

VOTO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria, realizado no âmbito do Fiscobras/2010, nas obras de construção do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, na BR-493/RJ, no segmento compreendido entre o entroncamento com a BR-040 e o Porto de Sepetiba.

2. Nesta etapa processual, é realizado o exame de mérito das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis em resposta às audiências determinadas pelo Acórdão 2.919/2011-Plenário. Nesse sentido, convém apresentar uma breve síntese da tramitação deste feito.

3. O empreendimento em análise recebeu recursos do Convênio TT-262/2007-00, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e a Secretaria de Estado de Obras (Seobras). O valor conveniado foi de R\$ 1.223.380.678,16, no qual estava compreendida a contrapartida do estado do Rio de Janeiro, no montante de R\$ 314.439.975,56.

4. A rodovia, inaugurada no ano de 2014, teve como objetivo desafogar e melhorar as vias de acesso à região metropolitana da cidade do Rio de Janeiro, bem como incrementar as condições de acessibilidade ao Porto de Itaguaí e ao Comperj – Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, em implantação.

5. A execução da obra esteve a cargo dos seguintes consórcios:

Lote 1 – Contrato 7/2008, celebrado com o Consórcio Arco Metropolitano do Rio, formado pela Construtora Norberto Odebrecht S.A. e pela Construtora Andrade Gutierrez S.A.;

Lote 2 – Contrato 8/2008, avençado com o Consórcio Carioca/Queiroz Galvão, constituído pela empresa Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. e pela Construtora Queiroz Galvão S.A.;

Lote 3 – Contrato 9/2008, acordado com o Consórcio Arco do Rio, formado pela Construtora OAS Ltda. e pela empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.; e

Lote 4 – Contrato 10/2008, ajustado com o Consórcio Arco Metropolitano Rio, constituído pelas empresas Delta Construções S.A. e Oriente Construção Civil Ltda.

6. A então Secob-2 observou que o projeto executivo promoveu alterações substanciais no projeto básico, as quais, além de desfigurar o projeto original, teriam causado o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com as empresas executoras do empreendimento, ante a elevação/exclusão/inclusão de quantitativos de itens integrantes da obra. A unidade técnica apontou, ainda, a existência de jogo de planilha, considerando que o aumento de quantitativos ocorreu em alguns casos em itens cujos preços contratados estavam excessivos.

7. A fiscalização apontou também sobrepreço decorrente de preços superiores aos sistemas referenciais, dentre outros achados. Em particular, apurou-se relevante diferença nos valores do item “indenização de jazida”. À época da formalização dos contratos examinados pela auditoria, o Sicro-2 previa a indenização do produto da lavra pelo custo referencial de R\$ 1,04/m³, enquanto os orçamentos dos ajustes fiscalizados estipulavam um preço médio de R\$ 11,11/m³ para o mesmo item.

8. Diante dessa diferença nos valores, esta Corte de Contas adotou medida cautelar para coibir a consumação de eventuais prejuízos e, no mérito, tratou da questão por meio do Acórdão 2.919/2011-Plenário, relatado pelo Ministro José Jorge.

9. Essa decisão adotou valor de R\$ 1,25/m³ para a indenização de jazida (valor que considera a incidência de BDI sobre o valor de referência de R\$ 1,04/m³), mas foi objeto de pedido de reexame interposto pela Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro (Seobras). Em virtude da complexidade da matéria e da relevância da obra, o Tribunal deu provimento parcial ao apelo da

Seobras e determinou a utilização de solução temporária a respeito da adoção de preços desse serviço, a ser aplicada apenas ao caso concreto (Acórdão 3.451/2012-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes), em que firmou o preço provisório para a indenização do produto da lavra em R\$ 5,84/m³.

10. Outrossim, determinou à unidade técnica que realizasse estudos acerca da metodologia de precificação do insumo "indenização de jazidas". Tal estudo foi apreciado na etapa processual anterior por meio do Acórdão 768/2018-Plenário, de minha relatoria, que considerou adequado o valor referencial de R\$ 1,25/m³ para o serviço.

11. Considerando que a obra estava concluída, com os contratos encerrados e com evidências de haver prejuízo ao erário, o mesmo julgado determinou a instauração de processos de tomada de contas especial com vistas a quantificação do débito e citação dos responsáveis.

12. O subitem 9.3.1 do aludido **decisum** reiterou à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRod) acerca da necessidade de se concluir o exame das razões de justificativa apresentadas em resposta às audiências determinadas pelo Acórdão 2.919/2011-Plenário. Tais audiências foram exaradas nos seguintes termos (grifos acrescentados):

“9.3. determinar, com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso IV, e art. 183, inciso I, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU, as audiências dos seguintes responsáveis, para que apresentem suas razões de justificativa pelas ocorrências indicadas;

9.3.1. Gisela Kraus, na condição de arquiteta da Fundação DER/RJ, e João Carlos de Oliveira Azedias, na condição de Ag. Trab. Engenharia da Fundação DER/RJ;

9.3.1.1. aprovação da planilha de rerratificação do Contrato nº 007/2008 com quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo do Lote 01 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 48,5 ao km 63,0;

9.3.2. José Paes Leme da Motta, Engenheiro Fiscal do Contrato nº 008/2009, e Luiz Emygdio de Oliveira, Assessor da DOP;

9.3.2.1. aprovação da planilha de rerratificação do Contrato nº 008/2008 com quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo do Lote 02 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 63,0 ao km 82,6;

9.3.3. José Paes Leme da Motta, Engenheiro Fiscal do Contrato nº 008/2009, e Luiz Emygdio de Oliveira, Assessor da DOP;

9.3.3.1. aprovação da planilha de rerratificação do Contrato nº 009/2008 com quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo do Lote 03 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 82,6 ao km 99,5;

9.3.4. Gustavo Ferreira Gomes, na condição de Assist. I da Diretoria de Obras e Projetos Especiais da Fundação DER/RJ e Walter Luiz Corrêa Magalhães, na condição de Superintendente de Obras da DOP;

9.3.4.1. aprovação da planilha de rerratificação do Contrato nº 010/2008 com quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo do Lote 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 99,5 ao km 119,4;

9.3.5. Hudson Braga, na condição de Secretário de Estado de Obras e Henrique Alberto Santos Ribeiro, na condição de Presidente da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem (DER/RJ);

9.3.5.1. assinatura do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 007/2008, Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 008/2008, Segundo Termo Aditivo ao Contrato nº 009/2008 e Primeiro Termo Aditivo Ao Contrato nº 010/2008 cujas planilhas de rerratificação apresentam quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo dos Lote 01 a 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 48,5 ao km 119,4;

9.3.6. José Osório do Nascimento Filho, na condição de Coordenador de Supervisão e Fiscalização das obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro;

9.3.6.1. elaboração dos pareceres que aprovaram as propostas das rerratificações contratuais dos Lotes 01, 02, 03 e 04 baseado na suposta adequação das propostas com os projetos executivos, quando as planilhas do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n° 007/2008, do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n° 008/2008, do Segundo Termo Aditivo ao Contrato n° 009/2008 e do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n° 010/2008 apresentam quantitativos significativamente diferentes daqueles constantes do orçamento do Projeto Executivo dos Lote 01 a 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 48,5 ao km 119,4;”

13. Os Srs. Gustavo Ferreira Gomes, Gisela Kraus, Henrique Alberto Santos Ribeiro, Hudson Braga, José Paes Leme da Motta, José Osório do Nascimento Filho, João Carlos de Oliveira Azedias, Luiz Emygdio de Oliveira e Walter Luiz Correa Magalhaes, qualificados acima, apresentaram suas razões de justificativa, que foram analisadas pela derradeira instrução da SeinfraRod.

14. A unidade técnica propôs o acolhimento das razões de justificativa do Sr. José Osório do Nascimento Filho, pois este comprovou ter atuado como empregado privado da empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S.A., contratada para supervisionar a obra.

15. Assim, foi proposto o acolhimento das razões de justificativa do responsável com fundamento na jurisprudência majoritária desta Corte de Contas, segundo a qual a multa prevista nos incisos do art. 58 da Lei 8.443/1992 somente pode ser aplicada a gestores, assim entendidos pessoas responsáveis por gerir a coisa pública, e não a terceiros sem vínculo com a Administração Pública.

16. Quanto aos demais responsáveis, a unidade técnica refutou as manifestações de defesa apresentadas e propôs a aplicação da sanção pecuniária capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

II

17. Feita a devida contextualização dos fatos, inicio o exame das razões de justificativa apresentadas. Inicialmente, entendo que não deva haver o acolhimento das razões de justificativa do Sr. José Osório do Nascimento Filho – que não conseguiu elidir as condutas irregulares que lhe foram imputadas –, embora eu me alinhe ao entendimento externado pela unidade técnica de não aplicar sanção a este responsável no atual momento processual.

18. Cabe determinar à unidade técnica que aprofunde o exame da conduta do Sr. José Osório do Nascimento Filho no âmbito dos processos de tomada de contas especial constituídos em atendimento ao Acórdão 768/2018-Plenário, pois o mesmo agente poderá figurar como responsável nesses processos, já que existe indício de jogo de planilha nos aditivos que foram amparados nos pareceres de sua lavra, os quais aprovaram as propostas das rerratificações contratuais dos Lotes 01, 02, 03 e 04. Assim, o referido responsável poderá ser citado pelo débito e receber outras sanções previstas na Lei Orgânica do TCU, o que desaconselha a apreciação do mérito de suas razões de justificativa neste feito.

19. Tal medida estaria aderente ao entendimento do Acórdão 321/2019-Plenário, que tratou de incidente de uniformização de jurisprudência acerca da competência do TCU para julgar contas de terceiros particulares que causem dano ao erário. Aquele julgado deixou assente que, de acordo com os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias

ao interesse público derivem de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeitos ao Controle Externo.

20. Quanto ao exame das razões de justificativa dos demais responsáveis, ponho-me de acordo com a análise realizada pela unidade técnica, adotando-as como razões de decidir, sem prejuízo de fazer algumas considerações adicionais.

21. Dentre outros argumentos, os responsáveis Gustavo Ferreira Gomes, Gisela Kraus, José Paes Leme da Motta, João Carlos de Oliveira Azedias, Luiz Emygdio de Oliveira e Walter Luiz Correa Magalhaes alegaram que a responsabilidade pela análise dos pedidos de aditamento realizados pelos consórcios teria ficado a cargo da empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S.A., contratada para dar suporte técnico à Seobras e ao DER-RJ no gerenciamento, supervisão e fiscalização das obras.

22. Como salientado pela instrução da SeinfraRod, a jurisprudência predominante deste Tribunal é no sentido de que a contratação de empresa para auxiliar a Administração na fiscalização de contratos (art. 67 da Lei 8.666/1993) não retira desta a obrigação do acompanhamento, porquanto a função do terceiro contratado é de assistência, não de substituição (v. g. Acórdãos 173/2019-Plenário, 958/2018-Plenário, 2.292/2017-Plenário e 1.213/2019-Plenário, dentre outros).

23. Considero que neste caso concreto, o acompanhamento da obra por empresa supervisora não elide a responsabilização dos envolvidos pelas falhas observadas, que são grosseiras. Assim, julgo que o exame da conduta dos responsáveis pela unidade técnica ocorreu à luz do disposto no art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Para ilustrar a gravidade das falhas apontadas reproduzo o seguinte trecho da instrução da unidade técnica:

“114, A origem dessa irregularidade já foi superficialmente explanada no campo Histórico desta instrução. Conforme relatado, essa irregularidade foi identificada durante a análise das oitivas acerca do Achado III.1 – Sobrepreço decorrente de jogo de planilha (peça 9, p. 12, a peça 11, p. 2).

114.1. Durante a análise dessas oitivas (mais precisamente na peça 10, p. 17), decidiu-se realizar a verificação dos quantitativos dos principais serviços contratados, uma vez que, apesar de na fase de projeto executivo ter ocorrido alterações nos quantitativos dos serviços da planilha orçamentária em relação ao que estava previsto no projeto básico, os contratos aditivados com base nas planilhas rerratificadoras não tiveram os seus valores globais alterados.

114.2. Naquela oportunidade, vislumbrou-se “possível incompatibilidade entre as quantidades dos projetos e as das planilhas retificadas” (peça 10, p. 17).

114.3. Tal como previsto, durante a referida verificação, realizada por meio do confronto entre os quantitativos dos principais serviços, selecionados a partir das curvas ABC dos orçamentos dos projetos executivos, de fato, revelou-se a incompatibilidade entre o disposto nas planilhas rerratificadas e nos orçamentos dos projetos executivos dos Contratos 007/2008 (Lote 1) e 008/2008 (Lote 2), conforme resta demonstrado nas Tabelas 26 e 27 do Apêndice I daquela instrução (peça 97, p. 24-30).

114.4. Por meio das Tabelas 26 e 27 é possível constatar diferenças significativas, tanto a maior quanto a menor, entre os quantitativos das planilhas rerratificadoras e os dos orçamentos dos projetos executivos.

114.5. Conforme a análise constante da instrução à peça 10, p. 17, as diferenças são de tal monta que poderiam significar a necessidade de novos aditivos e a consequente elevação do preço final da obra, conforme alertado na instrução de análise das oitivas e transcrito a seguir (grifos nossos):

Exceto se as quantidades dos Projetos Executivos estiverem significativamente erradas, as quantidades contratadas não serão suficientes para a conclusão de alguns serviços e serão

excessivas para outros. Como exemplo dessa realidade, para o Lote 1 tem-se os serviços "Geogrelha de poliéster c/protetor de PVC, 400 kN/m", "Indenização de jazida" e "Reaterro mec. c/ areia, inclusive fornec. material", cujos quantitativos estão mais de 70% inferiores aos necessários de acordo com o Projeto Executivo. Interessante verificar que os três são itens cujos preços unitários estão sendo objeto de análise devido a indício de sobrepreço. Outros quantitativos estão muito superiores aos do projeto, como os serviços "Esc. carga transp, solos moles DMT 1600 a 1800m" e "Pré-furo para cravação de geodreno", 106,36% e 1.180,45% acima dos previstos, respectivamente.

Essas inconsistências, que indicam possibilidade de futuros termos aditivos para corrigir quantitativos insuficientes e trazem o risco de execução de outros serviços em quantidades acima do necessário, necessitam ser esclarecidas pelos responsáveis por suas ocorrências.

(...)

115.1. No entanto, mesmo não analisada detalhadamente, pôde-se depreender que a mesma diferença de quantitativos entre o previsto no projeto executivo e o constante na planilha retificada também estava ocorrendo no caso dos Lotes 3 e 4, "pois também para esses lotes os Projetos Executivos apontam significativas alterações quantitativas e os contratos aditivados não tiveram o valor global alterado" (peça 10, p. 17).

116. Logo, quando o acórdão faz referência a quantitativos significativamente diferentes, ele faz referência às diferenças encontradas entre o disposto nas planilhas rerratificadas e nos orçamentos dos projetos executivos dos Lotes 1, 2, 3 e 4.

117. Ocorre que os pareceres que aprovaram as propostas das rerratificações contratuais (peça 48, p. 1-7, peça 64, p. 57-66, peça 71, p. 99-112, e peça 76, p. 24-31) afirmavam que as alterações propostas estavam de acordo com os projetos executivos, os quais já estavam aprovados quando da assinatura dos respectivos termos aditivos."

24. Dito de outra forma, as planilhas orçamentárias dos aditivos de rerratificação aprovadas pelos responsáveis são mera peça de ficção, que não guardam nenhuma compatibilidade com as planilhas constantes dos projetos executivos que promoveram diversas alterações em relação ao projeto básico licitado.

25. Com efeito, houve a aprovação dos projetos executivos pelo Dnit, mas de forma injustificada os novos quantitativos trazidos pelo projeto executivo não foram refletidos nas planilhas orçamentárias dos aditivos.

26. Ressalto também o fato de não haver alteração global no valor dos contratos, a despeito de haver expressivas alterações promovidas pelo projeto executivo.

27. Portanto, rejeito as razões de justificativa dos Srs. Gustavo Ferreira Gomes, Gisela Kraus, José Paes Leme da Motta, João Carlos de Oliveira Azedias, Luiz Emygdio de Oliveira e Walter Luiz Correa Magalhaes e os sanciono com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, nos valores indicados na tabela a seguir:

Responsável	Valor Individual da Multa
Gisela Kraus	R\$ 10.000,00
João Carlos de Oliveira Azedias	R\$ 10.000,00
Gustavo Ferreira Gomes	R\$ 10.000,00
Walter Luiz Correa Magalhaes	R\$ 10.000,00
José Paes Leme da Motta	R\$ 20.000,00
Luiz Emygdio de Oliveira	R\$ 20.000,00

28. Esclareço que na dosimetria da sanção ora aplicada sopesei a participação individual de cada responsável, observando que os Srs. José Paes Leme da Motta e Luiz Emygdio de Oliveira

participaram dos atos que resultaram do aditamento de dois lotes do Arco Rodoviário do Rio de Janeiro, ao passo que os outros responsáveis indicados acima participaram do aditamento de apenas um lote.

III

29. Trato das alegações apresentadas pelos responsáveis Hudson Braga e Henrique Alberto Santos Ribeiro, ouvidos pela assinatura dos aditivos de rerratificação cujas planilhas apresentavam quantitativos significativamente diferentes dos constantes do orçamento do Projeto Executivo dos Lotes 1 a 4 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro.

30. O Sr. Hudson Braga, além dos argumentos já analisados, alegou que o Estado do Rio de Janeiro atuou como mero delegatário do Dnit e que as discrepâncias entre os quantitativos do projeto executivo e das rerratificações se deveriam ao fato de o Dnit não ter aprovado os respectivos projetos em um único momento.

31. Em linha com os exames procedidos pela unidade técnica, considero que devam ser rejeitadas as razões de justificativa do Sr. Hudson Braga, pois efetivamente praticou os atos irregulares com a assinatura dos aditivos contratuais questionados. O fato de supostamente atuar como mero delegatário do Dnit não o exime de zelar pela correta aplicação dos recursos transferidos e de observar a legislação aplicável.

32. Além disso, a aprovação do projeto executivo pelo órgão concedente ou a sua aprovação de forma fracionada não elide a irregularidade, pois as planilhas de rerratificação não guardaram nenhuma correlação com os projetos aprovados pelo Dnit.

33. Por sua vez, o Sr. Henrique Alberto Santos Ribeiro, além de outras questões já examinadas, aduz que a aprovação do projeto executivo pelo Dnit ocorreu apenas no final de 2009 e que ela continha diversos condicionantes. O responsável entende que não havia segurança sobre a aprovação ou não das condicionantes pela autarquia federal e que essa situação perdurou entre 2008 e 2011, quando o Dnit aprovou o projeto executivo de forma definitiva.

34. Considero que tais alegações também não elidem as irregularidades. Não se nega a possibilidade de o projeto executivo, que era elaborado de forma concomitante com a obra, ir sendo alterado na medida em que os serviços eram executados. No entanto esperava-se do responsável que os quantitativos de serviços aditados guardassem correspondência com os projetos já aprovados, ainda que de forma parcial.

35. Apesar de afirmar que havia memória de cálculo, o responsável não demonstra a relação entre os termos aditivos por ele assinados e os quantitativos aprovados pelo Dnit no orçamento do projeto executivo e tampouco demonstrou que o órgão repassador já tinha aprovado essas novas alterações ao referido projeto.

36. Dessa forma, rejeito as razões de justificativa dos Srs. Hudson Braga e Henrique Alberto Santos Ribeiro. Fixo o valor da multa para cada um dos dois responsáveis em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois entendo haver um agravante na conduta de ambos os responsáveis, haja vista que estes ocupavam funções de maior hierarquia e deixaram de supervisionar adequadamente os seus subordinados. Além disso, considero que as suas condutas foram determinantes para a consumação das irregularidades.

37. Não se pode considerar a atuação de ambos os responsáveis como mera formalidade ou como ato de cunho gerencial não passível de punição por parte do Tribunal, uma vez que se destina a

manifestar expressa concordância com as análises técnicas precedentes de seus subordinados, os quais tinham o dever de supervisionar (culpa **in vigilando**), chancela sem a qual as irregularidades não poderiam ser levadas a cabo.

38. Na gradação da multa ora estipulada, também sopesei a importância do empreendimento para o Estado do Rio de Janeiro e o seu elevado vulto, situação que exigiria de ambos os gestores um nível extraordinário de diligência no acompanhamento da obra. Nesse sentido, refiro-me a vários julgados desta Corte de Contas entendendo que o dirigente máximo de órgão ou entidade da Administração Pública pode ser responsabilizado quando ficar evidenciada falha grave no dever de supervisão dos subordinados, especialmente na condução de procedimentos sujeitos a maior vulnerabilidade, como contratações envolvendo quantias vultosas (v.g. Acórdãos 583/2019-Plenário e 2.147/2015-Plenário, dentre outros).

Ante o exposto, voto por que seja prolatado o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de abril de 2020.

BENJAMIN ZYMLER
Relator