

Processo TC-041.555/2012-0 (com 198 peças)
Tomada de Contas Especial
Recurso de Reconsideração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Em face do que restou apurado nos autos, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposição oferecida pela Secretaria de Recursos – Serur, no sentido de o Tribunal (peças 196/8):

- a) não conhecer do recurso interposto pelo sr. Francisco Augusto Pereira Desideri (peça 119) contra o Acórdão 2.662/2014 – Plenário (peça 76);
- b) conhecer dos recursos interpostos pelos srs. José Ribamar Tavares (peça 124), Gerardo de Freitas Fernandes e José Orlando Sá de Araújo (peça 82) e, no mérito, negar-lhes provimento;
- c) comunicar a decisão que vier a ser adotada ao Ministério dos Transportes, ao Dnit, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, à Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados e aos recorrentes, bem como aos demais interessados.

O débito quantificado neste processo teve origem em sobrepreço em medições liquidadas e pagas no âmbito do Contrato PG-234/96-00 (peça 7, pp. 26/9, 36/7 e 45/6, e peças 16/22), celebrado entre o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e a empresa Íter Engenharia de Construções Ltda., CNPJ 08.730.731/0001-02, objetivando a execução de obras de recuperação do corpo estradal na Rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-Divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO (peça 79, p. 2, item 10).

Em agosto de 2015, o valor da dívida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, totalizava R\$ 2.967.757,80 (peça 161, p. 2).

A questão controvertida principal diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de utilização do Sicro como referencial de preços máximos à época dos fatos (1996/1997).

A unidade técnica especializada abordou de forma apropriada os aspectos suscitados pelos srs. José Ribamar Tavares (ex-chefe do 15º Distrito Rodoviário Federal do DNER), Gerardo de Freitas Fernandes (ex-chefe do Serviço de Engenharia Rodoviária do 15º DRF/DNER) e José Orlando Sá de Araújo (ex-chefe do R. 15/3 - 15º DRF/DNER).

Em acréscimo ao exame feito pela Serur, o Ministério Público de Contas tece as considerações a seguir em relação às razões recursais do sr. José Ribamar Tavares (peça 124).

A alegação de cerceamento de defesa, por não ter sido intimado/notificado, no curso da instrução, das providências determinadas pelo relator e do cumprimento destas providências pela Secob ou pela Secex/MA (peça 124, pp. 7/12), não merece prosperar.

Especificamente, o argumento do sr. José Ribamar, em preliminar, é de que *“requereria o Recorrente a anulação desta TCE a partir de 13/05/2013 para que, doravante, o Recorrente possa contraditar todas as provas que foram produzidas nestes autos”*, considerando, em síntese, que:

a) *“qualquer documento juntado ou desentranhado dos autos não pode ficar em desconhecimento do legítimo interessado. E o ora Recorrente o é. Assim, o Recorrente tinha interesse jurídico em ter sido devidamente intimado/notificado das providências determinadas e da juntada, ou mesmo do desentranhamento, de qualquer documento”* (peça 124, p. 10);

b) *“(…) muitas seriam as provas que poderiam ser requeridas e/ou produzidas autonomamente pelo Recorrente, acaso tivesse tido a oportunidade de falar contemporaneamente nos autos. Afinal, um processo do porte e da envergadura de uma TCE não pode ser deixado ao alvedrio apenas desse Eg. Tribunal, como se a TCE fosse um processo inquisitorial onde somente seria*

permitido produzir a prova (desse Eg. Tribunal contra o Recorrente), mas não a contraprova (do Recorrente contraditando ou, mesmo, anulando a prova). São quinze milhões de reais [???] que estão sendo imputados ao Recorrente. O mínimo que se poderia esperar, portanto, seria o respeito irrestrito ao contraditório, quer dizer, ao ir e vir, à ida e à volta, enfim, à prova e à contraprova” (peça 124, pp. 11/2).

No rito processual vigente no âmbito desta Corte (v.g., artigos 12, inciso II, da Lei 8.443/1992 e 163 do Regimento Interno/TCU), em havendo débito, a instauração do contraditório se dá por meio da regular citação, oportunidade em que o responsável recebe, entre outras, as seguintes informações complementares (peça 20, p. 5):

“1) O Tribunal, em respeito ao princípio da ampla defesa, encontra-se à disposição, por meio de suas Secretarias, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais dúvidas ou sobre procedimentos a serem adotados, efetuar a atualização de dívida, em caso de débito e/ou multa, bem como conceder vista e cópia dos autos, caso solicitados.

2) É possível requerer vista eletrônica dos autos, por meio do Portal TCU (www.tcu.gov.br > aba cidadão, serviços e consultas > e-TCU Processos > vista eletrônica de processos), exceto no caso de processos/documentos sigilosos. Para tanto, devem ser providenciados o credenciamento e a habilitação prévia do responsável e/ou do procurador, no endereço eletrônico mencionado.”

No caso concreto, após o engenheiro José Ribamar ter sido citado (peças 20 e 28) e obtido prorrogação de prazo para apresentação de alegações de defesa (peças 27 e 45/6) e cópia integral dos autos (peça 35), foram juntados ao processo diversos elementos, como, por exemplo, alegações de defesa do sr. Gerardo de Freitas Fernandes (peça 48) e da Iter Engenharia de Construções Ltda. (peça 52), bem como instruções da unidade técnica (peças 61/2 e 68/9), até que, posteriormente a diversos desdobramentos processuais, sobreveio o Acórdão 2.662/2014 – Plenário, por meio do qual o sr. José Ribamar foi condenado em débito (peça 76).

Sobre os argumentos do sr. José Ribamar, não há previsão legal nem regimental para a intimação que o recorrente requer. Nos termos do Acórdão 2.053/2016 – Plenário (Boletim de Jurisprudência TCU 140/2016), também “*não caracteriza inobservância do devido processo legal a ausência de intimação do responsável para que apresente manifestação após a emissão de parecer pelo Ministério Público junto ao TCU, pois não há previsão legal ou regimental para tal intimação*”.

Ressalvadas as comunicações de que trata o artigo 30 da Lei 8.443/1992, as quais devem ser feitas, de ofício, pelo TCU (v.g., citação, audiência, diligência e notificação), cabe ao responsável a iniciativa de acompanhar a tramitação processual e de trazer aos autos as provas de sua defesa, vale dizer, cabe à parte a prática dos atos processuais de seu interesse.

Seguem alguns precedentes acerca da matéria:

a) “*o processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/92 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas. É da iniciativa do responsável trazer aos autos as provas de sua defesa, prescindindo de autorização do Tribunal para tanto*” (Acórdão 2.262/2015 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 99/2015);

b) “*compete ao responsável pela execução do convênio produzir prova acerca da regular aplicação dos recursos repassados pela União, inclusive a prova pericial, prescindindo, para tanto, de prévia autorização do TCU*” (Acórdão 5.374/2016 – Segunda Câmara).

In casu, vale frisar, a condenação do responsável (peça 76) foi efetuada pelas mesmas importâncias indicadas na instrução da Secob/Secex/MA (peça 2, pp. 14/6, item 10.6) e no ofício citatório (peça 20), ou seja, o responsável teve plena ciência, por ocasião da citação, da questão controvertida, incluída a metodologia de quantificação do dano, considerando que obteve cópia integral do feito em 10.7.2013 (peça 60), mais de um ano antes da prolação do *decisum* condenatório.

Nesse cenário, o pedido do sr. José Ribamar de anulação “do processo para permitir ao Recorrente falar sobre a elaboração dos cálculos” (peça 124, p. 28) deve ser negado.

Sobre a alegada prescrição da dívida (peça 124, pp. 12/21), veja-se que a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário subsiste, como regra, nos termos da Súmula TCU 282 e do MS/STF 26.210/DF, haja vista que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no bojo do Recurso Extraordinário 669.069, a prescritibilidade apenas da “ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Por pertinente, segue excerto do voto proferido pelo Ministro-Relator Teori Zavascki, em 16.6.2016, nos embargos declaratórios opostos pelo Procurador-Geral da República nos autos do mencionado RE 669.069 (grifo nosso):

“3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa’; e (b) **Tema 899 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’**. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.

(...)

5. No que toca ao pedido de modulação dos efeitos da tese firmada, deve-se reconhecer que, de fato, o Supremo Tribunal Federal havia firmado, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), que o § 5º do art. 37 da CF/88 dispunha serem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário. Contudo, esse precedente tratava de processo de tomada de contas especial que tramitava perante o TCU, controvérsia pendente de apreciação no RE 636.886 (de minha relatoria, Tema 899) e não alcançada pela tese fixada pelo acórdão impugnado. De outra monta, a leitura dos precedentes prolatados por esta Corte que reproduziam o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário diziam respeito, em sua maioria esmagadora, a atos de improbidade administrativa ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo. Essas discussões também não são abrangidas pela tese firmada no julgado embargado, que, conforme já esclarecido, aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado. Com relação a ilícitos civis, portanto, não havia jurisprudência consolidada do STF que afirmasse a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário. Inexistia, assim, expectativa legítima da Administração Pública de exercer a pretensão ressarcitória decorrente de ilícitos civis a qualquer tempo. Por isso, não se constata motivos relevantes de segurança jurídica ou de interesse social hábeis a ensejar a modulação dos efeitos da orientação assentada no aresto embargado.”

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

No âmbito desta Corte, também já se decidiu que *“a tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos”* (Acórdãos 5.928/2016 e 5.939/2016, ambos da 2ª Câmara do TCU).

Sobre a utilização do Sicro, a instrução técnica encaminhou devidamente a matéria. Em reforço à análise, merecem destaque os precedentes a seguir:

“A primeira versão do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro I), quando vigente à época da licitação, é o parâmetro adequado para se realizar comparações de preços de obras rodoviárias e apurar eventual superfaturamento, de modo que a adoção de valores contratuais superiores aos constantes no sistema só pode ser admitida mediante justificativa técnica adequada.” (Acórdão 854/2016 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 122/2016)

“A utilização do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) pelo TCU como referencial para preços de obras rodoviárias e ferroviárias não depende de previsão legal.” (Acórdão 3.003/2014 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 62/2014)

Feitas essas breves considerações, o Ministério Público de Contas adere à proposição da Serur (peças 196/8).

Brasília, 10 de outubro de 2016.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador