

VOTO

Examinam-se recursos de reconsideração interpostos pelas empresas Cesbe S.A. Engenharia e Empreendimentos e Emtuco Serviços e Participações S.A. (atual razão social da Engepasa S.A.), integrantes do Consórcio Cesbe/Engepasa S.A., e pela empresa Esteio Engenharia e Aerolevamentos S.A. contra o acórdão 1.529/2008-Plenário.

2. Por meio de auditoria realizada nas obras de duplicação da rodovia BR-101/SC, trecho norte, no âmbito do Fiscobras/2001 (TC 003.715/2001-3), foram assinalados indícios de superfaturamento nos lotes 01 e 08 das obras. Por conseguinte, o então relator determinou a conversão daquele processo em duas tomadas de contas especiais e foram instaurados o TC 026.745/2006-4, que cuida do lote 08, e o presente processo, que trata dos prejuízos relativos ao lote 01.

3. O Consórcio Cesbe/Engepasa S.A. foi o executor das obras do lote 1 da duplicação do trecho norte da BR-101/SC, enquanto a Esteio Engenharia foi a supervisora do empreendimento. Na decisão recorrida, foram julgadas irregulares as contas especiais das três empresas e do ex-diretor-geral do extinto DNER, condenados solidariamente ao pagamento de débito de R\$ 3.591.249,97 (valores com data-base de 1997 a 2001) e apenados com multas individuais de R\$ 300.000,00. Irresignada com a decisão proferida, a empresa supervisora das obras opôs embargos de declaração, rejeitados pelo acórdão 2.144/2008-Plenário.

4. Preliminarmente, no que tange à admissibilidade, ratifico o despacho à página 112 da peça 11 e conheço dos recursos de reconsideração, porquanto se encontram preenchidos os requisitos do art. 33 da Lei Orgânica do TCU, c/c o art. 285 de seu Regimento Interno.

5. O superfaturamento imputado decorreu de alterações contratuais nos serviços de terraplenagem, especificamente no item “execução c/ ECT e compactação de aterros c/ seixo rolado”, inserido no contrato por meio de termo aditivo.

6. Dadas as especificidades das discussões suscitadas pelas recorrentes, para formação de juízo quanto à procedência dos argumentos, a Secretaria de Recursos solicitou a manifestação da unidade especializada em fiscalização de obras rodoviárias em duas oportunidades neste feito.

7. A Serur, em detalhado exame, acolheu as análises da antiga 2ª Secretaria de Fiscalização de Obras, concluiu pela improcedência das alegações recursais e propôs o indeferimento dos recursos, no que foi integralmente acompanhada pelo Ministério Público junto a esta Corte.

8. Encerrada a fase de instrução processual, as recorrentes apresentaram memoriais que, pela relevância, foram submetidos a novo exame da unidade técnica especializada em obras rodoviárias. As conclusões da Secretaria de Fiscalização de Obras Rodoviárias, pela rejeição dos recursos, foram ratificadas em novo parecer da Serur.

9. Irresignadas, as recorrentes juntaram novos memoriais ao processo para rediscutir as conclusões da Secretaria de Recursos. A matéria foi levada a pronunciamento do MPTCU que, em consonância com todos os exames de mérito do processo, manifestou-se pela improcedência dos recursos de reconsideração e pela manutenção do acórdão condenatório.

10. Feito esse breve introito, passo ao mérito e, desde já, manifesto integral concordância com o exame das unidades instrutivas e do MPTCU, sem prejuízo de destacar, a seguir, as questões de maior relevância.

II

11. As recorrentes arguiram a prescrição da pretensão punitiva e prejuízo à defesa em razão do tempo decorrido entre os fatos e as condenações. Reclamaram ainda ofensa ao contraditório em decorrência de suposta alteração da metodologia de apuração do superfaturamento.

12. As preliminares, por improcedentes, não infirmam a deliberação recorrida.
13. Primeiramente, não é possível apontar qualquer ofensa ao princípio do contraditório no presente processo, posto que a manifestação das recorrentes foi admitida à exaustão. Invariavelmente, as empresas apresentavam contestações a cada manifestação técnica nos autos e, em busca da verdade material, mesmo quando superada a fase de instrução processual, os elementos foram acolhidos para análises.
14. Além disso, ao contrário do que alegaram as recorrentes, não há que se falar em alteração da metodologia de apuração do valor do dano. Essencialmente, para julgar a integridade das alegações e aferir a validade de novos parâmetros reclamados pelas empresas, foram realizadas diversas aferições de variáveis que integram as composições de custos referenciais. O resultado dos exames, no entanto, foi sempre no sentido da confirmação do débito.
15. Não posso deixar de destacar que a essência do contraditório em um processo que trata da regularidade dos preços de obras públicas está em oferecer oportunidade para que a contratada **justifique os valores que ela praticou**. A tentativa de desvirtuar a lógica processual e, ao invés de legitimar seus próprios preços, tentar apenas contradizer índices e insumos específicos dos preços referenciais, leva a uma inversão de papéis quase inconcebível, onde o controle passa a ser avaliado pelo gestor e pela empresa contratada.
16. Nessa controversa dialética, os itens cujos referenciais eventualmente são superiores aos preços contratados, por óbvio, não são objeto de maiores discussões, ao passo que qualquer índice de produtividade ou insumo que delineie a existência de sobrepreço é objeto de inúmeras críticas. Assim, ao invés das falhas no orçamento contratado serem o foco das avaliações, o que ocorre são sucessivas contestações dos referenciais assumidos pela unidade técnica. Aliás, as discussões a respeito dos referenciais apenas são realizadas porque há substanciais alterações do projeto inicial e falhas importantes no orçamento base da licitação, que não estabeleceu os custos em parâmetros compatíveis com os praticados no mercado.
17. No que tange à alegada prescrição, é pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à imprescritibilidade das ações movidas pelo Estado para reaver prejuízos causados ao erário, matéria consolidada na Súmula 282/2012 do TCU. Também prevalece neste Tribunal entendimento de que o prazo prescricional aplicável às ações punitivas desta Corte deve ser o estabelecido no art. 205 do Código Civil, de 10 anos.
18. No caso em epígrafe, aplicada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, a prescrição não foi alcançada, porquanto inferior a dez anos o prazo transcorrido entre os pagamentos superfaturados (de setembro de 1997 a março de 2001) e as citações dos responsáveis (abril/2007).
19. Outra alegação que não deve ser acolhida diz respeito à ilegitimidade passiva da empresa supervisora na responsabilização pelo prejuízo causado ao erário.
20. O débito imputado nesta TCE tem origem na repactuação que trouxe ao contrato serviços com preços incompatíveis com os referenciais de mercado. A supervisora, na condição de responsável contratual por examinar *“as alterações técnicas de natureza, qualidade ou espécie do serviço e seu reflexo sobre os quantitativos, bem como avaliando o reflexo financeiros das alterações propostas”* concorreu para o superfaturamento.
21. É irrelevante o fato de não ser parte no contrato de execução. O art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, que expressamente atribui responsabilidade solidária a terceiro que *“de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”*, não permite interpretação tão restritiva quanto quer a empresa supervisora. A participação na revisão de projeto que incorporou à avença preços superestimados é conduta perfeitamente identificada com a descrita naquele dispositivo.

III

22. As alegadas inconsistências nas premissas e em elementos específicos do exame técnico do superfaturamento também são improcedentes.
23. Importa frisar que as tabelas oficiais de custos apresentam presunção de confiabilidade e cabe ao interessado em impugná-las fazer prova de sua inaplicabilidade. Mesmo com a especificidade do caso em exame, no qual o Sicro 2 é tomado como parâmetro para aferição da regularidade de preços contratados antes de sua vigência, é perfeitamente possível sua utilização, sobretudo porque foram realizadas as adaptações necessárias às peculiaridades das obras.
24. Foi item específico de análise a possível influência de fatores econômicos e de produção que impossibilitassem a retroação de preços do Sicro 2 (out/2000) à data-base do aditivo (mai/1996). A antiga Secob-2 comparou os preços deflacionados com os constantes das propostas iniciais dos termos aditivos e atestou a compatibilidade das referências.
25. O Sicro 2 incorpora aperfeiçoamentos da evolução da engenharia de custos ao sistema anterior e, tendo sido realizadas as adaptações exigidas, constitui o paradigma de custos mais adequado ao caso em epígrafe.
26. Prova disso é que, em atendimento a uma das alegações recursais, a unidade especializada em obras aplicou ao caso a metodologia definida no acórdão 177/2005-Plenário, que consiste na utilização das composições do Sicro 2 com a substituição de seus custos de insumos (out/2000) pelos publicados no sistema Sicro 1 (maio/1996). Mesmo atendendo à solicitação de inclusão do adicional de 15,51% sobre a mão de obra, que sequer poderia ser admitido para o grupo de serviços em exame, o superfaturamento encontrado foi de R\$ 4,5 milhões, valor que supera em R\$ 912 mil o débito imputado.
27. Assim, diante de duas metodologias aptas a aferir o sobrepreço, por cautela, esta Corte estabeleceu como sistemática a ser seguida aquela que resultou no menor débito, atendendo, pois, à exigência do art. 210, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU.
28. Também é incabível a argumentação de que a utilização dos parâmetros gerais de orçamentação do Sicro 2 importaria em afronta "à irretroatividade da norma jurídica", como defendido por uma das recorrentes. A contratação em patamares incompatíveis com os de mercado configura dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo e antieconômico, pelo qual respondem o agente público que praticou o ato irregular e o terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. É o texto exato do art. 16, inciso III, alínea "c" e § 2º, alíneas "a" e "b" da Lei 8.443/1992, expressamente registrado como fundamento legal da condenação das recorrentes.
29. Nesse juízo, o Sicro 2 não constitui norma legal, mas apenas instrumento de aferição da regularidade dos preços. Por meio dessa ferramenta, demonstrou-se a ocorrência de prejuízo derivado de ato de gestão ilegítimo e antieconômico.
30. Para obtenção do preço de referência da "execução c/ ECT e compactação de aterros c/ seixo rolado", a metodologia empregada pela Secob consistiu em dividir o serviço em três etapas (extração; carga e transporte; espalhamento e compactação), de modo que fosse possível combinar composições de preço unitário existentes no Sicro 2, realizando-se, ainda, os ajustes pertinentes.
31. Foram detidamente analisados pelas unidades instrutivas diversos elementos específicos das composições de custos, como produtividades de serviços, quantitativos de insumos, capacidade de equipamentos, custos unitários e o percentual de BDI. Ao final, constatou-se que nenhuma das alegações recursais permitiria o afastamento do débito.
32. Um ponto importante na definição dos índices adotados nas composições de custos das recorrentes diz respeito à densidade do material "seixo rolado". As empresas, em diversos cálculos, adotaram índices da ordem de 1,8 t/m³ ou superiores, o que, além de não ser sustentado por ensaios técnicos específicos, se mostra próximo de valores relativos a materiais rochosos. Nas composições referenciais, a Secob 2 valeu-se do catálogo de serviços e custos da Prefeitura Municipal de Joinville,

cidade de realização das obras, que registra o peso específico de 1,6 t/m³. A unidade técnica destacou que o material é cascalho de origem fluvial, com granulometria média que mais o aproxima de ser classificado como de 1ª categoria, portanto com maior facilidade de remoção e consequente produtividade mais acentuada. Aliás, a última edição do “Manual de Implantação Básica de Rodovia”, referencial no âmbito do Dnit, expressamente classifica os seixos rolados como material de 1ª categoria.

33. Por conservadorismo, no cálculo do preço referencial, o "seixo rolado" foi considerado pelo TCU como material de 2ª categoria, o que já resulta em favorável impacto aos responsáveis.

34. Outra questão muito discutida pelas recorrentes diz respeito à capacidade e produtividade da carregadeira utilizada para extração e carregamento do material. Nesse aspecto, a Secob-2 demonstrou que os parâmetros estabelecidos no Sicro 2 e utilizados no cálculo eram conservadores, já que, em comparação à composição do serviço de "carregamento de seixo" adotada em sistema de custos do órgão rodoviário de Santa Catarina (Deinfra), este último adota produtividade 39% superior àquela considerada para aferir o débito.

35. Quanto aos custos com indenização de jazida para extração do "seixo rolado", não foram trazidos elementos suficientes para comprovar os valores defendidos pelas recorrentes. Ao contrário, a nota fiscal apresentada se refere a período posterior à execução da obra e no qual ocorreram alterações no cenário de exploração de seixo na região de Joinville que, como demonstrado pela Secob-2, impactaram nos custos do material, aumentando seu valor de mercado. As ponderações trazidas em memoriais pelas recorrentes apenas reforçam as conclusões de que, no período relativo à nota fiscal por elas apresentadas, o cenário de extração de seixo rolado passava por forte transição, com inclinação ao aumento dos valores. Por conclusão, as referências adotadas no cálculo do débito não merecem o ajuste arguido.

36. Outro item avaliado com minudência pela unidade especializada, relativo ao serviço de espalhamento e compactação do seixo rolado, leva-me a concluir que a alteração de custo pretendida pelas contratadas não pode ser aceita. A análise efetuada evidencia que as recorrentes subestimaram a produção horária de um dos principais equipamentos para execução dos serviços. Além disso, a composição utilizada para calcular o preço referencial deste item está em conformidade com a comumente adotada na região pelo órgão rodoviário estadual, como informado pelo Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina – Deinfra.

37. As velocidades de transporte do material para execução do aterro são mais um fator intensamente questionado pelas empresas recorrentes. Em consequência, a matéria foi avaliada à exaustão pelas unidades especializadas do TCU.

38. Nas obras da BR-101/SC, o transporte de material de aterro alcança distâncias de até 15.000 metros e, como o Sicro 2 apenas apresenta composições de preço para distâncias de até 5.000 metros, na condenação original as velocidades foram estimadas com base em uma projeção logarítmica, obtida a partir de uma análise das velocidades e das distâncias existentes no Sicro 2. Com fulcro nessa metodologia, chegou-se ao débito imputado por meio do acórdão 1.529/2008-Plenário.

39. As recorrentes contestaram a metodologia e alegaram que, por coerência com a sistemática adotada no Sicro 2, as velocidades superiores a 5.000 metros deveriam ser consideradas constantes. Adicionalmente, nos últimos memoriais, pleitearam a aplicação de um redutor de velocidade de 30% para simular condições de obra urbana, à semelhança do que foi adotado no acórdão 649/2011-Plenário, mediante o qual se julgou TCE de mesma origem que esta, porém versando sobre as obras do Lote 8 de duplicação da rodovia BR-101/SC Norte.

40. As verificações da unidade especializada foram, mais uma vez, precisas.

41. Provocada pela Serur, em sua primeira avaliação das questões trazidas nos recursos de reconsideração, a antiga Secob acolheu parcialmente as contestações e procedeu às análises considerando que as velocidades seriam constantes a partir de determinada distância. Todavia, a Secob

refutou os valores sustentados pelas recorrentes, posto que afetos a rodovias não pavimentadas, e utilizou velocidades próprias para cada tipo de revestimento rodoviário (pavimentado e não pavimentado). Em conclusão, a unidade técnica verificou que o débito resultante se aproximou daquele apontado no acórdão 1.529/2008-Plenário e, assim, demonstrou que as alegações das recorrentes não mereciam acolhimento.

42. A rediscussão da matéria foi provocada por novos memoriais apresentados pelas recorrentes. Sob outro método, a Secretaria de Fiscalização de Obras Rodoviárias – SecobRodovias alcançou resultado equivalente e endossou o débito imputado. A unidade aduziu que o critério mais adequado para estimativa dos preços paradigmas deveria considerar velocidades constantes, porém diferentes conforme o tipo de revestimento da rodovia (pavimentada ou não pavimentada). Assim, buscou no Manual de Custos Rodoviários do Sicro 2 a velocidade média registrada naquele sistema para transportes dentro dos limites da obra. O débito restou calculado em R\$ 3,66 milhões, pouco maior do que o apontado no acórdão 1.529/2008-Plenário (R\$ 3,59 milhões).

43. Assim, ratificado por vias diversas, é forçoso concluir que o débito originalmente calculado é consistente e seu valor deve ser mantido.

44. O fator de redução de 30%, pleiteado pelos responsáveis para simular condições de obra urbana, também não deve ser acatado.

45. Nesse aspecto, as condições específicas do lote 1 não se confundem com aquelas adotadas para o lote 8 da mesma obra, aceitas nas análises do acórdão 649/2011-Plenário. O lote 1 corresponde ao trecho desde a divisa PR/SC até Joinville/SC e só atravessa zona urbana nos quilômetros finais. De outra forma, o lote 8 está integralmente compreendido na zona metropolitana de Florianópolis/SC, em trechos dos municípios de Biguaçu, São José e Palhoça.

46. As comparações de volume de tráfego apresentadas pelas recorrentes, ao contrário do que foi requerido, apenas confirmam a improcedência da aplicação do fator de redução. Enquanto os valores relatados para o lote 1 se encontrariam entre 16 e 20 mil veículos por dia em 2001, no relatório do acórdão 649/2011-Plenário consta a informação de que, no início das obras, o lote 8 já contava com volume médio diário de aproximadamente 30 mil veículos em alguns segmentos.

47. Por último, no que tange ao percentual de BDI adotado no cálculo do débito, alinho-me ao exame da SecobRodovias no sentido da adequação da taxa de 32,55%, oriunda do Sicro 2, em detrimento daquela de 42,35% assinalada pelos responsáveis.

48. Primeiramente, há de se destacar que não foram trazidas justificativas robustas o suficiente para legitimar a adoção de um BDI referencial destacadamente superior ao praticado no mercado.

49. Ademais, é pertinente a avaliação das unidades instrutivas no sentido de que confere consistência à metodologia de análise extrair, de um mesmo sistema, as referências para os custos diretos e para a taxa de BDI.

50. Vale registrar ainda que a adoção de um BDI referencial não intenta realizar análise isolada daquele item nem, conseqüentemente, imputar irregularidade quanto a tal rubrica, mas sim aferir se os preços finais são adequados.

51. Também não se trata de exigir que a contratada pratique o percentual de BDI considerado pelo TCU, até porque, é firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que cada empresa possui especificidades próprias que influenciam na composição de seu BDI. Na metodologia de análise de preços, o TCU examina a equação (custo referencial + BDI referencial) para compará-la com outra equação, própria do particular (custo contratado + BDI contratado). Nesse confronto, em apertada síntese, pode-se concluir que eventuais excedentes na última equação configuram sobrepreço.

52. Concluo, portanto, a partir do exame detalhado de cada elemento considerado no cálculo do superfaturamento, registrado no relatório que acompanha este voto, que são consistentes as composições referenciais que embasaram a imputação de débito e, portanto, não devem ser acolhidas as alegações das recorrentes.

IV

53. Por fim, em relação ao valor deliberado para as multas, corroboro os argumentos constantes do acórdão condenatório e considero que tanto a aplicação da punição como o **quantum** estabelecido coadunam-se com as disposições legais, notadamente com o art. 57 da Lei 8.443/1992. O valor das multas, que sob fundamento do mencionado dispositivo legal, deve ser proporcional ao prejuízo causado, representa 8% do débito, o que afasta qualquer arguição de rigor excessivo.

54. Ante o exposto, em consonância com as conclusões da Serur e do MPTCU, devem ser rejeitados os recursos de reconsideração e mantido, na íntegra, o acórdão 1.529/2008-Plenário.

Assim, VOTO por que o Tribunal adote o acórdão que submeto à consideração deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 8 de junho de 2016.

ANA ARRAES

Relatora