragilidades nos cálculos” (peça 116, p. 9). Reforça esse entendimento com a orientação sinalizada pelo Dnit recentemente, a partir da implantação do Novo Sicro em 2017, em substituição ao Sicro 2, que assim dispõe (peça 116, p. 9):

É imprescindível destacar que os novos orçamentos a serem elaborados, a partir da divulgação do mês-base de janeiro de 2017, **não devem utilizar, sob nenhuma circunstância, composições de custos e parâmetros de sistemas diferentes**, ou seja, Sicro 2 ou novo Sicro, sob risco de ocorrência de graves distorções em função dos **tratamentos diferenciados dados aos custos diretos e indiretos nos referidos sistemas**. (grifos nossos)

62. No emprego da metodologia híbrida, a Unidade Técnica procedeu a algumas adaptações pontuais, como por exemplo a inclusão do percentual de adicional de mão de obra nas CPUs do Sicro 2, em atendimento à IS/DG 15/2006 – DNIT. Outrossim, foram mantidas as premissas de cálculo já acatadas pelo Tribunal no âmbito deste processo. Adicionalmente e com o intuito de demonstrar a fragilidade dos cálculos, a Seinfra ainda ponderou que a sistemática adotada poderia abarcar outras interpretações com resultados díspares para o orçamento da obra, de modo que, para exemplificar, estimou a influência de duas alterações pontuais dessa natureza. Chegou, assim, aos seguintes resultados, comparativamente àquele obtido pelos cálculos anteriores no processo (peça 116, p. 19):

Valor original do contrato (nov/1996)	Análise da ocorrência de superfaturamento		
	Sistema	Preço de referência (nov/1996)	Superfaturamento (nov/1996)
R\$ 2.914.050,53	Sicro 1	R\$ 2.615.753,24	R\$ 298.297,29
R\$ 2.914.050,53	Sicro 2 sem ajuste*	R\$ 3.067.786,92	R\$ -153.736,39
R\$ 2.914.050,53	Sicro 2 com ajuste**	R\$ 2.940.572,88	R\$ -26.522,34

* Uso de composições de custo do Sicro 2 que mais se aproximam daquelas encontradas no Sicro 1;

** Contempla a incorporação de novas tecnologias de execução dos serviços previstas no Sicro 2: troca de patrulhas com carregadeira e trator de esteira por patrulha com escavadeira nas CPUs de ECT, e a exclusão do caminhão basculante nas CPUs de “Reforço do subleito” e “Recomposição do revestimento primário”.

63. A Unidade Técnica aponta que os ajustes realizados empregando a mesma base de custos (Sicro 2) – e adotados a partir da possibilidade de incorporação de novas metodologias de execução de serviços ao orçamento, conforme pressuposto contido no Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário – evidencia a significativa variação que podem ensejar no resultado dos cálculos, com prejuízo à confiabilidade dos valores finais, “acarretando insegurança quanto aos novos preços de referência orçados” (peça 116, p. 19). Acrescenta que tais ajustes foram exemplificativos e que outros poderiam ser justificáveis e, talvez, levar a um novo e imprevisível resultado, inclusive com possível acréscimo do superfaturamento (peça 116, p. 20). Com efeito, traz a seguinte conclusão (peça 116, p. 23):

Ao fim, reafirmou-se que a utilização de um sistema de referência diverso daquele vigente à época da licitação, contratação e execução das obras acarreta, em regra, a necessidade de se incorrer em inúmeras considerações, algumas delas de caráter subjetivo, conduzindo à fragilidade dos cálculos realizados. De outra forma, na falta de dados necessários para o recálculo de uma obra segundo um novo sistema de referência, são feitas inferências naturalmente frágeis, as quais podem ser facilmente alteradas prejudicando a representatividade da análise do orçamento. Considerou-se prova dessa assertiva, os inúmeros resultados possíveis de serem alcançados apenas com mudanças pequenas de concepção do orçamento (Exame Técnico – item III.3).

64. Não obstante tais considerações, aplicáveis ao emprego do Sicro 2 como base referencial, a Unidade Técnica registrou, para fins ilustrativos, reparo pontual nos cálculos que têm como base o Sicro 1, com a utilização de apenas um BDI para as composições, de modo a melhorar, ainda mais, sua representatividade. Tal medida levou à redução do superfaturamento até então identificado, conforme dados abaixo (peça 116, p. 21):

Valor original analisado do contrato (nov/1995)	Preço de referência – Sicro 1 com alterações (nov/1995)	Superfaturamento (nov/1995)
R\$ 2.914.050,53	R\$ 2.736.284,6	R\$ 177.765,85

65. Mesmo que a Unidade Técnica tenha efetuado o reparo acima com a finalidade apenas de ilustrar uma melhoria possível em relação aos cálculos anteriores de superfaturamento, ou ainda que as premissas quanto ao emprego de BDI diferenciados para o valor referencial já tenham sido acolhidas pelo Acórdão n.º 2.948/2011-TCU-Plenário, nada obsta que esse ajuste seja acatado nesta oportunidade, uma vez que tecnicamente justificável (peça 116, p. 20).

66. Outrossim, diante da minuciosa análise técnica empreendida pela Seinfra, bem como sua detalhada contextualização sobre os sistemas de preços de obras, em especial, do Sicro 1 e 2, temos como devido rever a aplicação da tese defendida no Acórdão n.º 1.607/2015-TCU-Plenário a este caso concreto. Assim, acompanhamos a conclusão da Unidade Técnica no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96, segundo orçamentação de referência realizada, exclusivamente, com base no Sicro 1.

67. De fato, na avença em tela, as obras previstas foram executadas entre dezembro de 1996 e novembro de 1997, antes, portanto, de que o próprio Dnit indicasse a necessidade de atualização do seu banco de custos. Esse contexto não comporta, assim, relevante premissa considerada naquela deliberação, que justificou a utilização de composições de custo do Sicro 2 para fins de cálculo do superfaturamento: a execução dos serviços no caso enfrentado se deu em sua maior parte sob a vigência desse sistema, de modo que seus parâmetros melhor refletiam a realidade tecnológica do momento.

68. Por fim, dado o período de execução do Contrato PG 233/96 e a inaplicabilidade da tese empregada no TC-041.554/2012-4, convém registrar que eventual adoção de novas tecnologias que poderiam justificar a alteração do sistema de referência não pode ser presumida, especialmente quando as obras foram licitadas, contratadas e executadas antes da vigência do novo referencial, como é o caso. Assim, caberia aos responsáveis trazer aos autos elementos que confirmassem a antecipação do uso desses equipamentos e materiais mais avançados no período que antecede seu emprego como padrão metodológico dentro de um banco de custos. Devidamente demonstrada essa situação, não vemos impedimento para estabelecer ajustes nesse sentido. Porém, até o momento, a análise da Unidade Técnica deve prevalecer para o presente encaminhamento de mérito do processo.

69. Diante de todo o exposto, considerando a proposta contida na instrução à peça 104 dos autos, esta representante do Ministério Público se manifesta:

I) em razão do prejuízo ao pleno exercício da defesa dos Senhores Francisco Augusto Pereira Desideri, Wolney Wagner de Siqueira e Maurício Hasenclever Borges e da empresa Planor Construções e Comércio Ltda., pelo arquivamento das contas desses responsáveis, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU;

II) pela responsabilidade dos Senhores José Ribamar Tavares, Gerardo de Freitas Fernandes e Pedro Deodato de Amorim Nascimento pelo superfaturamento na execução do Contrato

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

PG n.º 233/96, não tendo sido verificada a prescrição das pretensões ressarcitória e punitiva no presente caso, nos termos da Lei n.º 9.873/1999;

III) em decorrência do óbito do Senhor José Ribamar Tavares e persistindo sua responsabilidade pelo dano, por julgar-lhe irregulares as contas, sem, contudo, aplicar-lhe a multa fundamentada no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992, mostrando-se inoportuna, na atual fase dos autos, a citação do espólio;

IV) de acordo com a conclusão uniforme da SeinfraRodoviaAviação em pareceres às peças 116/118 dos autos, no sentido de manter o cálculo original do superfaturamento apurado no Contrato PG 233/96 segundo método de orçamentação realizado, exclusivamente, com base no Sicro 1, considerando o ajuste no cálculo para incorporar a incidência de BDI único de referência, de modo a alcançar o valor total de R\$ 177.765,85 (peça 116, p. 21).

Ministério Público de Contas, 17 de novembro de 2020.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral