

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecimento dos recursos de reconsideração interpostos por Emerson Fernandes Daniel Júnior, Rubens de Siqueira Júnior, José Jackson Queiroga de Moraes e Construtora OAS S/A contra o acórdão 538/2008 - Plenário (retificado pelo acórdão 694/2008 - Plenário), que julgou irregulares suas contas e os condenou em débito em razão de irregularidades na condução do contrato 6/99, firmado entre a Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern e a aludida empresa, cujo objeto era a ampliação do cais do Porto de Natal/RN.

2. O juízo desfavorável sobre as contas decorreu das seguintes ocorrências:
 - a) acréscimo indevido ao BDI da majoração da Cofins e da CPMF, com responsabilidade atribuída à Construtora OAS, no valor histórico de R\$ 335.530,22; e
 - b) alteração indevida dos índices de reajustamento, com responsabilidade solidária atribuída a todos os responsáveis já mencionados – construtora e membros da comissão de fiscalização da obra –, no valor histórico de R\$ 208.231,39.
3. De início, considero pertinente apresentar o quadro abaixo, que resume os principais passos do processo ora em exame desde sua conversão em tomada de contas especial – TCE:

DATA	AÇÃO PROCESSUAL
19/11/2003	Conversão do relatório de auditoria em tomada de contas especial (acórdão 1.742/2003 - Plenário, relator MIN-MV)
26/11/2004	Instrução da Secex/RN propõe condenação em débito
7/7/2005	Relator (MIN-MV) acolhe proposta do MPTCU e solicita parecer da Secob
19/1/2006	Instrução da Secob ratifica conclusões da Secex/RN, com redução parcial do débito
30/7/2007	Construtora OAS apresenta memorial
1º/8/2007	Relator (MIN-MV) solicita exame do memorial pela Secob
21/11/2007	Nova instrução da Secob ratifica conclusões do parecer anterior
2/4/2008	Condenação em débito dos responsáveis (acórdão 538/2008 - Plenário, relator MIN-MV)
11-23/6/2008	Responsáveis apresentam recurso de reconsideração
14/10/2009	Instrução da Serur propõe negar provimento
18/1/2010	MPTCU anui à proposta da Serur
24/3/2010	Emerson Fernandes Daniel Júnior apresenta memoriais
28/5/2010	Relator (MIN-VC) solicita exame dos memoriais pela Serur
7/12/2010	Nova instrução da Serur ratifica proposta de negar provimento; MPTCU anui
14/3/2011	OAS solicita adiamento de julgamento (pautado para 16/3/2011) para apresentar memoriais
7/4/2011	Construtora OAS apresenta novo memorial
25/4/2011	Emerson Fernandes Daniel Júnior apresenta novo memorial
28/4/2011	Relator (MIN-VC) solicita exame dos memoriais pela Secob-4

12/8/2011	Construtora OAS apresenta terceiro memorial
16/10/2012	Terceira instrução da Secob ratifica conclusões dos pareceres anteriores
9/4/2013	MPTCU ratifica seus dois pareceres anteriores
22/4/2013	Relator (MIN-VC) alega suspeição e abdica da relatoria do processo
23/4/2013	Sorteado novo relator (MIN-RC)
15/5/2013	Emerson Fernandes Daniel Júnior apresenta terceiro memorial
12/4/2017	Novo relator (MIN-AC) declara seu impedimento para relatar o processo
18/4/2017	Sorteada nova relatora (MIN-AA)

4. Os passos processuais registrados no quadro acima demonstram as diversas oportunidades de defesa exercidas pelos responsáveis. Tanto a Construtora OAS como Emerson Fernandes Daniel Júnior juntaram aos autos, cada um, nada menos que três memoriais. A Secretaria de Recursos - Serur instruiu por duas vezes os autos, enquanto a unidade técnica especializada, a então Secretaria de Fiscalização de Obras - Secob, já ofereceu três pareceres; exercitou-se a mais ampla defesa, portanto.

5. Em síntese, com relação ao acréscimo da majoração da Cofins e da CPMF ao BDI, a empresa contratada alegou que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é previsão constitucional e que apenas dois requisitos seriam exigidos para a repactuação no presente caso: a alteração do tributo e sua repercussão nos preços contratados.

6. Já no que concerne à alteração indevida do índice de reajuste, a OAS apresentou parecer técnico no qual defende que a maior proporção de concreto e fôrmas em relação aos componentes metálicos justificaria a adoção da coluna 40 do índice de obras portuárias calculado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

7. Os demais recorrentes seguiram linha análoga – proporção da quantidade de aço no serviço – e acrescentaram comparação com o índice adotado em obra semelhante do Porto de Maceió, que já teria contado com a anuência deste Tribunal.

8. Todas as alegações foram devidamente refutadas nas instruções da Serur e da Secob, transcritas no relatório que antecedeu este voto, cujos argumentos incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer alguns comentários.

9. A majoração da taxa da Cofins e a prorrogação da CPMF ocorridas à época não provocaram ônus relevante à contratada, um dos requisitos para reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Conforme consignou a Serur, ao citar manifestação da Secob, o impacto no BDI da alteração tributária foi da ordem de 1%, insignificante ante a expressiva taxa do BDI do contrato, de 48%, bem acima, registre-se, do referencial que veio a ser adotado pelo TCU para o mesmo tipo de obra (22,8% a 30,95%, conforme subitem 9.1 do acórdão 2.622/2013 - Plenário, relator o ministro-substituto Marcos Bemquerer).

10. Quanto ao índice de reajuste adotado, esclareço que as discussões giraram entre a opção pela coluna 40 (estruturas e obras em concreto armado) ou 41 (estruturas e fundações metálicas) do índice publicado pela FGV, pois o contrato mencionava apenas que o reajuste se daria “de acordo com a variação do índice de obras portuárias calculado pela Fundação Getúlio Vargas”, sem especificar a coluna.

11. Conforme narrado pela Serur, os primeiros pagamentos contratuais consideraram a variação da coluna 41, tendo ocorrido, então, alteração para a coluna 40, o que levou as medições a valores superiores.

12. Os pareceres da Secob lograram demonstrar a predominância de elementos metálicos nos serviços, o que sinaliza ser a aplicação da coluna 41 a apropriada ao caso. Não obstante, de forma conservadora, aquela unidade especializada reduziu o débito apurado e adotou a média ponderada

entre as duas colunas, na proporção dos insumos utilizados no caso em exame (metálicos ou para composição de concreto armado).

13. Anoto que, em princípio, como as fundações seriam, ao final, de concreto, a falha na opção pelo índice adequado poderia até ser considerada escusável. Entretanto, chamo a atenção para o fato de ter havido alteração no índice adotado no decorrer do contrato, ou seja, mudança da coluna 41 para a 40, cuja variação se mostrava superior à época.

14. Ora, se um contratado pleiteia a alteração do índice de reajuste que vem sendo praticado na avença, especialmente se isso implicará acréscimo nos pagamentos, é de se esperar do gestor médio que só admita a mudança se houver fundamento técnico sólido para tanto. Para isso, teria sido necessário analisar a cesta de insumos utilizada pela FGV para cálculo do índice de cada coluna para definir o mais adequado ao caso, exatamente como fez a Secob a partir dos levantamentos feitos pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Norte - Secex/RN, ainda na fase de relatório de auditoria.

15. Se assim tivessem agido os agentes públicos ora recorrentes, certamente não teriam aprovado a alteração pleiteada ou, pelo menos, teriam calculado a média ponderada entre as duas colunas, assim como procedeu a secretaria especializada.

16. Não tenho, por conseguinte, reparos a fazer ao critério adotado pela Secob.

17. Também os pareceres de engenharia juntados aos autos não socorrem os recorrentes, por falta de mínima robustez técnica. A afirmação de que, se o produto final do serviço comporta-se estruturalmente como elemento de concreto armado, o serviço como um todo deveria ser reajustado pelo índice da coluna 40 demonstra desconhecimento do embasamento legal dos reajustes contratuais, além de carecer de fundamento lógico.

18. O inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/1993 estabeleceu que o critério de reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção, e o art. 2º da Lei 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, definiu que é admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

19. É evidente, portanto, que, ante a omissão do contrato em estabelecer qual coluna da FGV, entre as aplicáveis às obras portuárias, seria utilizada, deveria ter sido escolhida aquela que melhor refletisse a variação dos preços dos insumos efetivamente utilizados no objeto contratual.

20. Por fim, consigno que os memoriais que ingressaram nos autos após a etapa instrutiva deste processo não trazem elementos aptos a alterar a análise transcrita no relatório precedente.

Em vista do exposto, acolho os pareceres convergentes das unidades técnicas e do Ministério Público junto ao TCU e voto pela adoção do acórdão que trago à consideração deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 14 de junho de 2017.

ANA ARRAES
Relatora