

VOTO

Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Gisela Kraus, Gustavo Ferreira Gomes, Luiz Emygdio de Oliveira, João Carlos de Oliveira Azedias, José Paes Leme da Motta, Hudson Braga, Walter Luiz Correa Magalhães e Henrique Alberto Santos Ribeiro, todos contra os itens 9.1, 9.3 e 9.4 do Acórdão 875/2020-TCU-Plenário, relatado pelo E. Ministro Benjamin Zymler.

A decisão recorrida rejeitou as razões de justificativa apresentadas pelos recorrentes, em resposta à audiência determinada pelo Acórdão 2919/2011-TCU-Plenário, bem como lhes aplicou sanção pecuniária individual, no âmbito do processo de levantamento de auditoria realizada nas obras de implantação do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, objeto do Fiscobras 2010, em decorrência das seguintes condutas ilícitas:

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 [008/2008], 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 008/2008 [009/2008], 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 Lotes 01 a 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, km 48,5 ao km 119,4; (grifei)

Em apertada síntese, os apelantes pugnam pelo provimento do recurso, tendo por base os seguintes argumentos: prescrição da pretensão punitiva, com fundamento na Lei 9.873/1999;

imputação de responsabilidade à empresa gerenciadora, supervisora e fiscalizadora das obras, Concremat Engenharia e Tecnologia S/A, por ter induzido os recorrentes a erro quanto às ocorrências atribuídas aos recorrentes; boa-fé dos agentes e caráter formal das falhas; desproporcionalidade da gradação da multa.

A Secretaria de Recursos propõe conhecer dos pedidos de reexame para, no mérito, negar-lhes provimento.

Feito esse resumo, **decido**.

Ratifico despacho prévio de admissibilidade dos pedidos de reexame (peça 559), satisfeitos os requisitos estabelecidos no artigo 48 da Lei 8.443/1992.

Inicialmente, rejeito a preliminar de prescrição.

Ainda que prescrição relacionada a processos de controle externo tenha sido avaliada nos autos do RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral), até o momento, a manifestação da Suprema Corte diz respeito apenas à prescrição da execução dos títulos executivos expedidos pelo TCU.

Sendo assim, em homenagem ao princípio do Colegiado, aplico a jurisprudência pacífica desta Corte sobre a imprescritibilidade do dano ao Erário (Súmula TCU 282), bem como sobre a aplicabilidade do prazo decenal do Código Civil para a contagem da prescrição da pretensão punitiva (Acórdão 1441/2016-Plenário, por mim redigido).

Especificamente em relação à pretensão punitiva, não se verifica a extinção da punibilidade pela prescrição, nos termos do artigo 205 do Código Civil. Não houve o transcurso do prazo decenal entre a data do ato que ordenou a audiência dos recorrentes, 9/11/2011 (Acórdão 2919/2011-TCU-Plenário, peça 20, p. 6-8), e a data do julgamento de mérito do processo, 8/4/2020 (Acórdão 875/2020-TCU-Plenário, peça 493). Tampouco a punibilidade foi fulminada pela prescrição decenal, entre a data das assinaturas de termos aditivos aos Contratos 007/2008, 008/2008, 009/2008 e 010/2008 e a data do ato que ordenou a audiência dos responsáveis, 9/11/2011, o qual interrompeu a contagem do prazo prescricional.

Mesmo que fosse adotado o critério de prescrição da pretensão punitiva prevista na Lei 9.873/1999, também não teria ocorrido a extinção da punibilidade dos responsáveis, conforme demonstrado detalhadamente no relatório que acompanha este voto

No que tange ao mérito, perfolho a proposta da Secretaria de Recursos, cujas razões, desde logo, incorporo ao voto. Sem embargo, acresço algumas considerações.

A irregularidade tem origem em alterações significativas dos quantitativos de serviços constantes das planilhas orçamentárias dos projetos executivos dos lotes 01, 02, 03, 04 do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, que desfiguraram o projeto básico. Essas modificações não foram refletidas em atualização dos valores globais das planilhas de rerratificação dos Contratos 007/2008, 008/2008, 009/2008 e 010/2008, as quais, juntamente com os respectivos aditivos, foram aprovadas pelos responsáveis ouvidos em audiência prévia.

As diferenças de quantitativos de serviços verificadas foram de tal monta, tanto a maior quanto a menor, que poderiam implicar necessidade de novos aditivos e a consequente elevação do preço final da obra. Assim, não se pode tachar de mera falha formal irregularidade de tamanha gravidade, a qual poderia comprometer o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em desfavor do Erário, com base em “jogo de planilha”. Nesse ponto, reproduzo trecho da instrução à peça 10, p. 17, que bem ilustra a distorção:

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.

Refuto a alegação de que a responsabilidade pela aprovação das planilhas de rerratificação e dos termos aditivos dos contratos seria da empresa gerenciadora e supervisora das obras, Concremat Engenharia e Tecnologia S/A. A jurisprudência desta Corte de Conta é pacífica quanto à inafastabilidade da obrigação do gestor e do fiscal do contrato no acompanhamento da obra, mesmo que a Administração contrate terceiro para auxiliá-la na fiscalização do empreendimento, conforme artigo 67 da Lei 8.666/1993. A função do terceiro é de assistência, não de substituição ao gestor e fiscal da avença. Nesse sentido, trilham os Acórdãos 173/2019-Plenário, relator E. Ministro Benjamin Zymler, 958/2018-Plenário, relator E. Ministro Benjamin Zymler, 2.292/2017-Plenário, relator E. Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, e 1.213/2019-Plenário, relator E. Ministro Benjamin Zymler, dentre outros.

Como tal, os responsáveis incorreram em culpa grave decorrente de erro grosseiro em não supervisionar a correção dos trabalhos supervisionados pela empresa Concremat. A verificação da compatibilidade entre os quantitativos de serviços das planilhas de rerratificação anexas aos termos aditivos dos contratos, com as correspondentes planilhas orçamentárias dos projetos executivos, era conduta exigível dos responsáveis, à qual não se furtaria o gestor de diligência abaixo da mediana. A própria materialidade dos contratos justificaria cautela mínima por parte dos agentes públicos.

Ante o exposto, nego provimento aos pedidos de reexame e voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que ora submeto à apreciação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 1 de junho de 2022.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator